

& DIREITO AUTORAL **MARCO CIVIL DA INTERNET**

MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

ISBN 978-85-67141-10-7

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.



UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br
GEDAI/UFPR

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ	José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS	J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.
Carlos A. P. de Souza – CTS/FGV/Rio	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Carol Proner – UniBrasil	Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Sérgio Staut Júnior – UFPR
José Augusto Fontoura Costa – USP	Valentina Delich – Flacso/Argentina

Coordenação editorial: Fátima Beghetto

Capa (imagem e diagramação): Marcelle Cortiano e Sônia Maria Borba

Projeto gráfico: Sônia Maria Borba

Diagramação: Cássia de Mônico

Revisão: Laura Rotunno; Luciana Bitencourt; Ruy Figueiredo de Almeida Barros; Heloisa Medeiros; Ana Luiza dos Santos Rocha

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

D598 Direito autoral & marco civil na internet / coordenação de
Marcos Wachowicz – Curitiba: Gedai Publicações, 2015.
304p.; 23 cm

ISBN 978-85-67141-10-7 [recurso eletrônico]

ISBN 978-85-67141-06-0 [impresso]

1. Direito autoral. 2. Propriedade intelectual. 3. Internet.
I. Wachowicz, Marcos (Coord.). II. Título.

CDD 346.0482(22.ed.)

CDU 343.533.9

Esta obra é distribuída por meio da Licença **Creative Commons 3.0**
Atribuição/Uso Não Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

& DIREITO AUTORAL

MARCO CIVIL DA INTERNET

Colaboradores

Alexandre Ricardo Pessler	Marcos Wachowicz
Guilherme Coutinho da Silva	Maria Victória Rocha
Liz Beatriz Sass	Patrícia Eliane da Rosa Sardeto
Luca Schirru	Sarah Helena Linke
Lukas Ruthes Gonçalves	Thiago Martinelli Veiga
Marcelo de Athayde Furtado Krieger	Tiago Mendonça dos Santos

Curitiba



2015

DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO PORTUGUÊS: UM DESEQUILÍBRIO PARADOXAL EM DESFAVOR DOS UTILIZADORES

Maria Victória Rocha

Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, sob orientação do Professor Doutor Gómez Segade. Professora auxiliar da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto. victoriarocha@netcabo.pt.

RESUMO: A protecção das medidas tecnológicas e da informação para a gestão electrónica de direitos, introduzida no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português em 2004 - como consequência dos Tratados OMPI de 1996 e da transposição da Directiva 2001/29/CE - é demasiado ampla. Isto permite aos titulares aumentar os seus direitos de exclusivo de exploração para áreas tradicionalmente livres de direitos de autor e de direitos conexos e, inclusive, a protecção da informação organizada pelo direito *sui generis* do produtor de bases de dados, o que afecta o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com graves danos para estes últimos e para a sociedade, em geral, afectando o desenvolvimento da cultura, da educação, da liberdade de expressão e de informação. Deste modo, cria-se uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada é acessível apenas à distância de um clique, o utilizador pode estar menos protegido que na era analógica. A legislação nacional, no entanto, é apenas reflexo do que ocorre a nível da União Europeia e não só (cf. por exemplo, os EUA). A gravidade da situação requer uma reflexão sobre todos estes aspectos à escala internacional.

Palavras-chave: Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Copyright, Copyleft, Creative Commons, Fair Use, Directiva; DRM (Digital Rights Management), UE: Informação para a gestão electrónica de direitos; Sociedade da Informação; Internet; Open Source; Titulares de direitos conexos; Direito *sui generis* dos produtores de bases de dados; medidas tecnológicas de protecção; utilizador, Tratados OMPI de 1996.

1 NOÇÕES GERAIS: DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PORTUGUÊS

Os dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos são regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados

OMPI 1996 (respectivamente, artigos 11º e 12º do Tratado sobre Direito de Autor e artigos 18º e 19º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6º e 7º)¹.

De acordo com os Tratados em causa, os dispositivos tecnológicos de protecção só podem ser tutelados se forem eficazes, utilizados por autores, artistas intérpretes, executantes ou produtores de fonogramas, no exercício dos direitos de autor ou direitos conexos previstos nos Tratados ou na Convenção de Berna e restringirem actos não autorizados pelos titulares dos direitos em causa ou não permitidos por lei.

Quanto aos dispositivos tecnológicos de protecção, aparentemente, a Directiva foi mais longe do que os Tratados OMPI 1996. Não se limitou a proibir actos de neutralização dos dispositivos tecnológicos, mas também a abranger os actos preparatórios dessa neutralização, como fabrico e venda, aluguer, publicidade para efeitos de venda ou aluguer ou posse para fins comerciais desses produtos². A tutela é extensiva ao fabricante da

¹ Tratados aprovados em Portugal pelas Resoluções da Assembleia de República, respectivamente, 53/2009 e 81/2009, ambas de 5 de fevereiro, ratificadas pelos Decretos do Presidente da República 68/2009, de 30 de julho, e 77/2009, de 27 de agosto. Directiva transposta para o nosso Ordenamento pela Lei 50/2004, de 24 de agosto (doravante designada por Directiva).

² Os Tratados OMPI apenas se referem a actos de neutralização, tendo sido o consenso possível resultante da forte discussão que envolveu todos os interessados, em que se destaca a pressão exercida pelos fabricantes dos dispositivos de neutralização. Daí que não seja estranho terem ficado, aparentemente, de fora, os denominados «actos preparatórios», ou seja, os actos de produção, comercialização, oferta ou distribuição de medidas tecnológicas dos dispositivos tecnológicos de protecção de fabrico e comercialização de produtos susceptíveis de realizar, embora estes possam ser mais lesivos do que os actos individuais de neutralização. Com mais pormenor, entre outros I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 2047-2051. Para este autor, a solução permitiu aos Estados que ratificaram os Tratados chegarem a soluções alternativas ou cumulativas. Por exemplo, o Japão e a Austrália apenas sancionam as actividades de fabricação e comercialização de aparelhos e instrumentos destinados a neutralizar as medidas. Já nos Estados Unidos e na EU, também se proíbem os actos individuais de neutralização. Veja-se, também, D. Moura Vicente, «Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 506 e L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 368-369. Ambos consideram que os Tratados OMPI apenas se referem às medidas individuais de neutralização. Dão conta, nos EUA, do Digital Millenium Copyright Act, de 1998, afirmando que foi mais longe, proibindo as tais medidas de produção, comercialização, oferta ou distribuição dos dispositivos tecnológicos de protecção. Os tribunais aplicaram pela primeira vez esta proibição no caso *Universal Studios Inc. v. Corley*. Erick Corley, editor da revista *on line 2600 The Haker Quarterly*, que foi sancionado pela divulgação do programa DeCSS, possibilitador da neutralização do Scramble System (CSS).

base de dados, não abrangido nos Tratados OMPI 1996. Ainda, é admitida a protecção dos dispositivos tecnológicos de protecção contra formas de utilização livres de acordo como Direito de Autor e Direitos conexos, não consentidas pelos autores, titulares de direitos de autor ou titulares de direitos conexos³.

Com a transposição da Directiva, os dispositivos tecnológicos de protecção e as medidas para a informação e gestão de direitos passam a ser previstos no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (doravante designado por CDADC), no Título VI, sob a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica de direitos», artigos. 217º a 228º.

Nos termos do artigo 217º, 1 CDADC, é assegurada a protecção jurídica prevista no CDADC, para os autores e titulares de direitos conexos, bem como a protecção assegurada pelo direito *sui generis* ao fabricante da base de dados (prevista no D.L. 122/00, de 4 de Julho)⁴, exceptuados os programas de computador, contra a neutralização de qualquer medida de carácter tecnológico eficaz. Para que as medidas sejam eficazes, basta que

No entanto, na doutrina há quem afirme que o cumprimento dos Tratados OMPI impõe a proibição de neutralização de actos preparatórios e que a previsão nas legislações nacionais de sanções apenas contra actos de neutralização implica incumprimento do Tratado. Por todos, M. Ficsor, «The Wipo “Internet Treaties”: the United States as the Driver; the United States as the main Source of Obstruction», John Marshall Review of Intellectual Property Law, vol. 6, 2006, p. 25 ss.

³ A referência à terminologia DRM (Digital Rights Management) não tem reflexo legal no nosso país, pelo que não se deve substituir à aos conceitos legais de medida tecnológica de protecção e informação para a gestão de direitos, ambos perfeitamente ajustados ao nosso sistema. Assim também em Espanha, como testemunha I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 2041. Os DRM traduzem-se num conjunto de medidas tecnológicas que permitem identificar e seguir a obra/prestação colocada on line com o objectivo de facilitar a exploração comercial desta, em ligação com a contratação on line. Em pormenor, entre outros, S. Bechtold, «Multimedia und Urheber Recht. Einige grundsätzliche Anmerkungen», GRUR, 1998, p. 19 ss. (também referido por I. Garrote Fernández-Díez, Comentario, op. cit., p. 2041, nota 4) e, mais recentemente, C. May, Digital Rights Management. The Problem of Expanding Ownership Rights, Chandos, Oxford, 2007. O DRM é um esquema complexo que inclui a combinação de medidas tecnológicas, sistemas de contratação em linha e sistemas de informação para a gestão de direitos de modo a identificar as obras/prestações/produtos protegidos que são objecto de exploração, os titulares de direitos, os utilizadores, e sistemas de monitorização de cada concreta utilização da obra/prestação efectuada pelo utilizador que obtém uma licença para desactivar a medida tecnológica dos titulares de direitos (noção bastante conseguida de I. Garrote. Fernández-Díez, Comentario, op. cit., p. 2042-2043, nota 4). Com muito detalhe sobre DRM, C. May, Digital..., op. cit., p. 27 ss., p. 46 e ss. e p. 67 ss.

⁴ Que transpõe a Directiva 96/9/CE.

permitam algum grau de controlo da utilização dos bens protegidos, não é necessário que impeçam o acesso aos bens em causa.

Os Tratados OMPI de 1996 e a Directiva não indicam directamente quem são os titulares da protecção. Embora o artigo 8º, n. 2, da Directiva indirectamente refira «os titulares dos direitos cujos interesses sejam afectados por uma violação», tal não implica que outros sujeitos não possam estar abrangidos. O CDADC resolveu a questão no n. 1 do artigo 217º, abrangendo os autores, os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e o fabricante da base de dados protegida pelo direito *sui generis*, exceptuados os programas de computador, por terem legislação própria⁵.

De acordo com o n. 2, as «medidas de carácter tecnológico» compreendem toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizadas pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, excluídos os protocolos, formatos, algoritmos e métodos de criptografia, de codificação ou de transformação⁶.

Nos termos do n. 4, a aplicação destas medidas de controlo de acesso é voluntária e opcional para o detentor de direitos de reprodução da obra, enquanto tal seja expressamente autorizado pelo criador intelectual. Esta disposição implica que a autorização do criador intelectual seja essencial para a lícita introdução de medidas tecnológicas de restrição do acesso à obra. No entanto, a decisão sobre a sua utilização compete aos titulares dos direitos de distribuição, não podendo o autor, que haja permitido essa distribuição, impor a implementação de tais medidas.⁷ Ao exigir autorização expressa, o artigo 217º, n. 4, vai além do imposto pela Directiva⁸. No entanto, uma vez que o CDADC já reserva ao titular de direitos de autor o poder de escolher livremente os processos e condições de exploração da obra, nos termos do artigo 68º, n. 3, e, quanto ao contrato de edição, que o mesmo deve mencionar o número de edições, o número de exemplares de

⁵ DL núm. 252/94, de 27 de novembro, que transpôs para o nosso ordenamento a Directiva 91/250/CEE.

⁶ Exclui-se a qualificação, como medidas tecnológicas protegidas, de um protocolo, formato, algoritmo ou método de criptografia de codificação ou de transformação. D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 507, deixa a questão pertinente de saber qual o conteúdo útil que, feita aquela exclusão, fica reservado às medidas tecnológicas previstas no CDADC, a que acresce a questão da conformidade dessa exclusão com a Directiva, que não a prevê.

⁷ Neste sentido, L. M. Teles Menezes Leitão, Direito de Autor, op. cit., p. 370-371.

⁸ Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 508.

cada edição e o preço de venda ao público de cada exemplar (art. 86º, n 1, CDADC), a exigência do artigo 217º, n. 4, não se afasta do regime anterior.

O artigo 219º estende a protecção aos actos preparatórios, tais como fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer ou posse para fins comerciais de produtos ou componentes, bem como à prestação de serviços com a finalidade de neutralização e o artigo 220º aos acordos, decisões de autoridades, ou de aplicação voluntária pelos titulares de direitos.

O artigo 223º, n. 1, alarga a protecção jurídica aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, bem como ao fabricante das bases de dados protegidas pelo direito *sui generis*, contra as violações dos dispositivos de informação para a gestão electrónica de direitos, com excepção dos programas de computador, entendendo-se como tal, nos termos do n. 2, toda a informação prestada pelos titulares dos direitos que identifique a obra, a prestação e a produção protegidas, a informação sobre as condições de utilização destes, bem como quaisquer números ou códigos que representem essa informação.

O n. 3 esclarece que a protecção jurídica incide sobre toda a informação para a gestão dos direitos presente no original ou cópias das obras, prestações ou produções protegidas ou, ainda, no âmbito de qualquer comunicação pública.

Nos termos do artigo 228º, a tutela do CDADC não prejudica outros tipos de tutela, designadamente, a Propriedade Industrial, caracteres tipográficos, acesso condicionado, acesso ao cabo de serviços de radiodifusão, protecção do património nacional, depósito legal, concorrência, concorrência desleal, segredo comercial, segurança, confidencialidade, protecção dos dados pessoais e da vida privada, acesso aos documentos públicos e ao direito dos contratos.

2 RAZÃO DE SER DESTAS MEDIDAS

A protecção das medidas de tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados insere-se na questão mais vasta da criminalização dos *downloads* não autorizados (nomeadamente, através das redes P2P) e das iniciativas para cortar o acesso à internet (cfr: Lei HADOPI, em França⁹

⁹ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law, consultada em 30 de abril de 2013

e Lei SINDE, em Espanha¹⁰, projectos PIPA¹¹ e SOPA¹² nos EUA, e Tratado ACTA¹³).

A ideia de base é a de que as redes internacionais de comunicações electrónicas e a digitalização implicaram o acesso fácil do público em geral à informação, máxime, que circula na internet, e também aos bens culturais protegidos pelo Direito de Autor e pelos Direitos Conexos. No entanto, este acesso maciço implica um enorme risco de violação à escala mundial das obras, prestações ou informação protegidas, nomeadamente, dado o fácil acesso a tais bens e à realização de cópias idênticas aos originais. Aos riscos tecnológicos pode-se responder com a própria tecnologia (na frase conhecida de Charles Clark: *the answer to the machine is the machine*)¹⁴, desde que sancionada pela lei. Daí as tecnologias destinadas a impedir e a controlar o acesso aos utilizadores não autorizados. Mas, a tecnologia só por si não é suficiente, uma vez que é sempre possível criar novas tecnologias destinadas a neutralizar as já existentes. Impõe-se a intervenção do sistema jurídico, para sancionar a neutralização dos dispositivos tecnológicos e dos sistemas de informação e gestão de dados¹⁵.

¹⁰ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde, consultada em 30 de abril de 2013

¹¹ Para uma visão global do projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act, consultado em 30 de abril de 2013

¹² Para uma visão global do Projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act, consultado em 30 de abril de 2013.

¹³ Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement, consultado em 30 de Abril de 2013.

¹⁴ Ch. Clark, «The answer to the machine is the machine», P. B. Hugenholtz (coord.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, p. 139 ss.

¹⁵ Não entraremos na questão da criminalização de downloads para uso privado, nem nas iniciativas de cortar o acesso à Internet, medidas com as quais estamos em absoluto desacordo, apenas porque excederiam os objectivos deste estudo. Todavia, deixamos como apontamento que o dogma de que «uma cópia pirata é uma cópia perdida», muito difundido pelas entidades de gestão, como forma também de protegerem os seus próprios interesses, há muito tempo foi colocado em causa pelos próprios titulares de direitos e por diversos estudos universitários (entre os quais, trabalhos da prestigiada Universidade de Harvard), funcionando o download para uso privado, muitas vezes, como forma de ascensão de artistas não conhecidos e de controlo, pelas próprias produtoras multinacionais que tanto se queixam, do sucesso dos seus produtos a lançar no mercado físico. A coexistência de um mercado de serviços on line com um mercado no mundo físico não aniquila este segundo, desde que as empresas saibam mudar a forma de fazer o seu negócio, nomeadamente, dando valor acrescentado aos bens que vendem, baixando os preços, e acrescentando, por exemplo, na área da música, mais músicas de sucesso em cada CD/DVD, sob pena de os titulares de direitos fazerem eles próprios a produção ou recorrerem apenas a produtores

O problema surge quando estas sanções impostas pelo Direito vão além do desejável, criando uma protecção hipertrofiada que coloca em causa os direitos dos legítimos utilizadores das obras prestações e produtos protegidos. Cria-se, então, um paradoxo na própria Sociedade da Informação: uma protecção excessiva injustificada dos titulares direitos que asfixia a circulação da informação, prejudicando os utilizadores e, indirectamente, a sociedade em geral, condenando-os à infoexclusão, numa época em que praticamente toda a informação relevante passa por meios digitais, em particular pela internet.

Os titulares de direitos de autor e direitos conexos nunca tiveram o direito de controlar o uso privado, há limites ao direito de autor e direitos conexos que sempre foram impostos e obras e prestações que não são pro-

executivos e os utilizadores preferirem fazer downloads, mesmo não autorizados. Acresce a venda dos CDS/ DVDs logo quando terminam os espectáculos ao vivo, aproveitando o entusiasmo do público, eventualmente com a assinatura dos autores, intérpretes ou executantes. Quanto ao mercado on line, a solução passa por baixar drasticamente os preços (o que já começa a acontecer, nomeadamente, com o spotify e as operadoras de redes telefónicas, que praticam preços muito mais baixos do que o i-Tunes), e pela remuneração através de receitas publicitárias, por cada clique, em vez dos tradicionais royalties. O copyleft, está muito longe de ser a causa da crise, nomeadamente no âmbito musical, como atestou a revolução Radiohead, um de muitos exemplos que poderíamos mencionar, mas que se tornou emblemático, (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Radiohead>, consultado em 30 de abril de 2013), bem como a posição dos Monty Python, no audiovisual, lançando o Monty Python youtube channel (<http://www.techdirt.com/articles/20081119/0307122880.shtml>, consultado em 30 de abril de 2013).

O mesmo se se diga das creative commons (entre nós: <http://creativecommons.pt/>, consultado em 30 de abril de 2013), em que os titulares, a um nível intermédio entre open source/ copyleft e copyright, optam por conceder licenças standart, mais abertas ou mais fechadas, para o utilizador saber o que pode ou não fazer.

Em todo o caso, criminalizar não resolve o problema: se é fechada uma rede P2P hoje, no próprio dia abre outra. Por isso, saudamos a decisão do DIAP de não acusar milhares de utilizadores privados por downloads não autorizados para uso privado (<http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/diap-arquiva-processo-contrapartilha-de-ficheiros-por-ser-impossivel-identificar-responsaveis-1564850>, consultado em 30 de abril de 2013).

Sobre o caso mundialmente famoso Megaupload, consulte-se J. Bahati, L'affaire MEGA-UPLOAD et la question du téléchargement illégal sur Internet, CreateSpace Independent Publishing Platform, Bélgica 2012, também disponível em <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/be/>. Veja-se também <http://en.wikipedia.org/wiki/Megaupload>, e sobre o novo Mega, <https://mega.co.nz/consultados> em 30 de abril de 2013.

Quanto ao corte da Internet, parece-nos, inclusive, inconstitucional, pois exclui indiscriminadamente os utilizadores do acesso à informação, numa época em que quase toda ela passa por este meio digital, na denominada Sociedade da Informação. Por outro lado, também não resolve o problema da crise do negócio dos bens culturais.

A solução deveria antes passar pelo pagamento de um montante destinado aos titulares de direitos de autor e direitos conexos quando se fazem e renovam contratos de acesso, como acontece, entre nós, com o pagamento às entidades de radiodifusão, que aparece, uma vez por ano, na conta da electricidade.

tegidas, por não satisfazerem os requisitos de protecção ou pelos direitos de exploração já terem caído no domínio público.

Os dispositivos tecnológicos e os sistemas de gestão e informação, aplicados indiscriminadamente, fazem com que se corra o risco sério, paradoxal e irónico, de a Sociedade da Informação se transformar numa sociedade *pay-per-view*, em que o acesso à informação, às ideias e bens culturais tradicionalmente livres na era analógica, têm que ser pagos, numa época em que a internet, meio, por excelência, de comunicação pública, permite um fluxo cada vez maior e mais imprescindível de informação digitalizada e à distância de um clique.

Só um adequado balanço entre os interesses dos titulares de direitos e dos utilizadores permite a promoção e difusão da cultura e da informação, imprescindíveis para a evolução da sociedade, se revela aceitável. Este equilíbrio, em nosso entender, está colocado em causa pela legislação vigente, que restringe em demasia a liberdade de utilização das criações intelectuais e da própria informação pelo público em geral. O livre acesso à informação, convém não esquecer, faz parte dos direitos, liberdades e garantias, em democracia.

3 REGIME E CRÍTICAS RELATIVAMENTE AOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS EM PORTUGAL

Independentemente de outras classificações possíveis, Koelman e Helberger, dividem os dispositivos tecnológicos em quatro tipos, a que aderem, em Portugal, Moura Vicente e Menezes Leitão¹⁶, sendo certo que alguns aparecem combinados a sistemas de informação para a gestão de direitos (o que é normal acontecer na prática), ou se traduzem predominantemente em medidas de informação e gestão, pelo que a classificação deveria ter um título mais abrangente. Usá-la-emos, contudo, por motivos de facilidade de exposição. Encontramos, de acordo com classificação exposta:

¹⁶ Com mais detalhe, veja-se J. K. Koelman e N. Helberger, «Protection of technological measures», P. B. Hugenholtz (coord.), Copyright and Electronic Commerce. Legal aspects of Electronic Copyright Management, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 165-227; L. M. Teles Menezes Leitão, Direito de Autor, op. cit., p. 366 e ss.; L. M. Teles Menezes Leitão, «Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso ao público», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, vol. X, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 137 e ss., em especial, p. 139-140; D. Moura Vicente, «Direito...», op. cit., p. 500 ss., autores que seguimos muito de perto na exposição.

- a) Mecanismos que colocam o acento no controlo do acesso. Alguns exemplos: permite-se o acesso a um conteúdo colocado *on line* através da própria fonte, exigindo uma senha de acesso, normalmente em conexão com um contrato de licença que tem como contrapartida um pagamento; controla-se o acesso através do receptor, como acontece quando é necessário um decodificador para aceder a determinadas utilizações via TV; ao controlo de acesso a um exemplar de uma obra já adquirido, como as medidas que impedem reproduções de um CD-ROM, de um dado *software*, ou de acessos subsequentes, neste último caso, pense-se nos CD-ROM de instalação de programas quando o programa de instalação se destrói após a primeira utilização.
- b) Mecanismos que se destinam a controlar determinadas utilizações, tais como, por exemplo, a impressão de textos e a sua reprodução em suporte digital. Estes mecanismos podem impedir que determinado documento digital possa ser impresso, ser objecto de cópia integral, ou possa ser colocado *on line*. O objectivo é impedir que cópias excessivas do documento, por exemplo, permitindo cópias apenas a partir do original, ou instalando um *worm* no computador que destrói as cópias do documento.
- c) Mecanismos que visam proteger a integridade e genuinidade, nomeadamente, impedindo a modificação da obra ou prestação. Normalmente, estão ligados à protecção de direitos morais, impedindo, por exemplo, o *morphing*. Também se encontra aqui a autenticação exigida por autores de determinados blogues ou a limitação à supressão de conteúdos numa obra em regime de *open source* (como, por exemplo, a *Wikipedia*).
- d) Mecanismos que permitem a contabilização do número de acessos ou a duração desses acessos, facilitando a exploração económica das obras, prestações ou produtos protegidos. Estamos já no domínio da gestão e informação de direitos, uma vez que se controla o uso que se faz da obra, prestação ou produto, cobrando do utilizador as utilizações excessivas, desconformes com a licença a que este tipo de utilizações está ligado.

A doutrina nacional critica a concessão destas medidas ao fabricante da base de dados protegido pelo direito *sui generis* acima referido, uma vez que se alarga a protecção para fora do Direito de Autor e dos Direitos

Conexos, passando a proteger a organização de produtos de carácter informativo, para tutela do investimento contra actos de concorrência desleal, em especial actos de concorrência parasitária, e actos de utilizadores finais que prejudiquem o investimento, esforço e trabalho (*sweat of the brow*), colocando em causa o domínio público, cada vez mais em crise¹⁷.

Enquanto o direito *sui generis* do fabricante da base de dados é desprovido de tutela penal, a retirada não autorizada de medidas tecnológicas que o protejam é punida. A incongruência é total¹⁸. Os dispositivos tecnológicos são tutelados pela via penal e civil¹⁹.

Isto, num momento em que em Portugal, e não só, muitos autores são favoráveis à descriminalização de condutas socialmente reprovadas e autores de renome questionam a penalização da violação dos próprios direitos de autor e direitos conexos²⁰.

Quanto à tutela penal, a neutralização de tais medidas é considerada crime pelo artigo 218º, n. 1 CDADC. No tipo legal exige-se falta de autorização para a neutralização da medida, conhecimento dessa falta de autorização ou existência de motivos razoáveis para essa falta de conhecimento (elementos objectivo e subjectivo). A pena vai até um ano de prisão ou multa até 100 dias.

¹⁷ Cfr. L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, op. cit., p. 371; A. Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 633 ss., questiona a inconstitucionalidade da extensão.

¹⁸ Cfr. P. Dias Venâncio, *Direito Especial do Fabricante de Bases de Dados*, Tese de Mestrado (Pré-Bolonha), Orientadora M. Victória Rocha, no prelo, p. 184-188. A Tese encontra-se depositada na Universidade Católica Portuguesa.

¹⁹ Os Tratados OMPI 1996 e a Directiva não definem a natureza das sanções a aplicar à neutralização de dispositivos tecnológicos ou actos preparatórios, exigindo apenas protecção jurídica adequada, sanções eficazes, proporcionadas e dissuasoras, não seria forçoso o recurso a uma tutela penal.

O anteprojecto do CDADC era particularmente criticável porque a neutralização de medidas tecnológicas tinha a mesma pena que a violação de direitos patrimoniais de exclusivo de autor ou direitos conexos. A equiparação não tinha sentido. Algumas medidas tecnológicas, por exemplo, as medidas de acesso, não têm por objectivo a tutela em si de direitos de autor ou de direitos conexos, mas garantir o pagamento da remuneração devida pelo acesso, sendo certo que estas medidas são aquelas em que assenta a base tecnológica do comércio electrónico. Os bens tutelados são, quando muito, direitos de crédito dos que exploram on line obras ou prestações. Com mais detalhe D. Moura Vicente, «Medidas.», op. cit., p. 510-511. Em sentido semelhante, J. de Oliveira Ascensão, *Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 117 e ss., e p. 163 e ss.

²⁰ Neste sentido, J. Miranda e M. Pedrosa Machado, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial* (Parecer), Lisboa, 1995; J. de Oliveira Ascensão, «Direito Penal de Autor», *Estudos em Homenagem a Manuel Gomes da Silva*, Lisboa, 2001, p. 457 ss.; D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., p. 512.

A tentativa à punida com multa até 25 dias, nos termos do n. 2 do artigo 218º CDADC.

Como os actos preparatórios também são proibidos, o artigo 219º também os pune com pena de prisão até 6 meses ou multa até 20 dias.

Não parece razoável, como refere Menezes Leitão (que considera a solução paradoxal), que a tentativa apenas seja punida com multa e os actos preparatórios, num tipo autónomo, com pena de prisão²¹. Podem ser aplicadas penas acessórias de apreensão e perda de coisas, no caso de prática dos crimes referidos, nos termos do artigo 225º CDADC

Quanto à tutela civil, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil que, de acordo com o artigo 226º CDADC, é independente do procedimento penal a que haja lugar, embora possa ser exercida em conjunto com a acção penal.

O CDADC também prevê a possibilidade de interposição de procedimentos cautelares, de acordo com o artigo 227º.

Retomando a questão colocada *supra*, os dispositivos tecnológicos de protecção, bem como a criminalização da sua retirada, desde o início que levantaram a questão de alteração grave ao equilíbrio de interesses previsto pelo Direito de Autor e Direitos Conexos em desfavor da comunidade, dos utilizadores em geral.

Os Direitos de Autor e os Direitos Conexos sempre estiveram limitados pelos requisitos de protecção, pelo uso privado, pelos limites impostos por lei e pelo domínio público.

Não podem servir para violar direitos e liberdades fundamentais consagradas constitucionalmente, em que se destacam a liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de informação, tanto no sentido de informar como de ser informado (cfr. artigo 37º da Constituição da República Portuguesa, doravante designada CRP).

Em circunstâncias normais, não há essa violação. Mas já não se passa o mesmo quando haja uma protecção injustificada.

Se o direito de autor tiver uma duração excessiva, a comunidade é privada de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para Oliveira Ascensão, por exemplo, a duração dos direitos patrimoniais de autor na União Europeia (doravante designada UE) ser já a vida do autor mais setenta anos contados a partir de 1 de janeiro

²¹ Direito de Autor, op. cit., p. 373.

do ano seguir à morte deste é manifestamente excessiva. A protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais. Basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade provecta, a protecção ainda pode durar mais. Também achamos um exagero. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Em matéria de Direitos Conexos, a Directiva n. 211/77/EU, transposta em Portugal pela Lei 82/13, de 6 de Dezembro, implica que a tutela dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes passe de 50 para 70 anos, com falsos argumentos de protecção dos artistas. O que se pretende é reutilizar gravações antigas que ainda têm um mercado e podem ser tecnicamente reutilizadas, com o objectivo de recuperar o investimento. Mas que necessidade há de recuperar um investimento que já foi pago durante 70 anos?²²

No domínio da Propriedade Industrial, a tutela de certas criações em que o mercado é muito curto, torna excessiva, mesmo uma protecção aparentemente curta de 20 anos via patentes, ou de 25 anos via modelos ou desenhos (não é por acaso que surgiu a protecção comunitária dos desenhos e modelos não registados, com um prazo curto de 3 anos). Se houver cúmulo de protecções, por exemplo em matéria de *design*, aos vinte e cinco anos decorrentes da protecção como desenho ou modelo ainda pode crescer todo o prazo de exploração decorrente do direito de autor, que se soma ao primeiro, mesmo quando já não há mercado para o bem em causa, porque este ficou desactualizado ao fim de poucos meses ou anos. Trata-se de uma forma ilógica de tentar proteger intermediários, sem que nada o justifique e à custa da evolução da comunidade²³.

Retornando aos dispositivos tecnológicos, não está em causa contestar estes meios. Faz parte da normalidade pagar para obter um bem,

²² J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso de bens», APDI e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, p. 101-122, em especial p. 107-110.

²³ Por isso, faz todo o sentido a restrição proposta por L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 3.ª ed., Revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 145. Para os casos de cúmulo, em que o mercado já não justifica que ao prazo como desenho ou modelo, de 25 anos, já caducado, ainda acresça o prazo de protecção via direito de autor, propõe, *de iure constituto*, uma solução que considera ser de compromisso, por recurso à figura do abuso de direito (entre nós previsto no artigo 334º do Código Civil), no sentido de considerar a possibilidade de um direito de recusa, atentas as circunstâncias do caso concreto, «em situações mais graves e relevantes para o funcionamento do mercado e da salvaguarda do interesse público da livre concorrência».

material ou imaterial. Já não é normal que o acesso e uso desse bem seja despropositadamente dificultado ou impedido.

Como salienta Oliveira Ascensão, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto «como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral»²⁴. Há todo o interesse em que tais obras/prestações, estejam disponíveis no domínio público de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade.

No contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. Cumprida da função de tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos, prevista no artigo 42º, n. 2 CRP, nada justifica o seu alargamento. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados faz-se à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor.

Este exagero de protecção é tradicionalmente impedido pelos limites ou restrições, que são manifestações da liberdade de uso e acesso a ser protegida.

Em certos casos dispensa-se o consentimento do autor para a utilização da obra, como nas hipóteses previstas no artigo 75º CDADC, as utilizações são lícitas, com ou sem remuneração, consoante os casos (cfr. artigo 76º), por razões de interesse público, como sejam assegurar o direito de informação e expressão, fomentar a circulação das obras para fins culturais, ou de ensino, ou outros; o mesmo se passa com as limitações introduzidas em matéria de direitos conexos pelo artigo 189º n. 1 e n. 3, este último remetendo para as excepções e limitações decorrentes do próprio direito de autor, caso se justifiquem.

Fica subtraído ao direito de autor o uso privado da obra, desde que se verifiquem determinados requisitos, previstos nos artigos 75º, n. 2, al. a), n. 4, 81º, al. b), e 108º, n. 2, CDADC, aplicável aos direitos conexos na medida em que com eles seja compatível, nos termos do artigo 189º, n. 3.

²⁴ ASCENSÃO J. de Oliveira, Dispositivos, op. cit., p. 110.

Também estão fora de protecção determinadas obras, previstas nos artigos 7º e 8º CDADC, e as obras e prestações caídas no domínio público já atrás referidas (art. 31º ss. e art. 183º), bem como as obras e prestações que não preencham os requisitos de protecção (cfr. arts. 1º ss e 176º ss CDADC)

A Directiva prevê também, no artigo 5º, vinte excepções e limitações aos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição (previstos nos artigos 1º, 2º e 3º), uma obrigatória para os Estados-Membros e as restantes com carácter facultativo.

Embora longo, o enunciado das excepções taxativas representa apenas o mínimo a que a Comissão não pôde fugir. E a cláusula, aparentemente aberta, prevista no artigo 5º, n. 3, que admite, sob condição, restrições já existentes nos direitos nacionais, é desprovida de significado útil, pois que se refere a situações de menor importância e não têm qualquer aplicação no Direito português.

Para além de um limitado e insuficiente número de restrições admitidas, cria-se um outro problema. O de não se criarem restrições adequadas ao ambiente digital, situação paradoxal em plena Sociedade da Informação²⁵/²⁶.

Por muito que gostássemos de desenvolver mais a relação entre as medidas tecnológicas, o direito da concorrência e o direito do consumo, não podemos nos afastar do objectivo central: a questão do desequilíbrio gerado pelas medidas tecnológicas e sistemas de informação e gestão de dados em desfavor do utilizador.

Tal como estão previstas, é caso para dizer que o utilizador estaria melhor no âmbito analógico do que no domínio digital, por muito paradoxal que tal se afigure.

²⁵ Com mais pormenor, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., em particular p.111 e p. 113.

²⁶ A Directiva preocupou-se com a questão, no artigo 6º, n. 4, mas estabeleceu uma importante distinção consoante a natureza do suporte. No tocante às reproduções em papel, ou suporte semelhante, resulta do 1º parágrafo do artigo 6º, em conjugação com o artigo 5º, n. 2, al. a), que os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para que os utilizadores beneficiem das excepções ou limitações ao direito de reprodução previstas na legislação nacional respectiva; quanto às reproduções noutros suportes, em particular em suporte digital, determina-se no segundo parágrafo do n. 4, do artigo 6º que os Estados-Membros podem (já não devem) tomar essas medidas relativamente aos beneficiários dessa excepção para uso privado. Ou seja, há um claro desfasamento em detrimento dos utilizadores no âmbito digital. Acresce que, nos termos do 2º parágrafo, parte final, as ressalvas em causa não impedem os titulares de direitos de adoptarem as medidas adequadas quanto ao número de reproduções efectuadas nestas disposições. Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Direito de Autor, op. cit., p. 514-515.

Se uma obra existe no domínio analógico e estamos perante um limite ou restrição ao direito de autor ou aos direitos conexos (por exemplo, no âmbito do artigo 75º), o utilizador poderá usar a obra sem ter que pedir qualquer autorização; no entanto, se a obra em causa só existir no domínio digital, o que se vai tornando cada vez mais comum, nomeadamente com os *e-articles* e *e-papers* e mesmo *e-books*, mesmo que a lei permita o livre acesso, de nada adianta ao utilizador se a obra estiver protegida por uma medida tecnológica, uma vez que não lhe é permitida a retirada dessa medida, nem mesmo para utilizações livres, sob pena de se arriscar a uma pena de prisão até um ano ou multa (art. 218º, CDADC). O mesmo se diga se a obra, por força dos artigos 7º ou 8º, não for susceptível de protecção, ou se já tiver caído no domínio público, ou nem satisfizer os requisitos de protecção. A menos que haja exemplares no mundo analógico, ao utilizador será vedada a retirada das medidas tecnológicas, não obstante ser livre a utilização.

A solução parece-nos inaceitável.

O direito de citação, limite supremo em matéria de direitos de autor e direitos conexos, não é, sequer, incluído no domínio digital para efeitos de aplicação do artigo 6º²⁷.

Quanto aos meios facultados aos beneficiários das restrições para efectivar o seu direito, o legislador nacional foi confrontado com o artigo 6º da Directiva, nos termos do qual, a regra só se aplica quando os beneficiários tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido, excluindo a disponibilização de meios que permitam beneficiar das restrições obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido, isto porque no 4º parágrafo do artigo 6º se prevê que o disposto no 1º e 2º parágrafos não se aplica a estes casos. Uma vez que o acesso nestas condições tende a ser a forma mais comum de utilizar as obras, as prestações e outros bens disponíveis em rede, isto implica que, de algum modo, o uso privado de todos estes bens fica na disponibilidade dos titulares de direitos sobre os mesmos²⁸.

²⁷ Em sentido idêntico, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 115, mais desenvolvidamente, expressa a sua revolta p. 119 ss, defendendo a criação de um Direito da Cultura.

²⁸ O legislador Comunitário teve consciência do problema criado, daí a previsão do artigo 12º, n. 1, no sentido de seguir atentamente a aplicação da Directiva e, no tocante ao artigo 6º a preocupação com o eventual desequilíbrio criado pelas medidas tecnológicas. Também o Considerando 15 da Directiva demonstra preocupação, no sentido de os Estados-Membros tomarem medidas adequadas para evitar o desequilíbrio. Como salienta D. Moura Vicente, «Direito de Autor...», op. cit., p. 516, pode-se afirmar que a Directiva se inclinou para o primado das excepções e limitações aos direitos de exclusivo sobre as medidas de carácter

A norma deu origem ao artigo 222º CDADC, segundo o qual, o disposto no artigo 221º não se aplica às obras, prestações ou produções protegidas que forem disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido.

A norma é bastante ambígua, refere-se a obras disponibilizadas *on line* e tanto pode ter por base, aparentemente, acordos prévios colectivos ou individuais como a mera adesão forçada do utilizador a cláusulas gerais pré-definidas *on line*, a que não pode escapar, sob pena de não celebrar o contrato²⁹.

Se o titular de direitos não puser à disposição dos beneficiários voluntariamente as utilizações livres previstas, mantendo-as protegidas por medidas tecnológicas, a Directiva não impõe qualquer sanção. Cada Estado-Membro procede como achar melhor. Como as restrições salvaguardadas praticamente não têm interesse económico, o recurso a processos judiciais nem sequer é solução, pois os utilizadores não estarão dispostos a suportar os custos e demora do processo para uma utilização que o mais provável é, entretanto, ter perdido interesse.

O CDADC, deste ponto de vista, aparece com uma solução, aparentemente interessante, mas desprovida de qualquer interesse prático.

O artigo 221º impõe aos titulares de direitos protegidos o depósito junto da Inspeção Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) dos meios que permitam aos utilizadores beneficiar das utili-

tecnológico, o que seria a única postura correcta. Todavia, esta interpretação é colocada em causa e afastada pelo Considerando 39 da Directiva, nos termos do qual, as excepções e limitações não devem inibir a utilização de medidas de carácter tecnológico, nem a repressão dos actos destinados a neutraliza-las. De uma penada, deitou-se o edifício abaixo, diríamos nós, hipertrofiando as medidas em causa mesmo para casos em que não têm qualquer justificação.

²⁹ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 116-117, considera artigo 6 pressupõe um acordo específico, seja colectivo, seja individual entre o prestador do serviço *on line* e o utilizador. Ou seja, tem que ser um acordo prévio negociado. Defende, por isso, a aplicação restritiva do artigo 222º. Não basta a adesão a cláusulas contratuais gerais, modo que tende a ser o normal na exploração das obras por esta via, de outro modo não faria qualquer sentido a relação entre o artigo 222º e o artigo 75º, n. 5, que considera nula toda e qualquer cláusula contratual que vise impedir ou eliminar o exercício normal pelos beneficiários das utilizações mencionadas nos n.s 1, 2 e 3 do artigo em questão, sem prejuízo de as partes acordarem livremente as respectivas formas de exercício, designadamente, os montantes das remunerações equitativas. Todavia, o problema continua por resolver, havendo dispositivos tecnológicos que impeçam o acesso a tais utilizações.

zações permitidas por lei para as hipóteses previstas no seu n. 1, a saber: utilizações livres do n. 2 do artigo 75º, als. a), e), f), i), n), p), q), r), s) e t), do artigo 81º, b), do artigo 152º, n. 4 e do artigo 189º, als. a), c), d) e e) ³⁰.

Ressalvam-se, do regime processual geral uma série de utilizações livres previstas no CDADC, embora as mesmas sejam muito modestas relativamente ao acervo das medidas previstas, não incluindo, sequer, o direito de citação³¹.

³⁰ Ou seja: as utilizações livres previstas no n. 2 do artigo 75º nas alíneas a) reprodução para fins privados, em qualquer suporte, realizada por pessoa singular; e) reprodução e colocação à disposição do público para fins de informação de discursos, alocações ou conferências, que não se incluam no artigo 7º, por extracto ou resumo; f) reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins exclusivos de ensino em dado estabelecimento, de partes de uma obra publicada; i) reprodução, comunicação pública e colocação à disposição do público a favor de pessoas com deficiência e na medida estritamente relacionada com essa deficiência; n) utilização da obra para fins de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais; p) reprodução da obra por instituições sociais sem fins lucrativos, como hospitais ou prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão; q) utilização de obras, por exemplo, de arquitectura ou escultura, feitas para ser mantidas em locais públicos; r) inclusão episódica de obra ou outro material protegido noutro material; s) utilização da obra relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos; t) utilização de obra artística sob a forma de edifício, desenho ou planta do mesmo para efeitos da sua reparação ou reconstrução.

Em todo o caso, sempre deverá ser respeitada a regra dos três passos da Convenção de Berna (n. 4 do artigo 75º) e efectuados e as remunerações exigidas no artigo 76º, n. 1, para os limites das als. a) e p); e no caso da al. f) as obras reproduzidas não se devem confundir com a obra de quem as utilize, nem a reprodução ser tão extensa que prejudique o interesse por tais obras.

Também se abrange al. b) do artigo 81º, ou seja, a reprodução para uso exclusivamente privado, desde que respeitados os três passos da Convenção de Berna e o n. 4 do artigo 152º, ou seja, fixações de obras radiodifundidas que tenham interesse excepcional a título de documentação.

Quanto aos direitos conexos, contemplam-se as limitações das als. a) uso privado; c) reprodução para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos; d) fixação efémera efectuada por organismo de radiodifusão; e) fixações ou reproduções efectuadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por interesse excepcional de documentação ou para arquivo.

³¹ A título de exemplo, não são incluídas a reprodução pelos meios de comunicação social de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público (art. 75º, n.2, al. b); as revistas de imprensa (art. 75º, n. 2, al. c); a inclusão de fragmentos de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos da actualidade (art. 75º, n. 2, al. d); a inserção de citações ou resumos de obras alheias em apoio das próprias doutrinas (art. 75º, n. 2, al. g); a inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino (art. 75º, n. 2, al. h).

O uso privado também é atingido, pois que o artigo 221º, n. 8 determina que o disposto nos restantes números não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas tecnológicas para limitarem o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.

Ainda, temos a *vaexatia questio* do artigo 222º, cuja interpretação proposta por Oliveira Ascensão está longe de ser a garantidamente seguida pela doutrina e jurisprudência e que,

De acordo com o n. 1 do artigo 221º *in fine*, n. 2 e n. 3 do mesmo artigo, o interessado, embora não possa retirar a medida tecnológica, pode dirigir-se à Inspeção-Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) para obter a utilização pretendida, dado que, os titulares de direitos protegidos por medidas tecnológicas devem aí depositar os meios que permitam beneficiar as formas de utilização legalmente previstas (n. 1), devendo os titulares de direitos adoptar medidas voluntárias adequadas, tais como acordos entre si ou seus representantes e os utilizadores interessados no sentido de possibilitar o livre acesso (n. 2). Se por omissão de conduta por parte do titular de direitos, a medida tecnológica impedir ou restringir o livre acesso, a IGAC é a entidade a quem o utilizador se deve dirigir, solicitando o acesso aos meios ali depositados (n. 3).

O objectivo da norma é permitir aos interessados o recurso a um meio mais expedito e menos dispendioso do que o recurso aos meios processuais normais, para situações em que tal recurso nem sequer se justificará, pelo menos no caso das limitadas situações previstas no artigo 221º.

No entanto, a norma, infelizmente, não tem qualquer interesse, ou terá um interesse desprezível, por várias razões: a IGAC não tem competência para decidir; o titular de direitos não sofre qualquer sanção caso não disponibilize os meios de livre acesso, ou seja, por omissão de conduta, portanto, o acervo do IGAC será zero, ou próximo disso, mesmo em matéria de bens imateriais nacionais, para além de que, não havendo uniformização deste tipo de procedimentos a nível Comunitário, e muito menos mundial, o acervo em causa não abrangerá, sequer, as obras, prestações ou produtos estrangeiros; a resolução de litígios está sujeita a arbitragem necessária, sendo para tal competente uma Comissão de Mediação e Arbitragem, cujos membros são designados por despacho do Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 30º da Lei 83/01, de 3 de agosto, ou seja, os árbitros nem sequer podem ser livremente escolhidos pelas partes, pelo que mais valeria o recurso à arbitragem voluntária³²; das decisões da Comissão cabe recur-

se for interpretado em sentido amplo, pelo seu potencial restritivo de utilizações livres de obras, prestações e produtos, na esmagadora maioria, disponíveis on line, aniquila paradoxalmente, o uso livre era digital, com importantes reflexos negativos no direito de acesso à informação e, em consequência, na investigação e no ensino. Encara com preocupação o artigo, D. Moura Vicente, «Direito...», op. cit., p. 518-519, referindo-se ao facto de o nosso país ser particularmente carenciado e dependente do estrangeiro nesta matéria.

³² Esta limitação ao princípio da autonomia da vontade não tem qualquer justificação e não agiliza o processo. Teria sido preferível a aplicação do comum regime da arbitragem voluntária. No mesmo sentido, D. Moura Vicente, «Disposições...», op. cit., p. 520; do mesmo au-

so para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo (n. 4 e n. 7 do artigo 221º, o último, quanto ao regulamento da dita Comissão); o incumprimento das decisões da Comissão pode dar lugar, quando muito, à sanção compulsória prevista no artigo 829º-A do Código Civil (n. 5), já de si bastante restrita, ou seja, apenas prevista para os casos em que não é possível o recurso à execução específica e para obrigações infungíveis limitadas, que significa que o artigo 221º afasta, sem que nada o justifique, o recurso à execução específica; embora a tramitação dos processos previstos tenha natureza urgente, de modo a permitir a sua conclusão no prazo máximo de 3 meses (n. 6), há que colocar em causa o interesse de tal urgência, se não há qualquer sanção caso o prazo seja ultrapassado, o que, como a prática nos ensina, será altamente provável (também os procedimentos cautelares têm natureza urgente, com duração máxima prevista de 2 meses, e chegam a durar dois anos ou mais, eventual inutilidade superveniente da lide. Já para não questionar se 3 meses não é um prazo excessivo, atenta a eventual urgência do utilizador, como será o caso normal).

Ou seja, o legislador bem poderia ter ficado quieto. O sistema é tão desadequado que se cai no mesmo sistema de recurso às vias jurisdicionais tradicionais. *De iure condendo*, Oliveira Ascensão³³ propõe atribuir à IGAC competência para autorizar o acesso ou a utilização pretendidos quando os pressupostos legais se verificarem, bastando para tanto uma apreciação sumária. Se continuasse a haver conflito entre o utilizador e o titular de direitos é que interviria uma solução processual, por intermédio ou não, de uma Comissão de Mediação e Arbitragem.

No entanto, mesmo esta solução não nos satisfaz por completo, uma vez que não há qualquer garantia de que o beneficiário das medidas tecnológicas deposite o que quer que seja junto da entidade administrativa, cujo acervo pode ser zero. O depósito de obras/prestações livres de constrangimentos tecnológicos deveria constituir uma obrigação, abrangida como contravenção sujeita a coimas e geradora de responsabilidade civil. Além disso, a entidade administrativa deveria ser obrigada a decidir num prazo muito curto, no máximo 48h, valendo o silêncio (ou a falta de acervo, caso não se optasse por sancionar o beneficiário) como autorização para a retirada das medidas pelo utilizador.

tor, «Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico», APDI y J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 145 ss.

³³ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 118.

Sem um via célere e eficaz: «Seria mais verdadeiro dizer que no digital não funcionam quaisquer restrições, pelo menos em benefício da arraia miúda»³⁴.

4. REGIME DAS INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS EM PORTUGAL

Os sistemas de informação e gestão de dados têm por técnica base a estenografia digital, que consiste em esconder a identificação da obra, prestação ou produto protegido num arquivo que não seja perceptível para o utilizador e não possa dissociar-se do arquivo a que se adere. Dentro destas técnicas, a mais conhecida é a «marca de água» ou «tatuagem digital», que permite a identificação com um código numérico especial não detectável pelo utilizador. A técnica permite ao titular de direitos saber onde está situado o código e pode ter a certeza se a cópia é autorizada ou se se trata de um exemplar pirateado. Nas versões mais desenvolvidas, «a tatuagem electrónica» permite aplicar um número de identificação único quer no suporte, quer na própria obra, prestação ou informação incorporada no suporte³⁵. Como são facilmente vulneráveis, basta ter conhecimentos rudimentares de informática para as eliminar sem deixar rasto, entendeu-se, por isso, que careciam de protecção. Estão protegidos no artigo 223º CDADC.

A sua retirada é sancionada com responsabilidade civil, nos termos gerais, e penal. Quanto à pena, o artigo 224º, als. a) e b), abrange também os actos preparatórios e a tentativa. A retirada das medidas e os actos preparatórios são punidos com uma sanção idêntica de pena de prisão até um ano ou multa até 100 dias. A tentativa apenas é punida com multa. Ao contrário do que se passa com as medidas tecnológicas, aqui a retirada e os actos preparatórios estão sujeitos à mesma pena, embora a tentativa continue

³⁴ J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», op. cit., p. 118.

³⁵ Seguimos de perto I. Garrote Fernández-Díez, Comentário, op. cit., p. 107. O autor refere, por exemplo, dentro de um CD musical, a possibilidade de identificação de cada canção com um número irrepetível. Com mais detalhe, veja-se o autor citado, p. 107 e ss., que afirma estarem as técnicas de tatuagem electrónica em constante evolução e se refere às múltiplas variedades das mesmas. «A grandes rasgos, baste decir que están basadas en algoritmos y tienen tres funciones relevantes para los derecho habientes [...]. En primer lugar, sirven de “aviso para navegantes”, cuando son visibles, informando de que la obra se encuentra protegida por el derecho de propiedad intelectual. En segundo lugar, sirven para identificar una obra como original [...]. Y, en tercer lugar, sirven para probar prima facie la titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra, así como la paternidad sobre la misma».

a não ser punida com pena de prisão. Exige-se também, nos termos do artigo 224º n.º 1, como elemento subjectivo, a prática do acto intencional ou tendo motivos razoáveis para saber da falta de autorização.

O artigo 228º é precioso, não permitindo que as medidas para a informação e gestão de dados ilícitas sejam protegidas, designadamente quando violem a vida privada, como é o caso das medidas draconianas que retiram dados pessoais do utilizador, ou as usadas para impedir a interoperabilidade com outros produtos, o que também será ilícito, porque violador da concorrência³⁶.

Em situações de medidas ilícitas, designadamente, por violação do direito da concorrência ou por lesão dos dados da vida privada ou do consumidor, deveria haver uma forma expedita de poder retirar o dispositivo, de modo a não se cair nas delongas e custos das formas processuais tradicionais. Todavia, o CDADC não prevê nenhum meio processual específico, limitando-se a remeter para as regras gerais sobre as respectivas matérias, indirectamente, por força do artigo 228º.

5 CONCLUSÕES

A protecção das medidas tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados introduzida no CDADC, por força dos Tratados OMPI 1996 e da transposição da Directiva 2001/29/CE, é excessivamente ampla, possibilitando aos titulares de direitos ampliar os seus exclusivos de exploração para áreas tradicionalmente livres, hipertrofiando o Direito de Autor e os Direitos Conexos, e a própria protecção da informação organizada através do direito *sui generis* do fabricante de dados, pondo em causa o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com grave prejuízo para estes últimos e para a sociedade em geral, afectando o desenvolvimento da cultura, da educação, do ensino, da liberdade de expressão e de informação e criando uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada está à distância de um clique, o utilizador fica menos protegido do que na era analógica. A legislação nacional, no entanto, é apenas o reflexo do que se passa a nível da União Europeia e fora dela (por exemplo, nos EUA) pelo que urge repensar toda esta matéria a uma escala internacional.

³⁶ Entre outros, são conhecidos os casos da Sony no mercado das consolas de jogos e da Lexmark, para as impressoras, no sentido de tentar impedir o uso de cartuchos de tinta genéricos. Trata-se de situações que não se podem admitir à luz das regras Comunitárias do direito da Concorrência. Em pormenor, C. May, *Digital...*, op. cit., p. 130.