



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Proteção dos Videojogos pela Propriedade Intelectual

João Filipe Machado Cruz

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Proteção dos Videojogos pela Propriedade Intelectual

João Filipe Machado Cruz

Orientador: Nuno de Araújo Sousa e Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

“What developers own is IP; what they sell (through licensing deals) is IP. In fact, all they have is IP, so they need to protect it.”

— David Greenspan, S. Gregory Boyd e Jas Purewal, Video Games and IP: A Global Perspective

Agradecimentos

Em primeiro lugar, gostaria de deixar uma palavra de agradecimento ao Professor, Dr. Nuno Sousa e Silva, não apenas pela orientação e conselhos que forneceu para a realização desta dissertação, mas também pelo interesse que demonstrou no meu sucesso, já que tal constituiu um incentivo adicional para a elaboração da tese.

Devo agradecer também à Dra. Cristina Ramalho pela prontidão manifestada para dar resposta aos meus pedidos de empréstimo de obras (algumas delas apenas disponíveis noutros países) e pela confiança depositada em mim para a sua devolução.

Pelo papel indireto, mas não menos importante, para a realização desta dissertação, gostaria de agradecer à minha família, em especial, aos meus pais e avós, por todo o suporte e orgulho que demonstraram ter no meu sucesso académico e pessoal, assim como pela estabilidade proporcionada.

Finalmente, como não podia deixar de ser, devo um agradecimento aos meus amigos, pela amizade e por todos os momentos que partilharam comigo.

Resumo

O tema principal desta tese é o estudo da ligação existente entre a propriedade intelectual e os videojogos. O objetivo subjacente à análise deste tema foi trazer para a realidade nacional os diversos avanços existentes neste campo noutros países, porque a doutrina nacional ainda está bastante centrada em tentar enquadrar os videojogos num determinado tipo de obra.

Desse modo, começamos por fazer um enquadramento breve dos videojogos, onde referimos o que são, qual a sua importância (em geral e para o direito) e como é que os videojogos poderiam ser objeto de proteção pelo direito de autor. Também analisamos a evolução do sistema *copyright* nos Estados Unidos da América.

De seguida, estudamos as diferentes teses relativas à qualificação dos videojogos, e optamos por seguir uma abordagem que consistia em analisar vários tipos de obras e, no final, concluir se os videojogos poderiam caber nalgum tipo delas ou se a melhor solução seria a classificação dos videojogos como um novo tipo de obra. Nós entendemos que os videojogos deveriam ser incluídos nas obras multimédia, mas defendemos a necessidade de prever um novo regime para regular as especificidades destas obras.

Depois exploramos a relação entre os videojogos e as patentes, onde atribuímos especial relevo à prática ao analisarmos um exemplo de uma invenção relacionada com os videojogos. Após esta análise, concluímos que as patentes podem ser uma forma de proteção para determinadas características de um videojogo.

Finalmente, estudamos algumas particularidades dos videojogos, nomeadamente as medidas tecnológicas de proteção e as modificações nos videojogos realizadas por terceiros. Nas medidas tecnológicas de proteção optamos por uma análise prática ao analisar o caso *Nintendo* e concluímos que deveria ser dado um maior ênfase ao princípio da proporcionalidade para determinar se as medidas tecnológicas de proteção seriam apropriadas. Nas modificações, depois de percebermos o que eram, enquadramo-las nas obras derivadas e nas obras compósitas e vimos exemplos da sua integração nos *End User License Agreements*. No final, concluímos que a proteção dos autores deve prevalecer sobre a liberdade do utilizador para realizar modificações à obra.

Palavras-chave: videojogos; obras; qualificação; patentes; medidas tecnológicas de proteção; modificações.

Abstract

The main theme of this thesis is to study the connection between intellectual property and videogames. The objective underlying the analysis of this theme was to bring to the national reality the multiple advances that other countries have made in this field, because the national doctrine is still very focused on trying to frame the videogames within certain type of work.

As such, we started by presenting the general picture of videogames, where we mentioned what they are, what is their importance (in general and to the law) and how they can be protected within author rights. We also analysed the evolution of the copyright system in the United States of America.

Then, we studied the different thesis around the qualification of videogames by following an approach that consisted in analysing the different types of work and, in the end, concluding whether videogames could fit in any of those types or if the best solution would be to classify videogames as a type of work of their own. We chose to include videogames within the multimedia works, but we supported the idea of creating a new regulation to accommodate the particularities of these works.

After that, we explored the connection between videogames and patents, where we gave greater emphasis to the practical approach by analysing an example of an invention that was related to videogames. After such analysis, we concluded that patents can be a way of protecting certain characteristics of videogames.

Finally, we studied some peculiarities of videogames, namely the technological protection measures and the modifications of videogames created by a third party. In the technological protection measures we opted for a practical analysis by analysing the Nintendo case where we concluded that there should be given greater emphasis to the principle of proportionality in order to determine if the technological protection measures were appropriate. In the modifications, after understanding what they were, we included them in derivative works and composite works and we saw examples of their integration in End User License Agreements. By the end we concluded that author protection must prevail over the user freedom to make modifications to the work.

Keywords: *videogames; works; qualification; patents; technological protection measures; modifications.*

Índice

Nota Prévia	9
Lista de siglas e abreviaturas	10
1. Introdução	11
2. Proteção jusautoral dos videojogos	12
2.1. As teses sobre a qualificação dos videojogos	17
2.1.1. Proteção como obra audiovisual ou multimédia	17
2.1.2. Proteção enquanto programa de computador	20
2.1.3. Proteção dos diferentes elementos do videojogo	22
2.1.4. Outras proteções	24
2.2. Consequências práticas das diferentes orientações	25
2.3. Posição adotada	27
3. Videojogos e Patentes	28
4. Particularidades da propriedade intelectual nos videojogos	32
4.1. Contorno de medidas tecnológicas de proteção	32
4.2. Modificações nos videojogos	35
5. Conclusão	40
Bibliografia	42

Nota Prévia

Há dois textos que foram usados para a realização desta tese, mas que não têm as suas páginas numeradas. O primeiro utiliza a referência GEORGIEVA, 2018 (referência completa na bibliografia) e as páginas referidas são aquelas que correspondem ao ficheiro PDF que contém o texto e que está disponível no *link* que consta da bibliografia. O segundo utiliza a referência ROCHA, 2011 (referência completa na bibliografia) e as páginas mencionadas são aquelas que correspondem à numeração do documento apresentada pelo *website* e que está disponível no *link* que consta da bibliografia. Em ambos os casos estamos perante a ordem natural das páginas.

Os *links* que constam ao longo da tese e que não foram mencionados na bibliografia, correspondem a um destes tipos de documentos: dados estatísticos; decisões jurisprudenciais; decisões do *European Patent Office* ou do *United States Patent and Trademark Office*; o “Decreto n.º 52/91 Convenção de Munique sobre a Patente Europeia”; e *End User License Agreements*.

O itálico é reservado para expressões em língua estrangeira utilizadas no texto, exceto nas citações transcritas em língua estrangeira, assim como para o nome de jurisprudência estrangeira. Também utilizamos as letras maiúsculas pequenas sempre que referimos nomes de autores, exceto nas referências bibliográficas que constam nas notas de rodapé e na bibliografia.

A última vez que consultamos os *websites* referidos na tese foi no dia 29 de março de 2022.

Lista de siglas e abreviaturas

- AFC - *Abstraction-Filtration-Comparison*
- CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (aprovado pelo DL n.º 63/85, de 14 de março)
- Cfr. – Conforme
- CPE – Convenção de Munique (Patente Europeia)
- CPI – Código da Propriedade Industrial
- DL – Decreto-lei
- EUA – Estados Unidos da América
- EULA – *End User License Agreement*
- n.º - Número
- P(p) – Página(s)
- ¶ - Parágrafo
- ss. – Seguintes
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TJ – Tribunal de Justiça
- TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- UGC – *User Generated Content*

1. Introdução

Em muitos videogames, uma das primeiras mensagens com que nos deparamos enquanto o jogo está a iniciar é a advertência de que aquele videogame se encontra protegido por *copyright*¹, mas em que é que consiste exatamente essa proteção? Esta é, precisamente, a questão central do nosso trabalho de investigação, ou seja, de que modo é que os videogames podem ser protegidos pela propriedade intelectual.

Sendo a propriedade intelectual o ramo do Direito mais importante para produtoras e editoras de videogames², justifica-se uma análise da interação entre estes dois mundos. Contudo, é importante mencionar que não é possível falar acerca de todos os aspetos que ligam os videogames à propriedade intelectual e, como tal, vamos focar-nos nalgumas questões centrais, nomeadamente, perceber qual é natureza legal dos videogames e como é que podem ser protegidos. Adicionalmente, porque a propriedade intelectual não abrange apenas o direito de autor, fazemos uma reflexão acerca da possibilidade de proteção dos videogames através de patentes. Por último, iremos abordar algumas temáticas que estão intrinsecamente relacionadas com os videogames, particularmente, o contorno de medidas tecnológica de proteção e as modificações nos videogames.

Dada a ausência de um regime legal específico que regule todos os aspetos relacionados com os videogames, o objetivo do nosso estudo consiste em apresentar soluções para os diversos problemas referidos.

¹ O texto da mensagem não é uniforme, ou seja, comum a todos os videogames. Ainda assim, muitas destas mensagens de proteção por *copyright* surgem no seguinte formato (que poderá ter variações): poderá começar com o nome da obra protegida; segue-se o símbolo ©, a expressão completa (“*copyright*”) ou a sua abreviação; depois o ano da primeira publicação da obra; e o nome do autor. Neste sentido, BITLAW, disponível em <https://www.bitlaw.com/copyright/formalities.html#form>.

Ainda quanto ao símbolo ©, importa referir que ele chegou a ser um requisito de proteção em países como os EUA, mas, para os países que aderiram à convenção de Berna (incluindo os EUA), tal deixou de ser um requisito, cfr. SILVA, 2013, p. 1338.

² Cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 72.

2. Proteção Jusautoral dos Videojogos

A indústria dos videojogos tem vindo a crescer ao longo dos anos, sendo inclusive a indústria que mais tem vindo a crescer no setor do entretenimento a nível mundial³. Este crescimento é visível não apenas no número de consumidores destes produtos ou de receitas geradas por esta indústria⁴, mas também no tamanho das empresas⁵ e no tipo de trabalhadores necessários para realizar um videojogo⁶.

Existem várias definições de videojogos, quer na doutrina nacional, onde temos autores como JOSÉ ALBERTO VIEIRA que os definem como um “jogo eletrónico composto de imagens em movimento no qual o jogador, através de um dispositivo externo de controlo (...), dá instruções de comando, manipulando as imagens que surgem num ecrã, monitor ou qualquer outro dispositivo visual”⁷, quer, por exemplo, na doutrina espanhola, como a definição jurídica apresentada por LUIS RODRÍGUEZ-PIÑERO que nos diz que são “la creación original de varias obras independientes (...) unidas bajo la dirección de una persona o bajo el acuerdo de varias personas físicas, que pueden adoptar una forma jurídica antes o después del diseño y desarrollo de los elementos que lo componen”⁸. De um ponto de vista mais técnico, há autores que consideram que um videojogo é feito de um motor de jogo (onde podemos incluir o *software*⁹) e o conteúdo do jogo¹⁰. Os jogos

³ “It is the fastest growing sector of the entertainment industry and an important driver of economic growth, creating millions of jobs, generating much-needed tax revenues and offering exciting opportunities for talented creators and engineers from all corners of the globe”, cfr. GREENSPAN, 2014a. Neste sentido, veja-se ainda CASILLAS, 2012, pp. 137-138.

⁴ Para as receitas geradas pelos videojogos nos EUA veja-se: <https://www.statista.com/statistics/252457/consumer-spending-on-video-games-in-the-us/>. No âmbito mercado europeu, segundo dados da Interactive Software Federation of Europe e European Games Developer Federation, disponíveis em <https://www.isfe.eu/wp-content/uploads/2021/10/2021-ISFE-EGDF-Key-Facts-European-video-games-sector-FINAL.pdf>, só em 2020, as receitas geradas pelos videojogos cresceram 22% face ao ano anterior, tendo atingido o valor de 23,3 mil milhões de euros.

⁵ Veja-se, a título de exemplo, as receitas geradas por empresas como a Electronic Arts: <https://www.statista.com/statistics/269696/revenue-of-electronic-arts-since-2005/>. E quanto às despesas “Many major video game titles have budgets comparable to Hollywood movies”, cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 18.

⁶ Hoje em dia, além de programadores informáticos, podem ser necessários escritores, músicos, artistas, atores, etc. Tal como no cinema, também pode haver um realizador/produtor, cfr. CABRERA, 2016, p. 163.

⁷ Cfr. VIEIRA, 2020, p. 636. É interessante destacar que nesta definição não existe menção à componente áudio de um jogo, mas este mesmo autor, noutro manual, refere que “Na sua forma final, a expressão do jogo de vídeo consiste na representação de sons e imagens (...)”, Cfr. VIEIRA, 2005, p. 561.

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018, p. 26. Para uma outra definição de videojogo veja-se CABRERA, 2016, p. 162.

⁹ Cfr. RAMOS, 2013, p. 11.

¹⁰ Cfr. SCHLINSOG, 2013, p. 189 e 199.

de vídeo têm a particularidade de juntar a tecnologia à arte, podendo ser jogados em várias plataformas, incluindo computadores, consolas e telemóveis¹¹.

Devido à importância dos videojogos para a sociedade hodierna é que se torna necessário encontrar a melhor forma para os proteger, tutelando assim os direitos dos criadores destes produtos. É por meio do direito de autor que vamos estimular investimentos nestas obras e, através da compensação devida pelo esforço empregue por todos aqueles envolvidos no processo criativo, incentivar à criação de videojogos cada vez mais ousados e originais¹², fomentando o crescimento deste mercado¹³. Ao proteger os autores destas obras, estamos, indiretamente, a assegurar uma maior diversidade e qualidade para os consumidores destes produtos, ao evitar que sejam criados inúmeros “clones”¹⁴ de videojogos bem-sucedidos¹⁵.

Dito isto, é fulcral ter em atenção que o direito de autor não protege ideias, como aliás decorre do artigo 1.º, n.º 2 do CDADC¹⁶. Segundo o ordenamento jurídico português, para podermos ter uma obra protegida por direito de autor, essa obra terá de pertencer ao domínio literário, artístico ou científico (como decorre do artigo 1.º, n.º 1 do CDADC)¹⁷.

¹¹ Dentro dos videojogos, o chamado “mobile gaming” (videojogos para telemóveis e tablets) é dos setores que mais tem crescido nos últimos anos, cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 159. Existem até problemas específicos ou que se intensificam no âmbito da propriedade intelectual dos videojogos para telemóveis, cfr. GREENSPAN, 2014b, pp. 166 e 167.

Esta ideia de que os videojogos não estão limitados a um tipo de plataformas também é reforçada por autores como JOSÉ ALBERTO VIEIRA ao equiparar os jogos de consola aos jogos de computador, cfr. VIEIRA, 2005, p. 560.

¹² “At its core, copyright law incentivizes the creation of works”, cfr. CASILLAS, 2012, p. 144.

¹³ É importante esclarecer que Portugal faz parte dos países europeus onde vigora o designado “*droit d’auteur*”, o que significa que a função do direito de autor está muito mais associada à tutela da personalidade e à proteção do trabalho do autor do que à ideia de promoção do progresso artístico e científico. Neste sentido veja-se SILVA, 2013, p. 1336.

¹⁴ “The term ‘game cloning’ refers to the controversial practice whereby a competitor seeks to capitalize on a videogame’s success by replicating its overall design, and in particular the gameplay experience provided by it, while carefully refraining from any direct copying of its underlying computer program or graphics”, cfr. LEE, 2020, p. 48. Também CASILLAS, 2012, pp. 138 e 139 consagra uma definição deste termo. Este fenómeno é particularmente frequente no âmbito dos videojogos desenvolvidos para sistemas operativos móveis como o Android ou IOS, visto que são videojogos mais fáceis e baratos de construir.

¹⁵ “Without copyright protection, there is little incentive for authors and artists to create new creative works, because they naturally would be hesitant to create works that others could copy willy nilly without compensation to the artist”, cfr. DANNENBERG, 2008.

¹⁶ “Efetivamente, as ideias, uma vez comunicadas, tornam-se património comum da humanidade, pelo que ninguém pode reclamar exclusividade no seu aproveitamento”, cfr. LEITÃO, 2020, p. 70. O acordo TRIPS também é claro sobre este assunto no seu artigo 9.º, n.º 2.

O mesmo vale para o sistema de *copyright* existente no ordenamento Norte-Americano, como resulta do título 17, § 102(b) do *United States Code*.

¹⁷ Esta divisão das obras em três categorias não tem grande relevo prático, pois, como refere MARIA VICTÓRIA ROCHA “O conceito de obra literária, artística e científica, para o Direito de Autor, é um conceito normativo. (...) Apenas se pretende delimitar em que circunstâncias as criações intelectuais são susceptíveis de protecção jurídica”, cfr. ROCHA, 2011, p. 13.

Logo aqui podemos perguntar em que categoria é que se inserem os videojogos? A resposta está dependente do tipo de proteção que lhes for dada, visto que se os protegermos enquanto programas de computador, estaríamos perante obras literárias, mas se os protegermos enquanto uma obra audiovisual já os poderíamos qualificar como obras literárias e artísticas¹⁸.

Mais importante do que qualificar uma obra como literária, artística ou científica são as suas características. Para que possamos proteger os videojogos através do direito de autor é, desde logo, essencial que se preencham quatro requisitos para que os possamos qualificar como uma obra¹⁹. Uma obra tem de ser uma criação humana, uma criação intelectual/do espírito²⁰, exteriorizada²¹ (a obra tem de ser expressa de modo a que seja perceptível pelos sentidos) e original²². A originalidade enquanto expressão individual do seu criador pode assumir vários graus, pois tanto se protegem obras muito criativas (em que se identifica uma parte da personalidade do autor na obra) como obras pouco criativas (também conhecidas por *kleine Münze*)²³. Em abstrato, os videojogos podem caber perfeitamente na definição de obra, visto que estamos a falar de uma criação humana²⁴ que é capaz de exprimir as ideias e sentimentos do seu autor, que pode ser exteriorizada (a interação do jogador com o jogo de vídeo é prova disso) e que pode, certamente, ser qualificada como original. Contudo, vamos ter de determinar se essa originalidade pertence ao videojogo como um todo ou se terá que ser avaliada em função

Autores como LUÍS MENEZES LEITÃO e LUÍZ FRANCISCO REBELLO defendem que as obras científicas nem deveriam ser incluídas neste tipo de obras, cfr. LEITÃO, 2020, p. 76. O próprio artigo 1º da Convenção de Berne apenas menciona as obras literárias e artísticas. Por outro lado, segundo MARIA VICTÓRIA ROCHA “The usefulness of referring to scientific works separately derives from the fact that at times it is not possible to invoke the use of a language in such works, whereby they cannot be spoken of as literary works; nor should they be considered art, whereby they cannot be included in the artistic field”, cfr. ROCHA, 2017, p. 26.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos, veja-se a nota de rodapé n.º 47.

¹⁹ Cfr. ROCHA, 2017, pp. 45-46. Já LUÍS MENEZES LEITÃO refere que as duas características que uma obra intelectual deve possuir são a criatividade e a exteriorização, cfr. LEITÃO, 2020, p. 76.

²⁰ “(...) o espírito humano tem de encontrar expressão na obra, sejam pensamentos ou sentimentos (...)”, cfr. ROCHA, 2011, pp. 2 e 3.

²¹ Devemos fazer alusão ao facto de que esta exteriorização não se confunde com a fixação já que esta última é exigida, como regra geral, para a proteção de criações intelectuais no sistema de *copyright* (cfr. SILVA, 2013, p. 1337), mas, no sistema continental (particularmente, o português), tal exigência de fixação é meramente excepcional (cfr. LEITÃO, 2020, p. 72).

²² Segundo MARIA VICTÓRIA ROCHA, para ser original, a obra tem de ser “o resultado de uma actividade independente do autor, de modo a que possamos dizer que teve nele origem”, cfr. ROCHA, 2011, p. 9. JOSÉ ALBERTO VIEIRA distingue entre os termos “originalidade” e “criatividade” e indica que o primeiro é um indício da existência do segundo, cfr. VIEIRA, 2020, pp. 71, 73 e 74.

²³ Cfr. ROCHA, 2017, p. 46.

²⁴ É certo que se trata de algo criado através de computador, mas os próprios programas de computador também o são e tal facto não interfere com a proteção pelo direito autoral. Aliás o computador é apenas o meio utilizado para a criação da obra, tal como um pintor pode usar um pincel para pintar um quadro.

de cada um dos seus elementos, daí a importância em perceber o tipo de obra que estamos a proteger.

No sistema Norte-Americano, apesar de os videojogos não estarem expressamente previstos no conjunto de obras enunciadas pelo título 17, § 102(a) do *United States Code*, eles são suscetíveis de preencher os requisitos (enunciados nesse título) para a sua proteção por *copyright*²⁵. Contudo esta proteção dos videojogos pelo sistema *copyright* não foi sempre um dado adquirido²⁶.

Analisemos agora o caso *Tetris Holding*²⁷ para percebermos como é que a proteção dos videojogos pelo sistema *copyright* tem evoluído. Neste caso, as questões em discussão consistiam em saber se houve violação da proteção conferida por *copyright* ao videojogo Tetris da Tetris Holding e se houve violação da proteção conferida por *trade dress* à Tetris Holding²⁸. Começando por dar resposta à primeira questão, o tribunal disse que tinham de estar preenchidos dois requisitos²⁹: a Tetris Holding tinha de provar que detinha *copyright* sobre o videojogo Tetris; e que tinha havido cópia dos elementos protegidos por *copyright* desse mesmo videojogo. Para tal, o tribunal analisou os elementos do videojogo que poderiam ser protegidos por *copyright*³⁰, começando por destacar a existência de uma “*Idea-Expression Dichotomy*” (que significa que apenas se protegem por *copyright* as expressões de ideias e não as ideias em si mesmas) e a utilização do teste AFC³¹ para determinar se houve violação de *copyright*. O tribunal começou por excluir de proteção justautoral as regras e mecanismos do videojogo Tetris³², mas, tal como a expressão de uma ideia, a forma como essas regras e mecanismos

²⁵ Esses requisitos são referidos em RAMOS, 2013, p. 89. O requisito da fixação é um requisito norte-americano que não existe ordenamento jurídico português. De todo o modo, os videojogos estão sempre fixados em suporte informático.

²⁶ Cfr. QUAGLIARIELLO, 2019, p. 265.

²⁷ Caso *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. Supp. 2d 394 (2012), disponível em <https://casetext.com/case/tetris-holding-llc-v-xio-interactive-inc>.

²⁸ Foram colocadas 5 questões ao tribunal, mas o tribunal de New Jersey apenas deu resposta a estas duas questões. Adicionalmente, por não se enquadrar no âmbito deste trabalho, deixaremos de parte as questões relativas ao *trade dress*.

²⁹ Cfr. ponto 399 do Caso *Tetris Holding*.

³⁰ Cfr. ponto 400 do Caso *Tetris Holding*.

³¹ “In other words, this test requires courts to first identify the expanding levels of abstraction of the program. Second, at each level of abstraction, courts must distinguish the material that is protectable by copyright, and then filter out the unprotected material for further examination. After the non-protected content is excised, it must then be compared to the copyrighted material to determine sufficient copying”, cfr. CASILLAS, 2012, p. 157.

³² Cfr. ponto 404 do Caso *Tetris Holding*.

são expressos já é possível proteger³³. No âmbito da expressão da ideia podemos incluir fatores como o “estilo, a forma e o movimento das peças”³⁴. Na aplicação do teste AFC, a análise das semelhanças entre as duas obras deve ser feita segundo a perspectiva de um leigo, ou seja, deve ser tido em conta o aspeto geral das características do jogo³⁵. Adicionalmente, para identificar elementos expressivos do videojogo que não poderiam ser protegidos, o tribunal analisou a “*merger doctrine*”³⁶ e a “*scènes à faire doctrine*”³⁷ e concluiu que nenhuma delas poderia ser aplicada ao caso concreto³⁸, o que significa que esses elementos do Tetris estão protegidos por *copyright*. Xio Interactive invocou ainda *fair use*³⁹ para justificar a utilização de elementos do Tetris no seu próprio videojogo, mas o tribunal não lhe deu razão⁴⁰.

No fundo, este caso é um marco importante para a proteção dos videojogos no sistema norte-americano, pois muitas das decisões anteriores eram favoráveis às partes acusadas de realizar clones de outros videojogos⁴¹. Assim, o caso *Tetris Holding* constitui um incentivo para os criadores de videojogos protegerem as suas criações por *copyright* (sendo até recomendado o registo⁴²), dado que essa tutela ajuda no combate aos

³³ Cfr. ponto 405 do Caso *Tetris Holding*. No entanto, “expression is not protected only when it is integral or inseparable from the idea or the function under the doctrines of merger or scènes à faire”, cfr. ponto 405 do Caso *Tetris Holding*.

³⁴ Cfr. ponto 411 do Caso *Tetris Holding*.

³⁵ Cfr. ponto 409 do Caso *Tetris Holding*.

³⁶ “Merger exists when an idea and its particular expression become inseparable”, cfr. ponto 403 do Caso *Tetris Holding*. Segundo CASILLAS, 2012, p. 148, citando a jurisprudência *Educ. Testing Servs. v. Katzman*, a “*merger doctrine*” é fundamental na indústria dos videojogos, pois “[w]hen the idea and the expression of the idea coincide, then the expression will not be protected in order to prevent creation of a monopoly on the underlying 'art.'”. A “*merger doctrine*” também já foi afirmada no plano europeu, no ¶ 49 do caso *BSA v. Ministerstvo kultury*, C-393/09 (ECLI:EU:C:2010:816), de 22 de dezembro de 2010, cfr. SILVA, 2019a, p. 142.

³⁷ “(...) applies to expression that is so associated with a particular genre, motif, or idea that one is compelled to use such expression”, cfr. ponto 403 do caso *Tetris Holding*. “Certain standard and commonplace elements of the artwork in video games, however, fall under the doctrine of scenes à faire. These elements are not copyrightable to the extent that they are necessary to execute a particular genre of work”, cfr. JEWELL, 2012. Veja-se ainda CASILLAS, 2012, p. 150.

³⁸ “I am not convinced that either the doctrine of merger or scènes à faire applies here (...)”, cfr. ponto 412 do caso *Tetris Holding*.

³⁹ *Fair use* é um dos limites ao *copyright* e está previsto no título 17, § 107 do *United States Code*.

⁴⁰ “Because Xio has infringed a substantial amount of the overall copyrighted work, I find that its fair use defense must necessarily fail”, cfr. ponto 415 do caso *Tetris Holding*.

⁴¹ Cfr. LEE, 2020, p. 50. JONH QUAGLIARIELLO também identifica o caso *Tetris Holding* como uma mudança de paradigma face a outra jurisprudência anterior, nomeadamente, o caso *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc* (referência completa na nota de rodapé n.º 59 e em QUAGLIARIELLO, 2019, p. 267).

⁴² Tal como no sistema português, o *copyright* do sistema norte americano não precisa do registo para que a obra seja protegida. No entanto, o registo dessa obra, no sistema norte-americano, permite invocar os chamados *statutory damages* que são mais fáceis de provar em tribunal e podem atribuir maiores quantias indemnizatórias do que os *actual damages* que são aqueles danos que poderão ser invocados caso não haja registo. Neste sentido, veja-se QUAGLIARIELLO, 2019, p. 273-274. Para uma breve descrição do que são *statutory damages* veja-se, Copyright Alliance, disponível em <https://copyrightalliance.org/faqs/statutory-damages-why-do-they-matter/>.

designados “clones”⁴³. Aliás a própria evolução da tecnologia e sofisticação crescente dos jogos pode permitir uma proteção mais eficaz dos videojogos por *copyright*⁴⁴.

2.1. As teses sobre a qualificação dos videojogos

Agora que já analisamos em detalhe todos os requisitos necessários para que possamos ter uma obra, convém especificar o tipo exato de obra de que estamos a falar quando nos referimos à proteção de um videojogo enquanto obra jusautoral. A nível internacional, não existe um consenso acerca do melhor método para proteger os videojogos. Essa decisão vai passar por uma identificação de cada um dos seus elementos criativos, já que só assim vamos conseguir encontrar a categoria que lhes confere uma proteção mais eficaz.

Na doutrina internacional, são muitas as qualificações apontadas para os videojogos, de modo a que estes possam pertencer a um dos tipos de obras tuteláveis pelo direito de autor. Digamos que as principais categoriais onde os videojogos costumam ser inseridos são ou nos programas de computador ou nas obras audiovisuais. Mas há também quem prefira enquadrá-los no âmbito das obras multimédia, ou até no conjunto das obras cinematográficas. Segundo alguns autores, parte do videojogo deve ser protegido como uma obra audiovisual e outra como programa de computador⁴⁵. Destarte, passemos à análise de cada um destes tipos de obras para perceber se alguma delas poderá ser adequada à tutela dos videojogos ou se o melhor será a criação de uma obra *sui generis*.

2.1.1. Proteção como obra audiovisual ou multimédia

As obras audiovisuais estão incluídas no conjunto de obras suscetíveis de proteção pelo direito de autor como decorre do artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do CDADC⁴⁶. No entanto, não existe uma secção dedicada à análise das obras audiovisuais como um todo no CDADC. Ainda assim, a Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro, no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea g), dá-nos uma definição de obra audiovisual como aquelas “(...) criações intelectuais

⁴³ Para uma definição do termo “clones” veja-se a nota de rodapé n.º 14. “While the case for infringement was made easier by Xio’s flagrant and wholesale copying, the legal standard applied by the court, addressing the overall look and feel of the game, may presage more robust copyright protection for video games”, cfr. SCHECTER, 2012, p. 15. Neste sentido, veja-se também CASILLAS, 2012, p. 168.

⁴⁴ “Implicitly, as these improvements in technology significantly expand the creative limits of game developers, developers of clones may have diminishing success in arguing that their wholesale copying is permissible because expression has merged with idea”, cfr. CASILLAS, 2012, p. 168.

⁴⁵ “Generally speaking, the underlying software on which a video game runs is protected as a literary work, and the artwork and sound are protected as an audiovisual work”, cfr. JEWELL, 2012.

⁴⁶ “Nesta situação estão essencialmente em causa obras audiovisuais (...)”, cfr. LEITÃO, 2020, p. 83.

expressas por um conjunto de combinações de palavras, música, sons, textos escritos e imagens em movimento, fixadas em qualquer suporte, cujas características técnicas da produção final permitam a transmissão televisiva”⁴⁷. Esta definição abrange uma das características dos videojogos que é a sua combinação de vários elementos criativos, mas depois, no final, fala em características que permitam a sua transmissão televisiva, o que não faz muito sentido no caso dos jogos de vídeo. No que diz respeito às obras multimédia, existe uma definição deste tipo de obras consagrada para efeitos do artigo 2.º, alínea m) do DL n.º 25/2018, de 24 de abril, sendo importante destacar a parte onde diz “podendo implicar variantes e adaptações de um conteúdo base”, já que os videojogos, nos dias de hoje, são atualizados frequentemente pelos seus criadores.

O CDADC é inconsistente e pouco claro quanto às obras audiovisuais. Primeiro, estas não são expressamente incluídas no conjunto exemplificativo de obras do artigo 2.º do CDADC (apesar de, como já vimos, alguns autores as incluírem no âmbito da alínea f) do n.º 1 desse artigo). Em segundo lugar, o capítulo III não tem nenhuma secção específica para as obras audiovisuais, mas o título III, relativo aos direitos conexos, através da utilização de uma conjunção disjuntiva (“ou”), associa as obras cinematográficas às obras audiovisuais⁴⁸. Por fim, a secção II relativa à atribuição do direito de autor não se refere à titularidade para as obras audiovisuais, mas o artigo 34.º do CDADC já se refere à duração da obra cinematográfica e audiovisual (e as pessoas referidas neste artigo são as mesmas do artigo 22.º do CDADC que apenas se aplica a obras cinematográficas). Não existe qualquer menção expressa às obras multimédia.

Importa também perceber se existe alguma diferença entre a proteção de um videojogo enquanto uma obra audiovisual ou enquanto uma criação multimédia. Uma obra de multimédia pode ser definida enquanto um conjunto de elementos criativos que interagem entre si num ambiente digital e que permitem a manipulação pelo destinatário⁴⁹. No que diz respeito às obras audiovisuais, é geralmente aceite que estas

⁴⁷ Desta definição podemos concluir que as obras audiovisuais são obras literárias e artísticas, já que para além da linguagem, incluem imagens, sons, etc. Quanto às obras artísticas: “Artistic works, which can be defined by a process of elimination, as all works, which do not utilize language (...)”, ROCHA, 2017, p. 25. Nos EUA, o título 17, § 101 do *United States Code*, define o que se entende por obras audiovisuais.

⁴⁸ Artigos 176.º, n.º 5, 178.º, n.º 2 e 183.º, n.º 5 do CDADC.

⁴⁹ “La obra multimedia es una creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, tales como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su contenido”, cfr. RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 69. Para uma outra definição de obra multimédia, veja-se CABRERA, 2016, p. 166.

Na doutrina nacional MARIA VICTÓRIA ROCHA diz-nos que a obra multimédia “constitui uma combinação de texto, imagens, fixas ou em movimento, e sons digitais, através de um programa de computador que

envolvem imagens em movimento, mas, no que diz respeito à componente sonora, apesar de estar incluída no nome, não é estritamente necessária⁵⁰. Já quanto à distinção entre obras de multimédia e as obras audiovisuais existe quem defenda a inclusão das obras multimédia dentro da categoria das obras audiovisuais⁵¹, mas também há quem considere que as obras multimédia podem ser qualificadas como bases de dados⁵², quem contraponha as obras audiovisuais às obras multimédia dizendo que as primeiras são compostas por imagens em movimento, enquanto as segundas são compostas por imagens estáticas⁵³ e ainda quem refira que a grande distinção entre estes dois tipos de obras é que nas multimédia existe interatividade, enquanto nas audiovisuais não (o destinatário tem uma posição passiva)⁵⁴.

Há países que defendem a integração dos videojogos, exclusivamente, no conjunto das obras audiovisuais, mas tal solução só será possível em locais onde o significado atribuído ao termo “audiovisual” seja compatível com a natureza de um videojogo e tal estará dependente da classificação da componente audiovisual como aquela que é dominante⁵⁵.

Na doutrina italiana, autores como LAURA CHIMIENTI integram os videojogos nas obras de multimédia⁵⁶. Na doutrina espanhola, autores como RODRIGO RODRÍGUEZ-CANO apontam para uma classificação dos videojogos como obras multimédia⁵⁷, mas, segundo RODRÍGUEZ-PIÑERO, estas obras nem sequer têm regulação própria, ou seja, não há um

permite a interactividade”, cfr. ROCHA, 1996, p. 183. OLIVEIRA ASCENSÃO caracteriza-as “por reunirem obras de diversa índole” (cfr. ASCENSÃO, 2001, p. 13) e pela sua interatividade. Ainda de acordo com estas características, temos LEITÃO, 2020, p. 335. Num sentido diverso, JOSÉ ALBERTO VIEIRA refere que “a interatividade não distingue o carácter multimédia de um trabalho e não tem qualquer relevância jurídico-autoral”, cfr. VIEIRA, 2020, pp. 638.

⁵⁰ Neste sentido, veja-se VIEIRA, 2020, p. 104.

⁵¹ “En segundo lugar, se suele encuadrar la obra multimedia en aquellas categorías de obras que tienen un carácter complejo, en concreto la colección, la base de datos y la obra audiovisual”, cfr. RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 70. Veja-se ainda RAMOS, 2013, p. 10.

⁵² MARIA VICTÓRIA ROCHA, embora apresente como possível uma inclusão das criações multimédia dentro das obras audiovisuais defende que, devido ao facto de a diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (de 11 de março de 1996) ter adotado uma conceção ampla de bases de dados (presente no artigo 1.º, n.º 2 da diretiva 96/9/CE), as obras multimédia poderão caber dentro da noção de base de dados. Deste modo, a qualificação como bases de dados das obras multimédia assume “prioridade sobre as outras qualificações”, cfr. ROCHA, 1996, p. 192.

⁵³ Cfr. VIEIRA, 2020, pp. 103-104.

⁵⁴ Cfr. ASCENSÃO, 2001, p. 13.

⁵⁵ De acordo com ANDY RAMOS, só dois países (Quênia e Coreia do Sul), num grupo de 24 ordenamentos jurídicos analisados, é que protegem os videojogos, exclusivamente, como obras audiovisuais, Cfr. RAMOS, 2013, p. 11.

⁵⁶ Cfr. CHIMIENTI, 2006, p. 91.

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 69 e 70.

regime específico para as obras multimédia⁵⁸. Já no âmbito da jurisprudência norte-americana, foi reconhecido que os videojogos poderiam integrar o conjunto das obras audiovisuais⁵⁹, o que significa que, para além de certos elementos de um jogo de vídeo, esta obra, como um todo, já foi qualificada como obra audiovisual.

Na doutrina nacional, MARIA VICTÓRIA ROCHA classifica os videojogos como obras multimédia, sendo estas últimas, por sua vez, qualificadas como bases de dados (como vimos). Contudo, segundo esta autora, é perfeitamente possível que uma determinada obra multimédia seja, além de uma base de dados, outro tipo de obra e, no caso dos videojogos, esse outro tipo de obra é a criação cinematográfica “uma vez que se trata de obras audiovisuais que consistem numa série de imagens relacionadas, que mostradas em sucessão dão a impressão de movimento, em conjunto como [sic] os sons que as acompanham”⁶⁰. No final de contas, no caso dos videojogos, a obra multimédia, além de uma base de dados, é também uma obra audiovisual. Já de acordo JOSÉ ALBERTO VIEIRA, os videojogos devem ser inseridos no conjunto das obras audiovisuais, mas ficam sujeitos a um “regime geral indiferenciado de proteção da obra”⁶¹, visto que este autor dá ênfase à elevada expressividade dos “gráficos projetados pelo programa de computador subjacente ao jogo de vídeo”⁶² e afasta a possibilidade da existência de uma classificação própria para as obras multimédia⁶³.

2.1.2. Proteção enquanto programa de computador

Quer a diretiva 2009/24/CE, de 23 de abril, quer o DL n.º 252/94, de 20 de outubro, não consagram uma definição legal de programa de computador⁶⁴. Ainda assim, a

⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018, p. 52.

⁵⁹ “It is also unquestionable that video games in general are entitled to copyright protections as audiovisual works”, cfr. ponto 139 do caso *Midway Mfg. Co. v. Bandai-America, Inc.*, 546 F. Supp. 125 (D.N.J. 1982), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/546/125/1870427/>. Outro exemplo resulta do ponto 226 do caso *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Supp. 222 (1981), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/547/222/1478917/>, onde é dito o seguinte: “Plaintiff's “work,” the thing that plaintiff has created and desires to protect, is the visual presentation of the “Asteroids” game. That work is copyrightable as an audiovisual work and as a motion picture”.

⁶⁰ Neste sentido, veja-se ROCHA, 1996, p. 193.

⁶¹ Cfr. VIEIRA, 2020, p. 608. Dito isto, há espaço para a analogia com outras regras, como veremos na nota de rodapé n.º 88.

⁶² Cfr. VIEIRA, 2020, p. 637.

⁶³ Cfr. VIEIRA, 2020, pp. 639 e 640.

⁶⁴ O próprio acórdão do TRL de 16 de janeiro de 2014, processo 113/13.9YHLSB-A.L1-6 diz que “As legislações nacionais e as convenções internacionais não dão a noção de programa de computador, dando-a como suposta”. O mesmo é dito por VIEIRA, 2020, p. 512. No entanto, o considerando 7 da diretiva 2009/24/CE diz-nos o que é que a expressão “programa de computador” pode conter.

jurisprudência portuguesa já teve a oportunidade de apresentar uma noção de programa de computador, mais precisamente, no acórdão do TRL de 16 de janeiro de 2014⁶⁵ onde o tribunal afirmou que ele consiste numa “pré-listagem de instruções que precede a introdução dos dados, instruções essas que são destinadas a orientar a acção do computador relativamente ao material informativo que se pretende que seja processado”⁶⁶. Adicionalmente, com esta definição de programas de computador, percebemos que eles são distintos das obras de multimédia⁶⁷. Nos dias de hoje, também é feita distinção entre os programas de computador e a sua interface visual, ou seja, estamos perante duas obras distintas⁶⁸.

No que diz respeito à proteção dos programas de computador pelo direito de autor, eles enquadram-se no conjunto das obras literárias, segundo o artigo 1.º, n.º 1 da diretiva 2009/24/CE, mas no DL que transpõe esta diretiva eles são objeto de uma “proteção análoga à conferida às obras literárias”⁶⁹. O objeto desta proteção incide sobre a forma como um determinado programa de computador é expresso⁷⁰ (em geral, o Direito de autor protege o modo como uma obra é expressa) e estes podem ser classificados como sistemas operativos ou aplicações, mas ambos são igualmente protegidos. Será que os videojogos podem ser considerados aplicações? Como refere JOSÉ ALBERTO VIEIRA “As aplicações são concebidas para a interação do utilizador com o computador. O utilizador opera o computador e executa as suas operações através de programas aplicativos”⁷¹. Ora, os videojogos têm uma forte componente interativa, ou seja, subjacente à interação do jogador com o videojogo, está a interação do jogador com o computador, por isso

⁶⁵ Processo 113/13.9YHLSB-A.L1-6.

⁶⁶ Para uma excelente descrição de programa de computador, incluindo o código fonte e o código objeto, veja-se BING, 2009, pp. 403-405. JOSÉ ALBERTO VIEIRA destaca o caráter funcional dos programas de computador e entende que o seu conceito legal é mais abrangente do que o seu conceito informático, cfr. VIEIRA, 2020, pp. 511 e 512. Este caráter funcional também é referido em CABRERA, 2016, p. 164.

⁶⁷ “En la medida en que la presentación visual de la obra multimedia (aquello que aparece en la pantalla del ordenador) no constituye una secuencia de instrucciones o indicaciones (...) y tiene una propia originalidad, se considera que debe protegerse independientemente del programa subyacente”, cfr. RODRÍGUEZ-CANO, 2015, pp. 69-70.

⁶⁸ Cfr. VIEIRA, 2020, p. 571 e o acórdão do TJ, processo n.º C-393/09, de 22 de dezembro de 2010, ¶ 51. Para uma definição de interface visual do utilizador veja-se VIEIRA, 2020, p. 569-570.

⁶⁹ Artigo 1.º, n.º 2 do DL n.º 252/94. O regime dos programas de computador está fora do CDADC, muito por causa de OLIVEIRA ASCENSÃO que não concordava com a assimilação dos programas de computador às obras literárias, cfr. VIEIRA, 2020, p. 510. Esta opção leva a uma distinção, desnecessária, entre programas de computador e obras literárias, cfr. ROCHA, 2017, p. 25.

⁷⁰ Artigo 2.º, n.º 1 do DL n.º 252/94. De acordo com JOSÉ ALBERTO VIEIRA, o código objeto de um programa de computador não poderá ser tutelado pelo direito de autor, devido à sua falta de expressão, cfr. VIEIRA, 2020, p. 513 e 517.

⁷¹ Cfr. VIEIRA, 2020, p. 512.

poderíamos argumentar que o videojogo, enquanto aplicação, também seria um programa de computador⁷².

O TJ, no caso *Nintendo*⁷³, no âmbito de um litígio relativo ao contorno de medidas tecnológicas de proteção, pronunciou-se quanto à classificação legal dos videojogos dizendo que estes são mais do que meros programas de computador, pois, para além da linguagem de computação, também incluem elementos gráficos e sonoros que não podem ser totalmente abrangidos pela definição de programa de computador, mas que merecem proteção. Isto significa que, por não estarmos perante um puro programa de computador, o videojogo, como um todo, deverá ser incluído no âmbito da diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio, e não na diretiva 2009/24/CE⁷⁴.

Como resulta das definições de videojogos que enunciamos anteriormente, de facto, o programa de computador pode ser descrito como a base do videojogo, ou seja, é ele que vai permitir que o computador (*hardware*) reconheça o videojogo e o execute. Contudo, será correto reduzir a proteção dos videojogos a um sentido utilitário e funcional característico dos programas de computador? Tanto a diretiva 2009/24/CE como o DL n.º 252/94, que a transpõe, referem-se à proteção de programas de computador, mas os videojogos são mais do que isso. Há elementos audiovisuais que também são merecedores de tutela, o que significa que uma proteção que ignorasse essas características estaria incompleta⁷⁵.

2.1.3. Proteção dos diferentes elementos do videojogo

Aqui chegados, podemos constatar que os videojogos são compostos por elementos audiovisuais e por elementos característicos dos programas de computador, mas, em concreto, em que é que estes elementos se manifestam? Ora, convém começar por referir que existem muitos géneros distintos de videojogos⁷⁶, o que significa que nem todos os

⁷² JOSÉ ALBERTO VIEIRA ao dizer “Nos jogos de vídeo, como nos jogos de computador, um programa de computador (aplicativo) (...)” (cfr. VIEIRA, 2020, p. 636) parece distinguir entre o videojogo enquanto obra audiovisual e o programa de computador que o executa.

⁷³ Caso *Nintendo v. PC Box*, C-355/12 (ECLI:EU:C:2014:25), de 23 de janeiro de 2014.

⁷⁴ Cfr. ¶ 23 do caso *Nintendo*.

⁷⁵ Cfr. CABRERA, 2016, p. 164.

Na doutrina espanhola, LUIS RODRÍGUEZ-PIÑERO é contra a integração dos videojogos no âmbito do regime jurídico dos programas de computador, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018, p. 52.

Na doutrina nacional, JOSÉ ALBERTO VIEIRA refere que a proteção dos videojogos é independente da proteção do programa de computador, cfr. VIEIRA, 2005, p. 562.

⁷⁶ É difícil quantificar ao certo todos os géneros de videojogos, até porque se trata de algo que está em constante evolução, mas para uma lista não exaustiva de tipos de videojogos (com uma explicação para cada um deles) veja-se PAVLOVIC, 2020.

videojogos têm exatamente as mesmas características (por exemplo, alguns videojogos podem servir como meios para contar uma história, enquanto outros podem nem sequer ter objetivos pré-definidos), sendo tal facto particularmente notório quando fazemos a comparação dos primeiros videojogos com aqueles que existem atualmente. Ainda assim, há um conjunto de elementos criativos que se podem dizer comuns a todos os videojogos. Autores como LIPSON e BRAIN⁷⁷ dividem esses elementos em três grupos⁷⁸: elementos de áudio, de vídeo e o código de computação. Os dois primeiros elementos fazem parte da componente audiovisual do videojogo e outro elemento corresponde ao *software* que, por sua vez, pode ser dividido em código fonte e código objeto⁷⁹. A tendência é para depois incluir dentro de cada um destes três elementos uma série de subgrupos⁸⁰, mas a verdade é que muitos desses outros componentes já não se poderão dizer universais, isto é, existentes em todos os videojogos (como já mencionamos, nem todos os videojogos contam histórias ou têm uma componente vocal).

Uma proteção fragmentada dos videojogos consistiria em proteger individualmente cada um destes elementos fazendo-os corresponder ao tipo de obra que seja mais adequado ao elemento em concreto, ou seja, protegeríamos o código de computação enquanto programa de computador e os outros dois componentes seriam protegidos como uma obra audiovisual. Em França, uma das teses defendidas na jurisprudência é a de que os videojogos, por serem obras complexas, não podiam ser conduzidos a uma só categoria, o que significa que a cada componente seria aplicável o regime que fosse mais adequado⁸¹.

No direito norte-americano, MARC E. MAYER considera que os videojogos são dois tipos de obras⁸², ou seja, os elementos audiovisuais e o programa de computador são “two embodiments of the same copyrighted work”⁸³, o que significa que não estamos propriamente perante uma proteção fracionada, mas sim uma única obra (o videojogo),

⁷⁷ LIPSON, 2016, p. 42, também citado por RAMOS, 2013, p. 8.

⁷⁸ Recordemos que estes mesmos três elementos foram referidos no caso *Nintendo*, ¶ 23, referido anteriormente.

⁷⁹ Cfr. CABRERA, 2016, p. 163. Outros autores também distinguem entre elementos audiovisuais e *software*, por exemplo, SCHLINSOG, 2013, p. 194.

⁸⁰ Para uma lista desses subgrupos, veja-se LIPSON, 2016, p. 42. ANDY RAMOS indica essa mesma lista (mas não menciona “*live motion capture*” nos elementos de vídeo) e acrescenta-lhe outros elementos como “video game script, its plot and other literary works; well-developed characters; choreographies and pantomimes; and maps and architectural works”, cfr. RAMOS, 2013, p. 8.

⁸¹ Cfr. RAMOS, 2013, p. 36.

⁸² Cfr. SCELSEI, 2019, pp. 64-65.

⁸³ Cfr. SCELSEI, 2019, p. 65.

protegida por *copyright* (direito de autor, no nosso ordenamento jurídico), podendo a violação de qualquer uma destas componentes gerar violação do *copyright*. Já ANDY RAMOS entende que a classificação dos videojogos nos EUA vai depender do seu elemento predominante, mas que, como é um programa de computador que está na sua base, a sua proteção será fragmentada⁸⁴.

2.1.4. Outras proteções

Para além de todas as proteções em que já inserimos os videojogos, existem autores que tentam enquadrar os videojogos noutras categorias, como as obras cinematográficas⁸⁵ que, apesar de serem incluídas na categoria das obras audiovisuais⁸⁶, não foram incluídas no ponto 2.1.1, visto que, nesse caso, referíamos-nos a uma qualificação do jogo de vídeo como uma nova forma de audiovisual e não como uma obra cinematográfica. É certo que os videojogos são diferentes dos filmes, mas o que se pode argumentar é que o regime das obras cinematográficas deve ser aplicado por analogia aos videojogos, já que estes não têm um regime próprio na legislação nacional, ou seja, podemos dizer que há uma lacuna da lei⁸⁷, e há determinados aspetos do regime das obras cinematográficas que seriam compatíveis com os jogos de vídeo⁸⁸. Esta analogia até poderia não ser necessária no ordenamento jurídico português devido ao disposto no artigo 140º do CDADC que dispõe: “As disposições da presente secção são aplicáveis às obras produzidas por qualquer processo análogo à cinematografia”. No entanto, apesar de muitos videojogos terem as chamadas “*cutscenes*”⁸⁹, que se podem aproximar a curtas metragens, parece-

⁸⁴ “distributive classification will be applicable to video games”, Cfr. RAMOS, 2013, p. 93.

⁸⁵ Cfr. CABRERA, 2016, p. 168.

⁸⁶ Cfr. VIEIRA, 2020, p. 105.

⁸⁷ Especificando, uma lacuna teleológica latente, no sentido conferido a esta expressão pelo acórdão do TRP, de 19 de maio de 2004, processo n.º 0441062, ou seja, nós poderíamos aplicar o regime geral de proteção das obras aos videojogos, pois a finalidade deste regime indiferenciado é proteger todas as obras que não tenham um regime especial, mas tal regime não tem devidamente em conta as especificidades do videojogo.

⁸⁸ “Si se aplica una analogía para los juegos de vídeo, podría el desarrollador del software, en tanto esta es una obra literaria, ser asimilado a un guionista o libretista, especificando en el trámite de registro la naturaleza de código informático, mientras los demás titulares podrían permanecer más o menos iguales en ambos casos”, cfr. CABRERA, 2016, p. 168. Adaptando isto à lei nacional, o artigo 22º do CDADC, relativo aos titulares da obra cinematográfica, poderia ser aplicado, com as devidas adaptações, aos videojogos, ou seja, o realizador seria o produtor do videojogo e as pessoas incluídas na alínea b) do n.º 1 deste artigo seriam todas aquelas responsáveis por cada um dos elementos criativos do videojogo. Na doutrina nacional, JOSÉ ALBERTO VIEIRA refere que é possível a aplicação analógica das regras sobre o filme, quando tal “não choque com a natureza expressiva do jogo de vídeo ou com as especificidades próprias do cinema”, cfr. VIEIRA, 2020, p. 637. Para este autor, o termo “filme” inclui o filme cinematográfico, o filme videográfico e os demais filmes, cfr. VIEIRA, 2020, p. 607.

⁸⁹ “While computer game’s cutscenes are predominantly used for a cinematic narrative development, in many computer games cutscenes might serve not only as a basic orientation hint about next level in gaming

nos excessivo equiparar os videojogos como um todo a “processos análogos à cinematografia”, até porque nem todos os videojogos possuem estas *cutscenes*.

É pertinente destacar que, na legislação portuguesa, segundo o artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do DL n.º 23/2014, de 14 de fevereiro, para efeitos deste mesmo DL, os videojogos são considerados como um exemplo de videograma⁹⁰. Sendo o videograma o meio pelo qual são difundidas as obras videográficas, parece seguro concluir que, de acordo com este DL, o videojogo poderá ser visto como uma obra videográfica⁹¹. O artigo 29.º deste DL regula alguns aspetos dos videojogos enquanto videogramas.

Por fim, poderíamos pensar numa proteção dos videojogos como uma obra *sui generis*, isto é, através da consagração de um regime próprio que tenha em conta as especificidades deste tipo de obra e todos os elementos que a compõem. Concretizando, este regime poderia incluir, nomeadamente, a descrição jurídica do objeto de proteção, promovendo, desse modo, uma maior segurança jurídica em torno daquilo que é ou não tutelado⁹².

2.2. Consequências práticas das diferentes orientações

Uma das diferenças práticas entre as várias qualificações que possam ser atribuídas aos videojogos é ao nível da escolha do regime para regular os videojogos. Isto quer dizer que, por exemplo, se os jogos eletrónicos fossem considerados como programas de computador, então estariam protegidos de acordo com o DL 252/94 que contém uma série de disposições específicas para este tipo de obras, mas se fossem considerados como obras cinematográficas então já teríamos de aplicar o regime previsto nos artigos 22.º, 34.º e 124.º e ss. do CDADC.

Uma outra diferença que poderá ser concebível entre as várias qualificações tem a ver com a proteção do videojogo de forma fragmentada. Supondo que não se considere o

environment but might be understood as sort of an information system that helps the player to learn important information to be able to win the game”, cfr. RÍHA, 2014, p. 662.

⁹⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO defende que o conceito de videograma foi alargado neste DL, cfr. LEITÃO, 2020, pp. 84-85.

⁹¹ Quanto a esta relação entre obras videográficas e videogramas, veja-se LEITÃO, 2020, p. 84. Este é um dos tipos de obra previstos no artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do CDADC, que também tem uma série de outras disposições específicas para estas obras, nomeadamente, os arts 24º e 141º e ss. do CDADC. Segundo JOSÉ ALBERTO VIEIRA, são as diferentes regras de atribuição do direito de autor que obrigam a distinguir o filme cinematográfico do filme videográfico, cfr. VIEIRA, 2020, p. 106.

⁹² Para uma proposta concreta de um novo regime jurídico do videojogo, onde se vai além da mera descrição do objeto, veja-se RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018, p. 51.

videojogo como uma só obra, mas sim como uma obra audiovisual e um programa de computador, então a violação da tutela conferida a uma das obras não afeta a proteção garantida à outra. Já no caso de estarmos apenas perante uma só obra (o videojogo), composto por elementos audiovisuais e o código de computação, significa que a violação de qualquer um desses componentes constituirá violação da proteção conferida por direito de autor⁹³.

Do que acabamos de referir resulta uma outra diferença. Se, por um lado, a proteção dos videojogos como um todo permite proteger até aqueles elementos que, por si sós, não tem capacidade para serem protegidos enquanto obra, o inverso também é verdade, ou seja, uma proteção fragmentada pode fazer com que um componente audiovisual do videojogo, que reúna os requisitos de proteção autoral, seja protegido, quando não o seria se fosse avaliado com o videojogo como um todo⁹⁴.

Caso o autor do videojogo queira registar a sua obra, a proteção do videojogo como um todo, em vez da proteção individual de cada um dos seus elementos, corresponderia a apenas um tipo de registo. Desta forma, uma das vantagens práticas da proteção dos jogos de vídeo enquanto uma só obra seria uma economia de recursos.

Por fim, podemos destacar uma eventual diferença prática na forma como teria sido decidido o caso *Nintendo* referido anteriormente. Se a classificação do videojogo fosse fracionada, então a escolha entre a diretiva 2001/29/CE ou a diretiva 2009/24/CE dependeria se a medida tecnológica de proteção estivesse a proteger, a título principal, o programa de computador ou o elemento audiovisual⁹⁵. Destarte, parece seguro inferir que o tribunal, neste caso, considera que os videojogos devem ser protegidos como uma obra

⁹³ Neste sentido, temos autores como MARC E. MAYER, em SCELSEI, 2019, pp. 66. Este autor, na mesma página, acrescenta que, na prática jurisprudencial, a separação entre o que pertence à componente audiovisual e o que faz parte do programa de computador pode não ser fácil. Contudo, na jurisprudência norte-americana, no caso *Lilith Games (Shanghai) Co., Ltd. v. uCool, Inc.* (Case No. 15-CV-01267-SC [N.D. Cal. Sept. 23, 2015], disponível em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv01267/285795/117/0.pdf>), de modo a poder ser feita a distinção entre estas duas componentes do videojogo, o tribunal decidiu dividir esta obra em elementos “literais” e “não literais”, atribuindo os primeiros ao programa de computador e os segundos à componente audiovisual.

⁹⁴ Esta ideia tem por base o pensamento de MARIA VICTÓRIA ROCHA relativamente às obras multimédia quando refere que “Uma vez que a multimédia combina distintos elementos, nada obsta a que cada um desses elementos considerado individualmente seja suscetível de proteção. O que tem especial relevância quando a obra como um todo não tenha suficiente originalidade para gozar de proteção”, cfr. ROCHA, 1996, 195.

⁹⁵ Esta diferença é apontada por TITO RENDAS, mas cabe esclarecer que este autor rejeita esta hipótese, cfr. RENDAS, 2014, pp. 5-6.

unitária⁹⁶, já que nem sequer questiona quais dos elementos do videojogo é que as medidas tecnológicas de proteção estão a proteger a título principal, dizendo apenas que o videojogo como um todo vai além do programa de computador, logo cabe na diretiva 2001/29/CE.

2.3. Posição adotada

A solução para classificação do tipo de obra em que melhor se enquadram os videojogos vai depender de país para país, visto que as definições que cada nação atribui a determinados conceitos não são necessariamente as mesmas, mas, em Portugal, a ideia da interatividade não aparenta estar associada às obras audiovisuais e essa é uma das principais características dos videojogos⁹⁷. Aliás aquilo que confere interatividade ao videojogo é, precisamente, o programa de computador que lhe serve de base⁹⁸.

Por outro lado, proteger um videojogo enquanto mero programa de computador pode ser complicado, principalmente hoje em dia em que os criadores de um videojogo não têm de desenvolver eles próprios toda a linguagem computacional necessária para realizar um videojogo, visto que o motor em que é construído o jogo de vídeo (*game engine*), pode nem sequer ser da autoria dos criadores do videojogo, o que significa que pode não haver muito código de computação novo quando se cria um videojogo⁹⁹. Adicionalmente, o próprio TJ no caso *Nintendo* constatou que os videojogos são obras complexas, isto é, são compostos por mais elementos para além do programa de computador.

Ora, se os videojogos não se conseguem integrar completamente na categoria das obras audiovisuais, mas também não são apenas programas de computador isto significa que ou adotamos uma proteção separada para cada um destes elementos, ou aceitamos uma classificação como obra multimédia ou então uma obra *sui generis*.

Talvez o melhor seja uma proteção através da obra multimédia (assumindo que, de acordo com a doutrina dominante, esta é uma possível classificação para uma obra) visto que muito da doutrina parece atribuir-lhes a característica da interatividade, algo que é

⁹⁶ YIN HARN LEE indica que o caso *Nintendo* pode significar que o direito de autor europeu protege os videojogos como uma só obra, cfr. LEE, 2020, p.47.

⁹⁷ “What truly distinguishes videogames from mere sequences of images, video, text and sound is their interactivity”, cfr. RENDAS, 2014, p. 13.

⁹⁸ Cfr. RENDAS, 2014, p. 14.

⁹⁹ Cfr. RAMOS, 2013, p. 11. Há até quem considere que o motor de jogo não deveria ser parte da proteção de um videojogo enquanto obra, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018, p. 50.

essencial a um videojogo. Adicionalmente, como vimos, os videojogos, tal como as obras multimédia, são caracterizados por reunir vários tipos de obras, ou seja, os três grandes elementos de um videojogo (áudio, vídeo e programa de computador) estão cobertos pela categoria das obras multimédia. Finalmente, quer os videojogos, quer as obras multimédia são obras que são expressas em formato digital, pelo facto de ambas terem na sua base um programa de computador¹⁰⁰.

Resolvido o problema da classificação do videojogo, resta o problema de saber de que modo é que elas poderão ser protegidas? Sendo uma obra multimédia protegida como base de dados, será que este regime tutela de forma eficaz os videojogos? A verdade é que, mesmo que classifiquemos os videojogos como obras multimédia, tal não implica, necessariamente, que eles tenham de ser regulados pelo regime das bases de dados, visto que, tal como é possível que uma mesma obra multimédia seja vista como uma compilação e uma obra cinematográfica (por esta última poder ser vista como uma forma especial de compilação)¹⁰¹, também o videojogo, enquanto obra multimédia, pode ser visto como compilação e, ao mesmo tempo, estar coberto pelo regime das obras cinematográficas (onde a analogia seja possível) ou, melhor ainda e numa perspetiva de direito a constituir, por um eventual regime *sui generis* que tenha em conta as especificidades de um videojogo que não existem nos filmes. De qualquer forma, é preciso ter em atenção que o programa de computador que sirva de base ao videojogo terá de ser protegido fora do regime das bases de dados¹⁰², o que faz sentido, visto que também as obras cinematográficas podem ser realizadas com o recurso a programas de computador¹⁰³ (por exemplo, as imagens geradas por computador¹⁰⁴) e esse programa é objeto de uma tutela autónoma relativamente à obra cinematográfica¹⁰⁵.

3. Videojogos e Patentes

¹⁰⁰ Dito isto, JOSÉ ALBERTO VIEIRA defende que “A obra digitalizada não pertence a nenhuma espécie de obras autonomizada pelo Direito de Autor”, cfr. VIEIRA, 2020, p. 630.

¹⁰¹ Cfr. ROCHA, 1996, p. 193.

¹⁰² Como resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 3 da diretiva 96/9/CE e artigo 1.º, n.º 4 do DL n.º 122/2000, de 04 de julho. Também JOSÉ ALBERTO VIEIRA defende uma proteção independente para o programa de computador subjacente ao “trabalho multimédia”, cfr. VIEIRA, 2020, p. 639.

¹⁰³ “As imagens virtuais do filme são protegidas da mesma maneira das outras” e “Seja qual for o suporte, analógico ou digital (...) a proteção legal do filme não está dependente dele, nem a prejudica de modo algum”, cfr. VIEIRA, 2020, p. 107.

¹⁰⁴ Melhor conhecido pelo termo CGI (*Computer Generated Imagery*).

¹⁰⁵ Dito isto, enquanto uma obra cinematográfica pode ser realizada sem recurso a programas de computador, o mesmo não nos parece que possa ser dito quanto aos videojogos.

Atualmente, como vimos, os programas de computador estão enquadrados no âmbito do direito de autor. Isto significa que se incluíssemos os videojogos no conjunto de obras qualificadas como programas de computador, estes seriam regulados pelo DL n.º 252/94 e CDADC e não pelas normas previstas para as patentes¹⁰⁶. Ainda assim, independentemente da qualificação adotada para os videojogos, convém estudar a relação destes com as patentes, ou seja, perceber se existem ou não determinados aspetos de um videojogo que possam ser objeto de uma patente. De um ponto de vista prático, também se têm tornado frequentes, em países como os EUA, litígios envolvendo patentes e videojogos¹⁰⁷.

Podemos definir uma patente de invenção como “um título que confere um direito exclusivo de exploração de um invento”¹⁰⁸, sendo que este invento pode consistir num novo produto, novo processo ou novas utilizações. De modo a não nos desviarmos em demasia do propósito deste capítulo, devemos apenas acrescentar que existem quatro requisitos substantivos que devem ser preenchidos para que uma patente possa ser concedida, particularmente, temos de estar perante uma invenção, nova, que implique atividade inventiva e que seja suscetível de aplicação industrial¹⁰⁹.

Desde já, devemos deixar claro que os videojogos em si mesmos, isto é, enquanto produto ou obra completa, não são patenteáveis¹¹⁰, não porque sejam expressamente

¹⁰⁶ Quanto à relação entre programas de computador e patentes, cabe esclarecer que os programas de computador estão excluídos de patenteabilidade “como tais” (como resulta do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) e n.º 3 da CPE). Existem vários entendimentos quanto ao significado desta expressão, por exemplo, “Um programa de computador só não deve ser considerado *como tal* quando esteja ao serviço de uma invenção programável que realiza um conjunto de tarefas predefinidas dirigidas a fenómenos tangíveis e não apenas de informação. (...) Todos os outros programas protegidos diretamente, incluindo os que produzem um efeito técnico suplementar que vai para além da interação física *software/hardware*, devem ser considerados programas *como tais*, passíveis de serem protegidos, apenas, e exclusivamente, pelo direito de autor”, cfr. GONÇALVES, 2019, p. 54-55, e, de forma mais simples, há quem diga que estaremos perante um programa de computador “como tal” quando esse programa não constitua uma solução técnica para um problema técnico, cfr. CABRAL, 2016, p. 158.

No plano Europeu, apesar de não se admitir patentes sobre programas de computador tão facilmente como nos EUA, já foram concedidas algumas “on the basis that they had a technical effect on hardware or even that the software permitted other software to work significantly better”, cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 215. MARIA VICTÓRIA ROCHA defende que é possível haver cumulação das proteções conferidas pelo direito de autor e por patentes, cfr. ROCHA, 2017, p. 110.

¹⁰⁷ Cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 30 e RAMOS, 2013, p. 93. Um exemplo da jurisprudência norte-americana que onde se discutiu uma eventual violação de uma patente por uma empresa criadora de videojogos é o caso *Atari Corp. v. Sega of America, Inc.*, 869 F. Supp. 783 (N.D. Cal. 1994), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/869/783/1495595/>.

¹⁰⁸ Cfr. SILVA, 2019b, p. 47.

¹⁰⁹ Como decorre do artigo 52.º, n.º 1 da CPE e do artigo 50.º, n.º 1 do CPI.

¹¹⁰ HRISTINA GEORGIEVA refere que “It should be underscored, however, that despite the cited provision [artigo 52.º, n.º 2 da CPE], the European Patent Office (EPO) has registered a number of software patents, including videogames, for example, issued to Konami Co., Ltd. European Patent Video Game Patent (EP

excluídos pela lei¹¹¹, mas simplesmente porque não preenchem os requisitos para que possam ser objeto de uma patente. Facilmente poderemos constatar que dificilmente um videojogo poderá ser qualificado como uma invenção, no sentido de solução técnica para um problema técnico. Contudo, nos EUA, existem cada vez mais patentes que, indiretamente, estão ligadas aos videojogos¹¹². Já no plano europeu, o artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE diz que os “planos, princípios e métodos (...) em matéria de jogo”¹¹³ (“como tais” devido ao disposto no n.º 3 deste artigo) não podem ser considerados como invenções, logo não podem ser objeto de patentes¹¹⁴.

Apesar destes obstáculos, parece haver algum espaço para a concessão de patentes relacionadas com a indústria dos videojogos. Um exemplo disso é o pedido de patente da Nintendo Co., Ltd¹¹⁵ que tem como invenção algo que pode ser descrito do seguinte modo: “Nintendo’s invention allows a selected virtual object to be moved between display areas on a screen when a movement sensor (...) is moved with sufficient acceleration or angular velocity”¹¹⁶. Neste caso, a divisão de exame começou por recusar o pedido, pois considerou que não havia novidade nem atividade inventiva¹¹⁷. Todavia, a câmara de recurso (começando por afirmar que as reivindicações estavam suficientemente claras, como exige o artigo 84.º da CPE) disse que havia novidade¹¹⁸, o

1703429 A2)”, cfr. GEORGIEVA, 2018, p. 3, no entanto o caso aqui mencionado (que pela referência parece corresponder ao caso T 0928/03, disponível em <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030928eu1.html>), em rigor, não concede uma patente sobre um determinado videojogo, mas sim um elemento desse videojogo (*guide display device* e *guide displaying method*).

¹¹¹ HRISTINA GEORGIEVA defende que a convenção de Munique sobre a patente europeia (CPE), no seu artigo 52.º, n.º 2, exclui do conjunto de invenções os videojogos, cfr. GEORGIEVA, 2018, p. 3, mas, para ser mais preciso, o que este artigo afasta como invenção são “schemes, rules and methods for (...) playing games” e não os videojogos em si mesmos.

¹¹² “Other means for protecting certain elements of video games are patents (for the functional aspects of the game)”, cfr. RAMOS, 2013, p. 91. Alguns exemplos incluem “hardware, digital distribution, networking, and inventive gameplay”, cfr. GREENSPAN, 2014b, p. 95. Um exemplo recente, que poderá ser incluído na categoria de “inventive gameplay”, é o pedido de uma patente, feito pela editora de videojogos Take-Two Interactive, para um sistema e método para navegação virtual num ambiente de jogo, disponível em <https://uspto.report/patent/app/20200338450>. Esta editora em já realizou muitos outros pedidos de patente relacionados com os seus videojogos (cfr. <https://uspto.report/company/Take-Two-Interactive-Software-Inc/patents>).

¹¹³ Esta tradução consta de <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec52-1991.pdf>.

¹¹⁴ É importante referir que esta exceção do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, quando menciona “jogo” inclui os videojogos, cfr. European Patent Office, 2021, Part G – Chapter II-9.

¹¹⁵ Caso n.º T 1504/17, decisão de 17 de agosto de 2020, disponível em <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t171504eu1.html>.

¹¹⁶ Cfr. ROY, 2020. Uma descrição mais completa da invenção em causa consta do ponto V do sumário dos factos do caso n.º T 1504/17.

¹¹⁷ Cfr. ponto II do sumário dos factos do caso n.º T 1504/17.

¹¹⁸ Ao longo dos pontos 5 e 6 do caso n.º T 1504/17, a câmara de recurso vai comparando o pedido em causa e as suas reivindicações com uma série de outros documentos, tendo acabado por concluir que nenhum deles colocava em causa a novidade deste pedido. Quanto ao modo como estes documentos devem

que significa que a invenção em causa não está compreendida no estado da técnica (artigo 54.º, n.º 1 e 2 da CPE). De modo a afastar uma possível associação da reivindicação em causa com o artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, a câmara de recurso afirma que a invenção em causa não se trata de uma regra/princípio de jogo (“*game rule*”¹¹⁹) ou uma especificidade de um determinado jogo, mas sim uma solução técnica para controlar um objeto no espaço de jogo¹²⁰, ou seja, esta invenção não está excluída pela lei. Além disso, a invenção tem caráter técnico¹²¹ e constitui uma solução técnica (“display switching means switching a target object from one area to another by determining when acceleration or angular velocity exceeds a threshold”¹²²) para um problema técnico (“how to adapt the program of D5 so that display switching a targeted object is easier for the user”¹²³). No que diz respeito à atividade inventiva¹²⁴ (prevista no artigo 56.º da CPE), ela composta por três elementos: o estado da técnica¹²⁵, o perito na especialidade¹²⁶ e a não evidência¹²⁷. No caso concreto, parece-nos que a câmara de recurso utilizou a abordagem problema-solução para concluir que havia atividade inventiva, ou seja, começando por comparar a reivindicação em apreço com a que consta em D5¹²⁸,

ser analisados: “In determining novelty, a prior-art document is to be read as it would have been read by a person skilled in the art on the relevant date of the document”, cfr. European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VI-1.

¹¹⁹ O que se entende por “*game rules*”, para efeitos desta convenção, (que na versão portuguesa da convenção corresponde aos princípios em matéria de jogo) está detalhado em European Patent Office, 2021, Part G – Chapter II-9 e 10.

¹²⁰ Cfr. o ponto 7.1 do caso n.º T 1504/17.

¹²¹ No ponto 7.1 do caso n.º T 1504/17, a câmara de recurso, ao descrever a invenção, diz que esta é uma “technical feature”. Caráter técnico significa que “(...) o invento deve *ter por objeto um «ensinamento técnico», ou seja, deve indicar ao perito na especialidade como proceder para resolver um determinado problema técnico utilizando certos meios técnicos*”, cfr. SILVA, 2019b, p. 49.

¹²² Cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹²³ Cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹²⁴ PEDRO SOUSA E SILVA descreve a atividade inventiva como “um patamar qualitativo respeitante ao mérito do invento”, cfr. SILVA, 2019b, p. 60.

¹²⁵ Devemos ter em consideração que o estado da técnica a que se refere o requisito da atividade inventiva tem um sentido diferente daquele a que se refere o requisito da novidade, cfr. SILVA, 2019b, p. 61. Neste mesmo sentido: “Por outro lado, por confronto com a apreciação do requisito da novidade, no qual o perito deve efetuar uma comparação individualizada entre a invenção apresentada e a informação anterior, no caso do requisito da originalidade (ou atividade inventiva) a apreciação compreende a invenção e todos os elementos isolados ou combinados que formam o estado da técnica incluindo referências técnicas equivalentes”, cfr. GONÇALVES, 2019, p. 71.

¹²⁶ O perito na especialidade pode ser descrito como um especialista (ou grupo de especialistas) na área de conhecimento em que o invento foi desenvolvido, mas não corresponde a um especialista acima da média. Ele representa o técnico médio, isto é, alguém competente e experiente na matéria. Neste sentido veja-se SILVA, 2019b, p. 61, GONÇALVES, 2019, p. 71 e European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-1.

¹²⁷ Uma invenção não é evidente quando demonstra criatividade, isto é, temos de estar perante uma solução técnica mais sofisticada do que aquela que seria decorrente do avanço regular da técnica. Neste sentido veja-se SILVA, 2019b, p. 61, GONÇALVES, 2019, p. 71 e European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-2.

¹²⁸ “D5” corresponde ao documento 5 a que o caso n.º T 1504/17 faz referência.

determinou o estado da técnica mais próximo (que constava do D5), identificou o problema técnico a resolver (como já o dissemos) e determinou que a invenção em causa, tendo em conta o estado da técnica, não teria sido evidente para um perito na especialidade¹²⁹. Quanto aos restantes documentos citados por este caso, como tinham ainda menos fatores em comum com a invenção em causa, não criaram nenhum obstáculo ao reconhecimento da atividade inventiva na invenção em causa.

Do exposto podemos depreender que, apesar da exclusão que consta do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, as patentes podem ser uma forma de tutela de determinados elementos dos videojogos, desde que esses elementos possuam um carácter técnico e preencham os demais requisitos de patenteabilidade.

4. Particularidades da propriedade intelectual nos videojogos

4.1. Contorno de medidas tecnológicas de proteção

Graças à tecnologia digital é hoje mais fácil aceder a determinados tipos de obras, mas essa facilidade no acesso também se traduz em maiores riscos de infração dos direitos dos autores dessas mesmas obras. Deste modo, foram criadas medidas tecnológicas de proteção com o objetivo de reduzir estes riscos e garantir aos autores das obras o controlo efetivo dos seus direitos. O nosso CDADC, nos artigos 217.º a 228.º, consagra a proteção das medidas de carácter tecnológico (e não só), sendo que o artigo 217.º, n.º 2 diz-nos o que são medidas de carácter tecnológico. Ao nível da União europeia, segundo o artigo 6.º, n.º 3 da diretiva 2001/29/CE, as medidas de carácter tecnológico são “quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito sui generis previsto no capítulo III da directiva 96/9/CE”¹³⁰.

No que diz respeito à jurisprudência da União Europeia, é particularmente relevante para este ponto o caso *Nintendo*¹³¹, pois estamos perante uma decisão europeia relativa a

¹²⁹ Estas três etapas da abordagem problema-solução estão enunciadas em European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-2 e 3. Já de acordo com a Case Law of the Boards of Appeal esta abordagem está dividida em quatro etapas (a etapa extra consta da alínea b)), cfr. European Patent Office, 2019, p. 176, mas, no caso em estudo, esta alínea b) está verificada quando se compara o objeto deste pedido de patente com o estado da técnica mais próximo dizendo que esta invenção permite mover um objeto de modo mais intuitivo e, assim, com maior facilidade, cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹³⁰ Alguns elementos desta definição também constam do considerando 47 desta diretiva.

¹³¹ Supra capítulo 2.1.2.

uma situação de contorno de medidas tecnológicas de proteção, mais concretamente, um litígio em que a Nintendo acusava a PC Box de comercializar, através de um *website* gerido pela PC Box, “*mod chips*”¹³² e “*game copiers*”¹³³. Depois de instalados nas consolas, estes dispositivos permitiam a utilização de um *software* adicional (criado por produtores independentes, conhecidos por “*homebrews*”¹³⁴) e eram usados de forma a neutralizar as medidas tecnológicas de proteção das consolas da Nintendo, possibilitando a utilização de cópias ilegais de jogos de vídeo, mas também de *software* que não era da autoria da Nintendo. A primeira questão consistia em saber se o âmbito de proteção do artigo 6.º, n.º 3 da diretiva 2001/29/CE poderia abranger as consolas da Nintendo ou apenas o suporte da obra protegida (ex: CD-Rom do videojogo). O TJ considerou que devido à necessária interoperabilidade entre as medidas tecnológicas de proteção do suporte do videojogo e da consola, ambas estariam cobertas pelo artigo 6.º, n.º 3 da diretiva 2001/29/CE¹³⁵. A segunda questão girava em torno dos “critérios para apreciar o alcance da proteção jurídica contra a neutralização de medidas de carácter tecnológico eficazes na aceção do artigo 6.º da diretiva 2001/29”¹³⁶. A resposta a esta questão encontra-se no artigo 6.º, n.º 2 e no considerando 48 da diretiva 2001/29/CE, ou seja, a proteção jurídica conferida pela diretiva tem de observar o princípio da proporcionalidade e cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar “se outras medidas ou medidas não instaladas nas consolas poderiam causar menos interferências com as atividades dos terceiros ou limitações dessas atividades, proporcionando uma proteção comparável aos direitos do titular”¹³⁷. Devo ainda referir que o TJ, como vimos anteriormente, enquadrou as medidas tecnológicas de proteção no âmbito da diretiva 2001/29/CE e não na diretiva 2009/24/CE¹³⁸.

¹³² “Video game modification chips, or mod chips, are enhancement devices which users place inside video game consoles to add functionality to the machines”, cfr. JR., 2007, p. 115.

¹³³ Cfr. ¶ 2 do caso *Nintendo*.

¹³⁴ Para uma descrição do termo *homebrew* veja-se JR., 2007, p. 116. Essencialmente, trata-se de *software* adicional que é capaz de acrescentar novas funcionalidades à consola e precisa de *mod chips* para ser incorporado nas mesmas.

¹³⁵ Cfr. ¶ 28 do caso *Nintendo*.

¹³⁶ Cfr. ¶ 29 do caso *Nintendo*.

¹³⁷ Cfr. ¶ 38 do caso *Nintendo*. Devem ser tidos em conta fatores como os custos, aspetos técnicos e práticos e eficácia das diferentes medidas de carácter tecnológico, assim como a finalidade dos dispositivos de neutralização das mesmas.

¹³⁸ A proteção conferida às medidas tecnológicas de proteção pela diretiva 2009/24/CE é inferior à diretiva 2001/29/CE, cfr. RENDAS, 2014, pp. 8 e 13. Este mesmo autor, discorda da interpretação dada pelo TJ à doutrina da *lex specialis*, isto é, defende a possibilidade de aplicar esta doutrina mesmo em casos onde a lei especial apenas regule parcialmente a situação em causa, visto que as razões que serviram de base à menor proteção conferida às medidas tecnológicas de proteção no âmbito da diretiva 2009/24/CE, também são válidas para os videojogos, cfr. RENDAS, 2014, p. 14.

Deste caso decorre ainda que as medidas tecnológicas de proteção podem ter um papel eficaz no combate à “utilização de cópias ilegais de jogos de vídeo”¹³⁹. Dito isto, o caso *Nintendo* que aqui analisamos refere que as medidas tecnológicas de proteção evitam a utilização de “jogos de vídeo contrafeitos”¹⁴⁰. Contudo, as medidas de carácter tecnológico são mais frequentemente associadas ao combate à pirataria¹⁴¹ e, segundo PATRÍCIA AKESTER, o termo “pirataria” corresponde à usurpação¹⁴². Adicionalmente, importa referir que nem todos os *mod chips* são construídos com a finalidade de cometer alguma ilegalidade¹⁴³, daí a importância de respeitar o princípio da proporcionalidade¹⁴⁴ e de garantir que os dispositivos em causa respeitam o disposto no artigo 6.º, n.º 2 da diretiva 2001/29/CE.

No contexto das medidas de carácter tecnológico, é também de realçar o regulamento n.º 608/2013, de 12 de junho, por incluir os dispositivos de neutralização de medidas de carácter tecnológico no âmbito de intervenção das autoridades aduaneiras¹⁴⁵. Essencialmente, este regulamento vem regular a intervenção das autoridades aduaneiras, quando estejam em causa “mercadorias suspeitas de violar um direito de propriedade intelectual”¹⁴⁶ entre as quais se encontram os tais dispositivos de neutralização¹⁴⁷. Ainda relacionado com os videojogos (mas não só), está a referência a “mercadorias-pirata”¹⁴⁸,

¹³⁹ Cfr. ¶ 10 do caso *Nintendo*.

¹⁴⁰ Cfr. ¶ 12 do caso *Nintendo*. O uso da palavra “contrafação” está de acordo com a língua do processo (que é o italiano) onde se diz “contraffatti”.

¹⁴¹ Neste sentido, TITO RENDAS refere que as medidas tecnológicas de proteção podem prevenir a instalação de cópias pirata de videojogos, assim como videojogos *homebrew*, cfr. RENDAS, 2014, p. 2. Também LUÍS MENEZES LEITÃO faz esta ligação ao dizer que “o seu surgimento [dos dispositivos tecnológicos de proteção] tornou-se necessário em virtude da crescente pirataria (...)”, cfr. LEITÃO, 2020, p. 358. Na doutrina estrangeira, também é comum ver a associação entre estas medidas e o combate à pirataria, cfr. JR., 2007, p. 117.

¹⁴² Cfr. AKESTER, 2013, p. 188. O regulamento n.º 608/2013, de que falaremos no parágrafo que se segue, distingue entre mercadorias de contrafação e mercadorias pirata. Veja-se ainda o considerando 22 da diretiva 2001/29/CE.

¹⁴³ Cfr. JR., 2007, pp. 116 e 117. Este autor critica o caso norte-americano *Sony v. Divineo*, porque muitas das utilizações dos *mod chips* não são ilegais e, como tal, a decisão daquele caso está apenas a colocar um entrave à inovação e criatividade dos distribuidores e utilizadores de *mod chips* para videojogos, cfr. JR., 2007, pp. 135-136. Neste mesmo sentido, YIN HARN LEE alerta para o facto de as medidas tecnológicas de proteção instaladas nas consolas impedirem, entre outras coisas lícitas, a utilização de videojogos criados por produtores independentes (cfr. LEE, 2020, p. 55). Se, por um lado, entendemos que os fabricantes das consolas queiram controlar os videojogos que estão disponíveis nas mesmas, para impedir que videojogos de fraca qualidade sejam associados à sua consola, por outro, é fulcral respeitar o escopo dado às medidas tecnológicas de proteção pela diretiva 2001/29/CE.

¹⁴⁴ Que se pode manifestar em, por exemplo, impedir o uso de medidas tecnológicas de proteção que sejam demasiado disruptivas, cfr. LEE, 2020, p. 56.

¹⁴⁵ Como resulta do considerando 5 deste regulamento.

¹⁴⁶ Cfr. artigo 1.º, n.º 1 do regulamento n.º 608/2013.

¹⁴⁷ Estes dispositivos encontram-se definidos no artigo 2.º, n.º 7, alínea b) do regulamento n.º 608/2013.

¹⁴⁸ Explicadas no artigo 2.º, n.º 6 do regulamento n.º 608/2013.

visto que, tal como a indústria musical e cinematográfica, também podem ser fabricadas cópias de um videojogo sem o consentimento do titular do direito¹⁴⁹.

4.2. Modificações nos videojogos

Os videojogos são bastante conhecidos pela sua componente interativa, mas tal interação não se limita ao simples processo de jogar o videojogo. Muitos jogos são modificados pelos próprios jogadores que lhes acrescentam mais conteúdo. O tipo de modificações é bastante diverso (podem ser, por exemplo, novos locais, novos modos de jogo, novos itens, etc) e varia consoante o grau de acessibilidade com que são feitas essas modificações, ou seja, os próprios criadores do videojogo têm um papel preponderante na facilidade com que o seu jogo pode ser objeto de modificações por terceiros. Esta criação de conteúdos para um videojogo por terceiros é conhecida como “*modding*”¹⁵⁰ e é algo bastante frequente nos videojogos de hoje em dia, particularmente, naqueles desenvolvidos para computadores¹⁵¹. Destarte, o jogador dos videojogos deixa de ser um mero utilizador passivo destas obras, no sentido em que ele próprio passa a ser capaz de as modificar¹⁵².

De acordo com o artigo 12.º da convenção de Berne, são os autores das obras originais que podem autorizar adaptações, arranjos ou transformações às suas obras. Podemos assim constatar que este é um direito exclusivo desses autores, tal como aliás consta também na nossa legislação nacional, em particular, no artigo 68.º, n.º 2, alínea g) do CDADC. O artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do CDADC consagra as transformações das obras no âmbito de obras equiparadas a originais e, como tais, suscetíveis de proteção pelo direito de autor. Contudo, se equiparmos as modificações dos videojogos a transformações de uma obra, então tais transformações só serão possíveis caso haja

¹⁴⁹ Contudo, deve ser clarificado que muita da pirataria que ocorre hoje em dia, na indústria dos videojogos, é realizada online, e não através de cópias físicas.

¹⁵⁰ “Relacionando com os videojogos, é possível perceber que surgem diferentes maneiras de interação, não só com o jogo em si mas de outras formas, como (...) o *modding* (modificações e extensões feitas ao videojogo, pelos próprios jogadores, que por vezes são comercializadas ou dão origem a um novo jogo)”, cfr. AA. VV., 2017, p. 167. “Mods, or modifications, are made by altering or creating files for the game engine (...)”, cfr. SCHLINSOG, 2013, p. 189. PEDRO PINA refere que “some of the most impressive derivative works consist in additional software such as add-ons and mods” cfr. PINA, 2011, p. 469.

¹⁵¹ É muito mais simples para os utilizadores modificar videojogos desenvolvidos para computador (onde se utilizam sistemas operativos como Windows, Linux e o MacOS que permitem chegar mais facilmente aos ficheiros do jogo), do que aqueles que são desenvolvidos para outras plataformas.

¹⁵² “Today, reality has dramatically changed and almost everyone connected to the internet can obtain software able to facilitate the creation or the adaptation of digital works”, cfr. PINA, 2011, p. 465.

autorização por parte dos detentores dos direitos de autor do videogame em causa¹⁵³. Adicionalmente, estas modificações podem entrar em conflito não apenas com um direito patrimonial de autor, mas também com um direito moral do autor, mais precisamente, o direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra, como resulta dos artigos 9.º, n.º 3 e 56.º, n.º 1 do CDADC. Isto significa que, mesmo quando haja autorização por parte do autor da obra original para que se possa proceder à realização da obra derivada, tal obra derivada terá que “respeitar o sentido da obra original” e as modificações só serão lícitas na medida em que não desvirtuem essa obra original¹⁵⁴.

Outra questão consiste em saber se qualquer modificação no videogame, por mais pequena que seja, dá sempre origem a uma obra derivada? Para termos uma obra derivada é preciso que haja uma transformação de uma obra anterior, mas o grau de criatividade da obra derivada é sempre inferior ao da obra original¹⁵⁵. Ainda assim, uma obra derivada tem sempre que preencher os requisitos necessários à proteção das demais obras pelo direito de autor, o que significa que uma modificação de um videogame só poderá ser qualificada como obra se for uma criação humana, intelectual, exteriorizada e original¹⁵⁶. No caso dos videogames, utilizando um exemplo da jurisprudência norte-americana¹⁵⁷, o tribunal disse que a utilização de todos aqueles níveis criados pelos jogadores do jogo de vídeo “Duke Nukem 3D” (através de ferramentas e de arte criada para o jogo), da FormGen, no produto “Nuke It”, da Micro Star, faz com que este último seja uma obra

¹⁵³ Como consta do artigo 169.º, n.º 1 do CDADC. Esta autorização a que nos referimos só não será necessária quando a obra preexistente não seja protegida por direito de autor, como refere, LEITÃO, 2020, p. 104. No caso das bases de dados, o artigo 5.º, n.º 5 do DL n.º 122/2000 afasta a necessidade de consentimento do autor para serem introduzidas modificações na obra (cfr. ROCHA, 2017, p. 36).

¹⁵⁴ Cfr. artigo 169.º, n.º 3 e 4 do CDADC. Poderíamos até perguntar se estas exigências fazem sentido, tendo em conta a existência das paródias, mas a verdade é que estas estão previstas na lei enquanto obras originais, cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea n) do CDADC e o artigo 169.º do CDADC aplica-se a “qualquer transformação”, ou seja, obras derivadas. Apesar disso, MARIA CATARINA LOURO refere que, na prática, as paródias aproximam-se mais de obras derivadas do que obras originais já que correspondem “a um uso transformativo da obra anterior” (cfr. LOURO, 2018, p. 53) e, como tal, seria necessário reconhecer a “exceção de paródia” (cfr. LOURO, 2018, p. 54) que, para além de dispensar autorização do autor da obra original, ampliaria “as invasões possíveis à honra e reputação” (cfr. LOURO, 2018, p. 59).

¹⁵⁵ Cfr. LEITÃO, 2020, p. 103. Contudo, “o grau de criatividade não se confunde, porém, com a qualidade da obra”, cfr. LEITÃO, 2020, p. 103

¹⁵⁶ O acórdão do STJ, de 25 de maio de 2021, processo n.º 89359/10.7YIPRT.L2.S1, diz que “Mesmo nos casos em que ocorre essa transformação de uma expressão anterior, tal não basta para que se possa falar em obra derivada, uma vez que, para tanto, será necessário que se mostrem preenchidos dois requisitos cumulativos: (i) que haja transformação de uma expressão anterior; e (ii) que essa transformação seja realizada criativamente por alguém”.

¹⁵⁷ Caso MICRO STAR v. FORMGEN INC. 154 F.3d 1107 (9th Cir. 1998), disponível em <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1998%20Micro%20Star%20Abridged.pdf>.

derivada do primeiro¹⁵⁸. Este exemplo poderá ser aplicado a outros casos em torno do UGC¹⁵⁹, categoria onde se incluem os *mods*¹⁶⁰.

Também seria pensável classificar certas modificações nos videogames como obras compostas¹⁶¹, pelo menos naqueles casos em que essas modificações apenas adicionem determinados conteúdos sem alterar quaisquer elementos da obra original. Por exemplo, imaginemos que um determinado videogame tem dez níveis e, um terceiro, sem qualquer colaboração por parte dos criadores do videogame, cria uma modificação que acrescenta três novos níveis ao jogo. Neste caso, faz mais sentido a qualificação desses novos níveis como uma obra composta (assumindo que estão preenchidos todos os requisitos inerentes à proteção da obra), visto que não ocorre transformação do videogame original (os dez níveis que compunham o videogame mantêm-se exatamente iguais). Já se, em vez de novos níveis, estivéssemos a falar de novos itens que o jogador poderia colecionar, já estaríamos perante uma transformação do videogame, visto que esses novos itens alterariam o modo como os jogadores interagiriam com os dez níveis do jogo. De todo o modo, as obras compostas também carecem de autorização por parte do autor da obra original para nela poderem ser incorporadas, como decorre do art 20.º, n.º 1 do CDADC.

Hoje em dia, grande parte dos videogames que existem no mercado contém um EULA¹⁶². O EULA é uma licença de utilização final¹⁶³ e é algo que vem em conjunto com o contrato de venda do videogame¹⁶⁴. Nas várias cláusulas que compõe esta licença, existem, geralmente, alguns pontos dedicados às modificações do videogame. Por exemplo, a empresa Rockstar Games refere no seu EULA o seguinte: “The Software may

¹⁵⁸ Referindo-se aos elementos de prova necessários para qualificarmos uma obra como derivada de outra, particularmente, a semelhança entre as ideias e a expressão, o tribunal refere o seguinte: “FormGen will doubtless succeed in making these showings since the audiovisual displays generated when the player chooses the N/I levels come entirely out of D/N-3D’s source art library”, cfr. p. 4 do caso *MICRO STAR*. Como o que se protege é a expressão e não as ideias, a transformação/modificação de um videogame, para não ser considerada como uma obra derivada protegida pelo direito de autor, terá de ser realizada “without copying substantially the used expression or code”, cfr. PINA, 2011, p. 472.

Para a jurisprudência norte-americana outro requisito é que “a derivative work must exist in a “concrete or permanent form””, cfr. p. 3 do caso *MICRO STAR*.

¹⁵⁹ Cfr. SCHLINSOG, 2013, p. 200.

¹⁶⁰ Cfr. SCHLINSOG, 2013, p. 189. Quanto ao conceito de *mods* veja-se a nota de rodapé 150.

¹⁶¹ “(...) na obra composta ocorre apenas a incorporação de uma outra obra, sem que a original seja de algum modo transformada”, Cfr. LEITÃO, 2020, p. 111.

¹⁶² Cfr. PINA, 2011, p. 471.

¹⁶³ Nos contratos de licença de *software* existem 3 tipos de licenças: licenças de produção, licenças de distribuição e licenças de utilização final, cfr. LEITÃO, 2020, p. 350.

¹⁶⁴ O EULA pode ter por objeto “programas produzidos em série (*standard software*), ainda que adaptados, ou um programa novo concebido especificamente para os fins visados pelo utilizador (*individual software*)”, cfr. LEITÃO, 2020, pp. 350 e 351. No caso da venda de videogames, estamos a falar do primeiro caso, visto que são programas produzidos em série.

not be copied, reproduced, altered, modified, or distributed in any manner or medium, in whole or in part, without prior written consent from Licensor”¹⁶⁵. Este EULA tem uma parte dedicada ao UGC que indica que os jogadores poderão criar conteúdos para o jogo, mas, no caso de poderem ser protegidos por *copyright*, os direitos patrimoniais dos criadores desses conteúdos serão licenciados à Rockstar Games. Adicionalmente, também menciona os direitos morais dizendo que o criador de conteúdos terá de renunciar a esses direitos¹⁶⁶. Este EULA refere que a lei aplicável é a lei do estado de Nova Iorque (EUA), mas analisemos o conteúdo deste EULA (no que diz respeito ao UGC) de acordo com a legislação nacional. A autorização concedida à Rockstar Games para utilizar esses conteúdos não levanta grandes problemas, visto que os direitos patrimoniais são disponíveis (artigo 40.º do CDADC). Já a parte em que refere que o criador desses conteúdos deve renunciar aos direitos morais vai contra o disposto no artigo 56.º, n.º 2 do CDADC. De acordo com LUÍS MENEZES LEITÃO, no caso de obras intelectuais feitas por encomenda, o direito pessoal de autor pode ser atribuído ao comitente¹⁶⁷, mas não me parece que esse seja o caso neste EULA, visto que está implícito que o direito moral pertence ao criador de conteúdos, caso contrário não fazia sentido dizer que este deveria renunciar ao direito¹⁶⁸.

Os EULA com este tipo de cláusulas são bastante comuns nos videojogos, mas também se discute se não deveriam ser reconhecidos direitos aos criadores destas modificações nos videojogos através do próprio direito de autor, sem que seja necessário deixar a sua gestão para o âmbito dos EULA que, aliás, muitas vezes, acabam por fortalecer a posição dos autores da obra (autores do videojogo)¹⁶⁹. No fundo, a ideia é tentar conciliar a liberdade de expressão e a promoção da criatividade dos utilizadores com a proteção dos autores¹⁷⁰. No nosso entender, o grau de criatividade dos utilizadores deve estar sujeito à vontade do autor da obra. Não podemos esquecer que, principalmente

¹⁶⁵ Sublinhado nosso. Este EULA encontra-se disponível em <https://www.rockstargames.com/eula>.

¹⁶⁶ “You hereby waive and agree never to assert any moral rights (...)”, cfr. EULA referido na nota de rodapé anterior.

¹⁶⁷ Cfr. LEITÃO, 2020, p. 114. Em sentido oposto veja-se ROCHA, 2017, p. 53.

¹⁶⁸ Convém realçar que o conteúdo dos EULA não é igual em todos os casos, pois, por exemplo, o EULA do videojogo “Minecraft”, no ponto 3, não menciona qualquer renúncia a direitos morais. Este EULA está disponível em <https://www.minecraft.net/en-us/terms/nintendo-switch>.

¹⁶⁹ Cfr. PINA, 2011, p. 471 e 472.

¹⁷⁰ “Copyright must protect the author (...) But it cannot be forgotten that there also should be a place for the user and for the community within copyright”, cfr. PINA, 2011, p. 473.

Quanto às modificações dos videojogos (UGC) existem três soluções possível quanto à titularidade dessas criações: titularidade exclusiva para o criador desse conteúdo, qualificação da criação como uma obra feita em colaboração, ou qualificação desse conteúdo como obra derivada. Neste sentido veja-se KELLY, 2015.

nos países como o nosso onde vigora o *droit d'auteur*, o direito de autor preocupa-se mais com a tutela da personalidade do autor, do que com a promoção da criatividade artística. Isto significa que criatividade dos utilizadores deverá ser sempre limitada pela vontade do criador do videojogo, ou seja, a realização de modificações, como obra derivada, deverá estar dependente da autorização do autor da obra original¹⁷¹. Aliás, a criação de um direito do utilizador para modificar o videojogo como lhe aprouver (por exemplo, adicionando uma nova exceção ao artigo 75.º do CDADC), mesmo que se exigisse a não existência de uma finalidade comercial, colidiria frontalmente com o direito moral do autor em assegurar a integridade e genuinidade da sua obra, visto que qualquer pessoa poderia modificar a sua obra, independentemente da sua vontade, em nome da defesa do “utilizador criativo”. Por fim, muitas vezes é do interesse dos próprios criadores dos videojogos assegurar que o seu produto é facilmente modificável e, nesses casos, os utilizadores poderão ter maior liberdade¹⁷².

¹⁷¹ Na doutrina nacional, MARIA VICTÓRIA ROCHA questiona o papel da interatividade das obras multimédia no conceito de autoria e acaba por referir algo que se enquadra bem neste contexto: “Já se, embora os elementos expressivos tenham sido produzidos e predeterminados pelo autor, ou autores, da obra, a intervenção do utilizador na seleção e organização de uma das suas expressões tiver importância preponderante para produzir um novo resultado, o que pressupõe graus mais intensos de interatividade, então o utilizador entrará no campo da autoria, podendo este novo produto ser visto como uma obra derivada (...)”, cfr. ROCHA, 1996, pp. 201 e 202.

¹⁷² No caso do EULA do videojogo “Minecraft” (mencionado na nota de rodapé n.º 168): “You are not giving up your ownership rights in your content, you are just giving us and other users permission to use it”. Estas modificações tem o potencial para adicionar mais conteúdo ao videojogo e, como tal, tornam-no mais atrativo a novos jogadores, cfr. SCHLINSOG, 2013, p. 204.

5. Conclusão

Em suma, tudo o que analisamos ao longo deste trabalho está longe de esgotar a relação existente entre a propriedade intelectual e o mundo dos videojogos. Aliás, um dos benefícios que indiretamente decorrem de toda a investigação realizada para esta tese é o facto de nos ter dado a conhecer muitas outras questões que aproximam estas duas realidades. Entre essas outras temáticas podemos destacar, por exemplo, a relação existente entre as editoras de videojogos e as produtoras dos mesmos ou até a adaptação de outros tipos de obras para o formato dos videojogos. O critério adotado para a escolha das questões discutidas nesta tese cingiu-se àquelas que apresentassem uma maior singularidade e pertinência, de forma a promover uma análise construtiva para cada tema.

A nossa pesquisa foi bastante centrada no âmbito do direito de autor, visto que quase todos os pontos deste trabalho versaram exclusivamente sobre esse ramo da propriedade intelectual. No entanto, daqui não deve ser inferido que não existam quaisquer ligações com a propriedade industrial. Na verdade, o facto de não termos desenvolvido em profundidade essa vertente deriva apenas de uma opção deliberada em centrar o tema da tese em questões relativas ao direito de autor. Ainda assim, abrimos uma exceção para o caso das patentes, de modo a não deixar totalmente de fora um ramo tão importante da propriedade intelectual, contribuindo, simultaneamente, para demonstrar como é que a propriedade industrial e os videojogos podem estar associados. Dito isto, tendo em mente futuras investigações que sejam realizadas em torno desta temática, gostaríamos de mencionar que os videojogos, para além das patentes, colocam novos problemas no âmbito do direito de marcas e até nos segredos de negócio¹⁷³.

Com esta investigação procuramos trazer para o ordenamento jurídico português os desenvolvimentos que se têm verificado em torno desta matéria. Isto porque, embora haja doutrina nacional que toca, ainda que de forma sucinta, no setor dos videojogos e na sua relação com determinados aspetos da propriedade intelectual (principalmente, em torno da classificação dos videojogos), há outros países em que a indústria produtora de videojogos está muito mais desenvolvida. Isto leva a que países como os EUA, estejam na linha da frente no que toca à exploração doutrinal dos diversos impactos que os

¹⁷³ Para exemplos do que pode ser segredo de negócio ou marca, respetivamente, veja-se GREENSPAN, 2014b, pp. 85 e 89.

Sobre as marcas em específico, existe um acórdão do TRL (processo n.º 250/19.6YHLSB.L1-PICRS, de 29 de setembro de 2020) em que se discute se há imitação ou não da marca “GTA” (sigla do videojogo designado “Grand Theft Auto”) por parte da recorrida ao criar a marca “GTAudio”.

videojogos possam ter para a propriedade intelectual¹⁷⁴. Dito isto, não podemos aplicar *ipsis verbis* as soluções apresentadas pelo sistema norte-americano, muito devido ao facto de que existem algumas diferenças entre o sistema *copyright* e nosso sistema de *droit d'auteur*.

¹⁷⁴ No contexto europeu, países como a Espanha também apresentam vasta doutrina nesta área, havendo até propostas para um eventual regime jurídico para os videojogos, como vimos.

Bibliografia:

- AA. VV. (2017) – “Novos usos e desafios para os videojogos: streaming, questões de género e assédio online”, *Media e Jornalismo*. Vol.17, n.º 31, pp.165-176. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- AKESTER, Patrícia (2013) - "Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais", Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2001) - "Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação", Almedina.
- BING, Jon (2009) – “Copyright protection of computer programs”, *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, pp. 401-426.
- BITLAW - “COPYRIGHT NOTICE AND REGISTRATION”, Forsgren Fisher, disponível em <https://www.bitlaw.com/copyright/formalities.html#form>.
- CABRAL, João Pereira (2016) – “A Patenteabilidade das Invenções Implementadas por Computador”, dissertação de mestrado em ciências jurídicas – Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- CABRERA, Susana Fernanda Álvarez e Katina Yaneth Reyes HERNÁNDEZ (2016) – “Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Colombia.
- CASILLAS, Brian (2012) – “Attack of the Clones: Copyright Protection for Video Game Developers”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, vol. 33, issue 2, 2012-2013, pp. 137-170.
- CHIMIENTI, Laura (2006) – “Lineamenti del Nuovo Diritto D’autore”, sétima edição, Giuffrè editore.
- Copyright Alliance – “What Are Statutory Damages and Why Do They Matter?”, disponível em <https://copyrightalliance.org/faqs/statutory-damages-why-do-they-matter/>.
- DANNENBERG, Ross e Steve CHANG (2008) – “Hey, That’s MY Game! Intellectual Property Protection for Video Games”, *Game Developer*, disponível em

<https://www.gamedeveloper.com/business/hey-that-s-my-game-intellectual-property-protection-for-video-games>.

European Patent Office (2021) – “Guidelines for Examination in the European Patent Office”, Part G – Patentability, disponível em [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/C4B20952A0A7EF6BC125868B002A5C61/\\$File/epo_guidelines_for_examination_2021_hyperlinked_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/C4B20952A0A7EF6BC125868B002A5C61/$File/epo_guidelines_for_examination_2021_hyperlinked_en.pdf).

European Patent Office (2019) – “Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office”, I – Patentability, disponível em [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9C4AC8DAC2B2AC13C12584690048A4D7/\\$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2019_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9C4AC8DAC2B2AC13C12584690048A4D7/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2019_en.pdf).

GEORGIEVA, Hristina Radkova (2018) – “Video Games – Objects of Intellectual Property Law. Comparative Law Analysis”, Proceedings of University of Ruse, Vol. 55, 2016, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3122263.

GONÇALVES, Luís Couto (2019) – “Manual de Direito Industrial”, 8ª edição, Almedina.

GREENSPAN, David, S. Gregory BOYD e Jas PUREWAL (2014a) – “Video Games and IP: A Global Perspective”, disponível em https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/02/article_0002.html.

GREENSPAN, David (2014b) – “Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers”, Creative Industries, n.º 8, WIPO.

Interactive Software Federation of Europe e European Games Developer Federation (2021) – “Key Facts 2020 – The Year We Played Together”, disponível em <https://www.isfe.eu/wp-content/uploads/2021/10/2021-ISFE-EGDF-Key-Facts-European-video-games-sector-FINAL.pdf>.

JEWELL, Catherine (2012) – “Video Games: 21st century art”, WIPO Magazine, 4/2012, disponível em https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2012/04/article_0003.html.

JR., Phillip A. Harris (2007) – “Mod Chips and Homebrew: A recipe for their continued use in the wake of Sony v. Divineo”, North Carolina Journal of Law & Technology Volume 9, Issue 1, HeinOnline.

- KELLY, Jennifer Lloyd & Nicholas PLASSARAS (2015) - "Copyright player-generated content in video games", VentureBeat, disponível em <https://venturebeat.com/2015/01/07/copyrighting-player-generated-content-in-video-games/>.
- LEE, Yin Harn (2020) - "Copyright and gaming", em "Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies", editado por Tanya Aplin, EE - Edward Elgar Publishing, pp. 44-62.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2020) – “Direito de Autor”, 3ª edição, almedina.
- LIPSON, Ashley Saunders e Robert D. BRAIN (2016) – “Videogame Law – Cases, Statutes, Forms, Problems & Materials”, second edition, Carolina academic press.
- LOURO, Maria Catarina Videira (2018) – “A paródia e os Direitos de Propriedade Intelectual”, dissertação de mestrado científico em Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- PAVLOVIC, Dwight (2020) – “Video Game Genres: Everything You Need to Know”, HP TECH TAKES /..., disponível em <https://www.hp.com/us-en/shop/tech-takes/video-game-genres>.
- PINA, Pedro (2011) – “Computer Games and Intellectual Property Law: Derivative Works, Copyright and Copyleft”, Business, Technological, and Social Dimensions of Computer Games: Multidisciplinary Developments, IGI Global.
- QUAGLIARIELLO, John (2019) – “Applying Copyright Law to Videogames: Litigation Strategies for Lawyers”, Journal of Sports & Entertainment Law, Harvard Law School, pp. 263-276.
- RAMOS, Andy, Laura LÓPEZ, Anxo RODRÍGUEZ, Tim MENG e Stan ABRAMS (2013) – “The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches”, WIPO.
- RENDAS, Tito (2014) – “Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law”, 37(1) European Intellectual Property Review 39 (2015), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456273.

- ŘÍHA, Daniel (2014) – “Cutscenes in Computer Games as an Information System”, em Marcus A. (eds) Design, User Experience, and Usability. User Experience Design for Diverse Interaction Platforms and Environments. DUXU 2014. Lecture Notes in Computer Science, vol 8518. Springer, Cham.
- ROCHA, Maria Victória (2017) – “Intellectual Property Portugal”, International Encyclopaedia of Laws - Intellectual Property, editado por Hendrik Vanhees, Kluwer Law International, Holanda.
- ROCHA, Maria Victória (2011) – “Elementos para estudo da disciplina (conceito de Obra): A obra enquanto objecto de protecção pelo Direito de Autor”, disponível em <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-catolica-portuguesa/cumprimento-e-nao-cumprimento-das-obrigacoes/victoria-rocha-obra-sobre-direito-de-autor/11376099>.
- ROCHA, Maria Victória (1996) – “Multimédia e Direito de Autor: alguns problemas”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, tomo XVII, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (2015) - "Manual de Propiedad Intelectual", 6ª edição, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis Manuel Tolmos (2018) – “Principios legales de los videojuegos y los e-sports”, editorial Sintesis.
- ROY, Arun (2020) – “Patenting video games in Europe - The EPO’s Board of Appeal decide in favour of Nintendo (T1504/17)”, Kilburn & Strode LLP, Lexology, disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=779b176e-e3b8-44cf-b9d6-a685be522efd>.
- SCELSI, Chrissie e Ross A. DANNENBERG (2019) – “Computer Games and Immersive Entertainment: Next Frontiers in Intellectual Property Law”, second edition, American Bar Association: Section of Intellectual Property Law.
- SCHECTER, Jack C. (2012) – “Grand Theft Video: Judge Gives Gamemakers Hope for Combating Clones”, IP Insight, disponível em <https://www.fedbar.org/wp-content/uploads/2012/10/ipinsight-octnov2012-pdf-1.pdf>.

- SCHLINSOG, Melinda J. (2013) – “Endermen, Creepers, and Copyright: The Bogeymen of User-Generated Content in Minecraft”, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 16, pp. 185-206.
- SILVA, Nuno Sousa e (2019a) – “The Boundaries of EU Copyright Law: Cheese, Jeans and a Military Report in the Court of Justice”, *Market and Competition Law Review*, vol. III, n.º 1, abril.
- SILVA, Nuno Sousa e (2013) - "Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu", separata da revista da ordem dos advogados, ano 73, IV, Lisboa, pp. 1331-1387.
- SILVA, Pedro Sousa e (2019b) – “Direito Industrial – Noções Fundamentais”, 2ª edição, almedina.
- VIEIRA, José Alberto (2005) – “A Proteção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor”, *Lex-Edições Jurídicas*.
- VIEIRA, José Alberto (2020) – “Direito de Autor - Dogmática Básica”, Almedina.