

UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DE AUTOR EUROPEU(*)

Pelo Mestre Nuno Sousa e Silva(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Os sistemas nacionais (*droit d’auteur* vs. *copyright*). *a.* divergências filosóficas e fundamentos da tutela; *b.* requisitos de acesso à protecção; *c.* conteúdo; *d.* titularidade. **3.** Metodologia e fontes normativas do direito de autor europeu. *a.* Directivas; *b.* A jurisprudência (harmonização negativa); *c.* Unificação? **4.** O actual sistema de direitos de autor europeu. *a.* Requisitos — O conceito europeu de obra; *b.* Titularidade e gestão colectiva (menção); *c.* Conteúdo (direitos económicos); *d.* Limites e excepções (menção). **5.** Conclusão.

“Only one thing is impossible for God:
To find any sense in any copyright law on the planet.”

MARK TWAIN, *Letters from the Earth: Uncensored Writings*

(*) Toda a jurisprudência europeia citada sem adicional menção pode ser encontrada em <<http://curia.europa.eu/>>. Todas as traduções são, salvo indicação em contrário, do autor. Gostaria de agradecer a Maria Inês Araújo, Maria Rita Mesquita, Pedro Cerqueira Gomes, Pedro Sousa e Silva e Luís Azevedo Maia, a leitura atenta de versões anteriores deste texto. Agradeço ainda à Prof. Doutora Sofia Pais por me ter levado a escrevê-lo.

(**) Advogado-estagiário. Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Docente convidado da Universidade Católica Portuguesa (Porto) e do ISCAP. E-mail: <nsousaesilva@gmail.com>.

1. Introdução

Os direitos de autor são frequentemente associados ao domínio da música, da literatura e das belas artes. Pensamos em livros, poemas, sinfonias, no último *hit* de verão, pintura ou escultura. Mas não custa entender que a arquitectura ou obras de arte aplicada (*design*) como cadeiras ou candeeiros também beneficiam da tutela jusautorais. Já a ideia de que também há (ou pode haver) direitos de autor sobre programas de computador⁽¹⁾, perfumes⁽²⁾, entrevistas policiais⁽³⁾, bases de dados⁽⁴⁾ ou até sequências de ADN⁽⁵⁾ virá com alguma surpresa para um leigo.

Aliás boa parte dos leitores destas linhas terá dificuldade em acreditar que é titular de direitos de autor. Na verdade, quem tenha escrito um email mais elaborado, tirado fotografias ou feito um

(1) O debate em torno da protecção de programas de computador foi e ainda é alvo de grande controvérsia. O acordo TRIPS de 1994 (parte do acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio, actualmente com 159 Membros) no seu art.º 10.º(1) estabeleceu, a nível mundial, que “Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”. Na União Europeia foi por aí que se começou a harmonização em matéria de direitos de autor com a Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, agora substituída pela Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009.

(2) Este assunto tem sido debatido a nível jurisprudencial, pelo menos em França (com decisões contraditórias) e nos Países Baixos, onde a famosa decisão de 2006 *Kecofa v. Lancôme* concedeu protecção jusautorais a um perfume. Cf. HERMAN COHEN JEHORAM, ‘The Dutch Supreme Court recognizes copyright in the scent of a perfume. The Flying Dutchman: All sails, no anchor’ [2006] EIPR 629-631. Sobre os problemas e desafios colocados pela protecção de perfumes por via dos direitos de autor *vide* ANTOON QUAEDV-LIEG, ‘Droit d’auteur et parfums: le nez, l’esprit et l’industrie’ 230 (2011), RIDA, pp. 6-77.

(3) Trata-se do famoso caso *Zonen Endstra v. Nieuw Amsterdam*, decidido pelo Supremo Tribunal Neerlandês (Hoge Raad) em 2008. Sobre este e outros aspectos do direito de autor holandês veja-se a excelente obra editada por B.HUGENHOLTZ, A.QUAEDV-LIEG e D.VISSER, *A Century of Dutch Copyright Law* (deLex 2012), especialmente o 2.º capítulo (pp. 33 e ss., disponível <<http://www.ivir.nl/publications/hughenholtz/100jrAUTWET.pdf>>).

(4) Art. 3.º da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

(5) CHRISTOPHER M. HOLMAN, Copyright for Engineered DNA: An idea whose time has come? *West Virginia Law Review*, vol. 113 [2011], pp. 701 ss. Veja-se uma boa síntese em <<http://spicyip.com/2011/12/debate-on-copyright-for-dna-sequences.html>>.

desenho na margem de um caderno durante uma aula mais aborrecida terá adquirido direitos de autor sobre essa sua obra, independentemente do respectivo mérito ou registo. Em princípio, todo o ser humano é autor. O Direito de Autor protege uma dada expressão. Ter acesso a direitos de autor faz parte da experiência comunicativa de cada um de nós. Nas palavras de PHILLIPE GAUDRAT⁽⁶⁾: “A criação é um fenómeno eminente, único. (...) é típica do Homem, tal como o riso. A pura reiteração do que já existe não gera mais do que conservação, imitação e uma tradição estéril, sem capacidade de evolução. Pelo contrário, a criação denota uma capacidade singular do espírito humano de superar o existente.”

Ser titular de direitos de autor significa ser detentor de um conjunto de poderes. Um autor tem direitos de exclusivo, de proibir, que são absolutos (*erga omnes*), ou seja, oponíveis a todos. Assim, o titular de direitos de autor terá o direito de proibir o resto do mundo de utilizar a sua obra numa determinada maneira. Terá o direito de proibir a cópia, a comunicação ao público ou a sua disponibilização. Terá igualmente a possibilidade de controlar determinados aspectos da exploração ou apresentação da sua obra por via do exercício dos seus direitos morais.

Estes direitos de exclusivo não são porém ilimitados. Conhecem (pelo menos uma categoria deles) uma importante limitação temporal. Actualmente, na UE, os direitos de autor duram 70 anos após a morte do autor. Decorrido esse período, a obra entra no domínio público, ficando livre para todos a utilizarem. De igual modo, estes direitos de proibir não permitirão impedir usos como a citação, a paródia ou a utilização da obra para fins didácticos. Estão sujeitos a excepções, que desempenham um papel importante no equilíbrio de interesses em jogo.

A intervenção do Direito Europeu nesta disciplina jurídica tem sido suficientemente intensa para se começar a desenhar um

(6) ‘Les démêlés intemporels d’un couple à succès: le créateur et l’investisseur’ 190 (2001) RIDA p. 71 («La création est un phénomène éminent, unique. Démiurge mis à part, elle est le propre de l’homme, à l’égal du rire. La pure réitération de l’existant n’engendre pas que la conservation, l’imitation et la tradition stérile, sans capacité d’évolution. La création, à l’inverse, dénote une aptitude singulière de l’esprit humain à dépasser l’existant»).

autêntico sistema de Direito de Autor Europeu. Este texto procura fazer, em traços gerais, um retrato desse sistema.

A compreensão da estrutura básica dos direitos de autor exige que se abordem, desde logo, as seguintes questões:

- requisitos para obtenção de direitos de autor;
- titularidade dos direitos de autor;
- conteúdo dos direitos de autor;
- limites e exceções aos direitos de autor.

A fim de entender a intervenção do legislador europeu em matéria de direitos de autor importa, ainda e previamente, fazer um exercício de direito comparado. Mais especificamente, é necessário compreender as diferenças filosóficas e as repercussões práticas de dois modelos/sistemas fundamentais: o *copyright*, anglo-americano, seguido fundamentalmente, na UE, pela Irlanda, por Malta, pelo Chipre e pelo Reino-Unido e o chamado *droit d'auteur*, característico dos países da tradição continental⁽⁷⁾ (em que Portugal se insere), predominante na União Europeia e no mundo⁽⁸⁾.

2. Os sistemas nacionais (*droit d'auteur* vs. *copyright*)

A justificação e as finalidades dos direitos de autor são alvo de grande debate⁽⁹⁾. As atitudes em face da sua existência vão do

(7) É de ressaltar que não se trata de uma verdadeira dicotomia (*common law* vs. direito continental). Os sistemas jurídicos dos países nórdicos (mais próximos da *civil law*), ou o caso do Chipre (mais próximo da *common law*) são exemplos matizados. Para uma panorâmica geral, cf. MATHIAS REIMANN & REINHARD ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP, 2008).

(8) Um terceiro sistema, hoje em dia quase ultrapassado, é o sistema socialista de direitos de autor (do qual a lei soviética de 1925 foi modelo). Este sistema, apesar de negar o carácter de propriedade do direito de autor, era baseado na tradição de *droit d'auteur* e consentâneo com a Convenção de Berna. Para mais detalhes, cf. MIRA SUNDARAN RAJA, *Copyright and Creative Freedom: A Study of Post-Socialist Law Reform* (Routledge 2006) pp. 72 e ss.

(9) Cf., *inter alia*, ALBERTO MUSSO, 'Grounds of Protection: How Far Does the

abolicionismo⁽¹⁰⁾ à defesa de um elevado grau de protecção como meio essencial de progresso económico. Paradigmático desta última posição é o Considerando 4 da Directiva Infosoc⁽¹¹⁾, onde pode ler-se: “Um enquadramento legal do direito de autor e dos direitos conexos, através de uma maior segurança jurídica e respeitando um elevado nível de protecção da propriedade intelectual, estimulará consideravelmente os investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infra-estruturas de rede, o que, por sua vez, se traduzirá em crescimento e num reforço da competitividade da indústria europeia, tanto na área do fornecimento de conteúdos e da tecnologia da informação, como, de uma forma mais geral, num vasto leque de sectores industriais e culturais. Este aspecto permitirá salvaguardar o emprego e fomentará a criação de novos postos de trabalho”.

Mesmo entre aqueles que não contestam a razão de ser do direito de autor — que de uma forma ou de outra vai existindo universalmente⁽¹²⁾ — há profundas diferenças filosóficas sobre o que estes são e devem ser. Estas diferenças reflectem-se em muitos aspectos da sua regulamentação, interpretação, estrutura e até terminologia⁽¹³⁾.

Incentive Paradigm Carry?’ in Ansgar Ohly (ed), *Common Principles of European Intellectual Property* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 33-98, e ANNABELLE LEVER (ed), *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property* (CUP, 2012).

⁽¹⁰⁾ O movimento dos partidos piratas, que até agora atingiu o seu expoente na Suécia, onde é o quarto maior partido, é disso ilustrativo. Cf. JEREMY PHILLIPS, ‘It’s my party and I’ll cry if I want to!’ [2009] *JiPLP* 451 (defendendo a necessidade de levar a sério o debate com os partidos piratas). Veja-se ainda, a título de curiosidade, NUNO SOUSA E SILVA, ‘What if IP is abolished? — Does the Charter of Fundamental rights of the EU make any difference?’ [2014] *O Direito* (no prelo) (discutindo a relevância do direito de autor como direito humano num cenário de abolição da propriedade intelectual).

⁽¹¹⁾ Directiva 2001/29 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

⁽¹²⁾ Tirando as ilhas Marshall (<http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=27765&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>) parece que quase todos os países do mundo têm, pelo menos leis, de direitos de autor.

⁽¹³⁾ Fazendo esta análise em detalhe *vide* SILKE VON LEWINSKI, *International Copy-right Law and Policy* (OUP 2008), pp. 39 e ss., e a obra fundamental de ALAIN STROWEL *Droit d’auteur et copyright* (Bruylant, 1993).

a. Divergências filosóficas e fundamentos da tutela

O art. I, cláusula 8, secção 8 da constituição dos EUA confere poder ao Congresso para “Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas”. Percebe-se aqui um entendimento funcional dos direitos de autor (e da Propriedade Intelectual em geral). Estes são concedidos para (e na medida em que) promovam o progresso da ciência e das artes úteis e nisso jaz a sua justificação⁽¹⁴⁾. Este é, em geral⁽¹⁵⁾, o fundamento do chamado *copyright*⁽¹⁶⁾.

Em contrapartida o discurso francês — e continental de um modo geral — faz apelo à figura do autor, do criador, de tal forma que se fala do “mito romântico do autor”⁽¹⁷⁾. Assim, justifica-se a existência de direitos de autor numa lógica de direito natural. Ora acolhendo a tese personalista (KANT): a obra é uma extensão da personalidade do autor e merece tanta protecção quanto os outros aspectos dessa personalidade; ora acolhendo uma tese “trabalhista” (LOCKE): a obra resulta do trabalho do autor que a adquire com o seu suor e por isso merece protecção⁽¹⁸⁾.

No entanto, a protecção “eterna” dos direitos de autor que existiu pelo menos em Espanha no século XIX e em Portugal no

⁽¹⁴⁾ O seu real conteúdo normativo parece ser reduzido em face da decisão do Supremo Tribunal Norte-americano *Eldred v. Ashcroft* 537 U.S. 186 (2003) onde se invocou, sem sucesso, este carácter funcional para arguir a inconstitucionalidade da extensão do termo de protecção dos direitos de autor. Cf. RICHARD A POSNER, ‘The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law, and Judicial Technique in *Eldred v Ashcroft*’ [2003] *The Supreme Court Review* pp. 143-162.

⁽¹⁵⁾ Aquela que é considerada a primeira lei moderna de direitos de autor (Statute of Anne de 1710, no Reino-Unido) tinha como propósito “o encorajamento da escrita de livros por pessoas douras”.

⁽¹⁶⁾ Em língua inglesa *copyright* pode ter um sentido amplo (direitos de autor como algo genérico) ou um sentido estrito (*copyright* como o sistema de direitos de autor anglo-americano a que se opõe o *author’s right* ou, na terminologia que aqui acolhemos, *droit d’auteur*).

⁽¹⁷⁾ Cf. a excelente obra de ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works* (EE 2011).

⁽¹⁸⁾ Sobre a diferente visão das justificações veja-se ALAIN STROWEL, ‘Droit d’auteur and Copyright: Between History and Nature’ in Brad Sherman & Alain Strowel, *Of Authors and Origins — essays on copyright law* (OUP 1994) pp. 235-253.

século XX (de 1927 a 1966!) decorria de um silogismo jurídico incorrecto: “se é propriedade tem que ser eterna”⁽¹⁹⁾ e não tanto de uma concepção fervorosa em torno “da mais sagrada das propriedades”⁽²⁰⁾.

b. Requisitos de acesso à protecção

Para que uma determinada criação goze de direitos de autor exige-se que esta reúna determinados requisitos, de ordem formal e substancial:

i) Formalidades

Em linha com estes diferentes entendimentos os requisitos de acesso a protecção são distintos. De um modo universal não se exige registo⁽²¹⁾. No entanto, os sistemas de *copyright* requerem a **fixação** (isto é, que a obra seja expressa de alguma forma física)⁽²²⁾, o que implica que discursos, aulas, dança ou música improvisada, como *jazz*, poderão não ter acesso a protecção até serem gravados

⁽¹⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘A questão do domínio público’ in Marcos Wachowicz e Pereira dos Santos (eds), *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público — Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público* (Fundação Boiteux, 2008), p. 14-5, disponível <http://www.direitoautor.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acrescente-se a título de curiosidade que, no Reino Unido, alguns direitos de autor sobre a obra vulgarmente designada “Peter Pan”, pertencem ao Great Ormond Street Hospital (um hospital infantil) e têm duração “eterna” apesar de a obra já ter caído no domínio público.

⁽²⁰⁾ Esta frase de Le Chapelier (redactor da primeira lei francesa de direitos de autor) aparece em quase todas as obras de carácter generalista ou introdutório aos direitos de autor e esta não pretende ser excepção...

⁽²¹⁾ Por via do art. 2.º (2) da Convenção Berna a maior parte dos países de *copyright* teve que abandonar os requisitos de formalidades adicionais (como o registo). Porém nos Estados Unidos ainda se exige registo para iniciar um processo em relação a obras norte-americanas mas já não para obras estrangeiras (17 USC § 411). O que configura uma situação de discriminação inversa. Acresce que, tradicionalmente o registo continua disponível com efeitos meramente probatórios (em Portugal vejam-se os arts. 213.º a 216.º do CDADC). É de ressaltar que os objectos de protecção mencionados no art. 214.º não constituem obras mas regimes *sui generis*. Por isso mesmo na Alemanha a protecção do título é tratada na *Markengesetz*. Para uma panorâmica geral sobre a protecção de títulos, cf. JAN KLINK, *Titles in Europe* [2004] EIPR, pp. 290 e ss.).

⁽²²⁾ Section 3(2) UK CDPA; 17 USC §102(a).

ou anotados por qualquer forma⁽²³⁾. Em contraste, os sistemas de *droit d'auteur*, garantem a protecção da obra a partir da sua exteriorização independentemente do modo como ocorra⁽²⁴⁾.

O símbolo ©, originalmente introduzido pela lei norte-americana de 1802 e mencionado no art. III da Convenção Universal do Direito de Autor⁽²⁵⁾, funcionou como requisito para que uma obra gozasse de protecção. Em virtude da adesão à Convenção de Berna, a sua aposição (ou falta dela) já não tem consequências jurídicas⁽²⁶⁾. Continua, no entanto, a ser vulgar.

ii) *Categorias*

Um outro aspecto de diferença, que também expressa o contraste mais fundamental com a técnica da cláusula geral (endémica do direito civil), é a circunstância de, nalguns países de *copyright*, existir um número limitado, por categorias, de obras susceptíveis de gozar de protecção jusautorais⁽²⁷⁾. Porém, nos EUA não é esse o caso, a 17 USC §102a contém uma lista meramente exemplificativa. Também é essa a tendência internacional instituída pelo art. 2.º da Convenção de Berna. A lei alemã protege “produtos da mente qualquer que seja o seu tipo, forma ou mérito”⁽²⁸⁾. Em Portugal, de igual forma, dispensa-se protecção às “criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que

(23) Sobre os problemas que resultam deste critério e da sua aplicação veja-se YSOLDE GENDREAU, ‘Le critère de fixation en droit d’auteur’ 159 (1994) RIDA, pp. 111 e ss. Cf. ainda ANTOINE LATREILLE, ‘From idea to fixation: a view of protected works’ in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 133 e ss.

(24) V.g. art. 1.º(1) CDADC.

(25) Sobre a Convenção (um instrumento hoje em dia próximo do irrelevante), cf. ÁRPÁD BOGSCH, *The law of copyright under the universal convention* (3.ª edn, Sijthoff 1968).

(26) <<http://www.nytimes.com/1988/10/21/arts/senate-approves-joining-copyright-convention.html>>.

(27) Esta é chamada a “pigeon-hole approach” (JEREMY PHILLIPS & ALLISON FIRTH, *Introduction to Intellectual Property Law* (4.ª edn, Butterworths 2001) p. 138). É de referir que todos os sistemas classificam as obras e dão-lhe um tratamento diferenciado. Assim, v.g. em Portugal, as regras de titularidade em matéria de fotografias são diferentes da regra geral (art. 165.º CDADC) e as obras coreográficas estão sujeitas a um requisito adicional de fixação (art. 2.º, d) CDADC).

(28) §2(2) UrhG.

sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo”⁽²⁹⁾.

No entanto, no Reino-Unido exige-se que a obra se enquadre numa das oito categorias de obras admitidas⁽³⁰⁾. Esta circunstância já levou a que criações como a disposição de objectos de uma forma artística, cuja fotografia iria ser capa de um álbum do grupo musical Oasis⁽³¹⁾ ou o capacete branco dos “stormtroopers” dos filmes da série Star Wars⁽³²⁾, não obtivessem protecção jusautorai⁽³³⁾.

iii) Originalidade

Originalidade é um requisito central em matéria de direitos de autor, permitindo, por um lado separar o protegido do não protegido, e, por outro, determinar o âmbito de protecção de uma dada obra⁽³⁴⁾. Quanto mais original for, maior será o seu âmbito de protecção⁽³⁵⁾.

⁽²⁹⁾ Art. 2.º(1) CDADC. O texto é muito semelhante ao do L112-1 do *Code de la Propriété Intellectuelle* (francês).

⁽³⁰⁾ Sobre este assunto, em detalhe, cf. TANYA APLIN, ‘Subject Matter’ in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) p. 54 e ss. e LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law* (3.ª edn, OUP 2008), pp. 58 e ss.

⁽³¹⁾ *Creation Records v News Group Newspapers* [1997] EWHC Ch 370 disponível em <<http://www.bailii.org/>> (estava em causa a fotografia tirada sem autorização por um jornalista a esse arranjo de objectos).

⁽³²⁾ *Lucas Film Limited v Ainsworth* [2011] UKSC 39 disponível em <<http://www.bailii.org/>> (após intensa discussão se este integraria o conceito de escultura, a resposta, segundo o direito inglês, foi negativa. No entanto, admitiu-se a aplicação de direito de autor norte-americano).

⁽³³⁾ JUSTINE PILA, ‘Copyright and its Categories of Original Works’ 30 *Oxford Journal of Legal Studies* (2010), pp. 229-254, defende este método tendo em conta a psicologia da apreciação artística.

⁽³⁴⁾ Sobre este assunto veja-se, *inter alia*, RAMÓN CASAS VALLÉS, ‘The requirement of originality’ in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 101 e ss.

⁽³⁵⁾ Este entendimento é relativamente pacífico (cf. ANDREAS RAHMATIAN, ‘Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure’ [2013] IIC, p. 18), tendo sido recentemente reafirmado pelo BGH na decisão *Geburtstagzug* I ZR 143/12 de 13 de Novembro de 2013 [m41]. No entanto, o TJUE no caso C-145/10 *Painer* § 97, entendeu que “nenhum elemento da Directiva 2001/29 ou de outra directiva aplicável na matéria permite considerar que o alcance [da protecção jusautorai] é tributário de eventuais diferenças nas possibilidades de criação artística, no momento da realização das

O significado específico dessa noção foi e é alvo de grandes disparidades e debates⁽³⁶⁾. Afinal de contas, escolher que critério é que se adopta em matéria de originalidade é definir o que é que a sociedade deseja promover: trabalho e investimento (apenas) ou criatividade⁽³⁷⁾?

Originalidade tem um sentido subjectivo e um sentido objectivo. Em sentido **objectivo** significa que o autor foi quem criou a obra, que esta *tem a sua origem* no seu trabalho. Significa apenas que uma obra **não foi copiada**⁽³⁸⁾. Em sentido **subjectivo** significa

diversas categorias de obras.” No § 99 da mesma decisão acrescentou: “Uma vez que se tenha verificado que o retrato fotográfico em causa revela a qualidade de uma obra, a sua protecção não é inferior à de que beneficia qualquer outra obra, incluindo fotográfica”.

⁽³⁶⁾ Cf. a exposição de VICTÓRIA ROCHA, ‘Contributos para delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor’, disponível em <<http://www.apdi.pt>> (publicado em *Ars Iucandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves — Vol. II*, 2008).

⁽³⁷⁾ DANIEL GERVAIS, ‘Feist Goes Global: A Comparative Analysis Of The Notion Of Originality In Copyright Law’ 49 *Journal of the Copyright Society of the USA* (2002), pp. 953 e 958 (“It seems that by requiring the mark of creativity rather than looking at the work, time or money invested in the creation process, the Supreme Court clarified the consideration that society expects from its copyright “contract” with the author, and that copyright is not (only) an investment protection scheme.”).

⁽³⁸⁾ Este aspecto não se prende directamente com a discussão em torno dos casos (sobretudo teóricos) de coincidência criativa. Ai, trata-se de situações (altamente improváveis) em que existem duas criações com um conteúdo altamente semelhante mas em que não houve cópia. Se, de um modo geral na Propriedade Intelectual, o direito anterior é o prevalente, em matéria de direitos de autor é necessário provar a existência de cópia. Como explicou o juiz LEARNED HAND na famosa decisão *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49: “If by some magic a man who had never known it were to compose a new Keats’s Ode on a Grecian Urn, he would be an “author,” and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats’s” [visto que este último se encontrava no domínio público]. Assim, da conjugação dos dois critérios é possível afirmar que uma obra que nada tem de novo é, mesmo assim, original. Nas palavras de VICTÓRIA ROCHA (*ob cit.*, p. 4): *a anterioridade destrói a novidade, mas não, forçosamente a originalidade*. Em sentido diferente OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos* (Coimbra Editora, 1992), pp. 101 e 102, afirma que quando ocorram verdadeiras coincidências, *embora tenha havido dois actos de criação, o segundo não acrescentou nenhuma obra ao mundo da cultura, porque aquela obra já existia*. Conclui assim, que *a novidade (objectiva) seria em qualquer caso característica da obra literária ou artística; a prioridade na criação nada acrescenta à obra mas seria requisito para a atribuição da tutela por parte da ordem jurídica*. No entanto há que ressaltar que esta posição é muito minoritária (PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *International Copyright* (2.nd edn, OUP, 2010), p. 191).

que há criatividade: escolhas conscientes e criativas por parte de um ser humano de forma a que se gere uma expressão da personalidade de um autor⁽³⁹⁾.

Como se compreende esta discussão tem especial relevância quanto se trate de (possíveis) objectos de protecção cujo grau de criatividade é particularmente reduzido. Assim, a protecção de mapas, listas telefónicas, bases de dados ou fotografias é mais sensível à orientação adoptada em matéria de originalidade.

Em consonância com a justificação que acolhem e com a função que os direitos de autor desempenham no sistema de *copyright* e de *droit d'auteur*, compreende-se que no caso do último a exigência em termos de originalidade seja mais alta.

Na perspectiva dos sistemas de *droit d'auteur*, para que haja uma obra requer-se que exista uma actividade criativa, intelectual, logo humana. Esta exigência nem sempre consta expressamente da lei, mas é unanimemente aceite⁽⁴⁰⁾. Por exemplo, o art. 1.º da lei de direito de autor italiana (de 1941) fala em “obras intelectuais com carácter creativo” (*opere dell'ingegno di carattere creativo*).

Tradicionalmente, os sistemas de *copyright* são menos exigentes, focando-se na protecção do investimento.

Nos Estados Unidos o Supremo Tribunal negou a protecção das páginas brancas (as listas telefónicas que dispõem os nomes por ordem alfabética) visto que estas não exigiam o mínimo de criatividade (*modicum of creativity*) necessário⁽⁴¹⁾. Afirmou-se que a originalidade (no sentido subjectivo) é condição *sine qua non* para a protecção jusautorais.

(39) TATIANA-ELENI SYNODINOU, ‘The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law’ in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012, pp. 95 e 96. Também LUCAS & LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (4.ª edn Lexis Nexis, 2012), p. 119.

(40) RAMÓN CASAS VALLÉS, *ob. cit.*, p. 106 (com relevantes referências comparativas).

(41) *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Para uma análise magistral sobre estes critérios feita a propósito da querela em torno dos direitos de autor na tradução dos manuscritos do mar morto (concedida pelo supremo tribunal de Israel) veja-se o artigo de DAVID NIMMER, ‘Copyright in the Dead Sea Scrolls’ 38 *Houston Law Review* (2001-2002), pp. 1-222.

No Reino-Unido a perspectiva tradicional é sintetizada na máxima “what is worth copying is prima facie worth protecting”⁽⁴²⁾. De certa forma, o teste consiste apenas em determinar se, na criação da obra, interveio suficiente “engenho, trabalho e discernimento” (*skill, labour and judgement*) bastando um nível mínimo (chamado *sweat of the brow*)⁽⁴³⁾. Acolhe-se a noção objectiva de originalidade como sinónimo de obra não copiada, excluindo-se apenas criações que sejam demasiado triviais⁽⁴⁴⁾. Como reflexo desta atitude, é igualmente de notar que a lei inglesa protege obras geradas por computador sem intervenção humana⁽⁴⁵⁾.

Em suma, o direito de autor do Reino-Unido exigia apenas originalidade em sentido objectivo⁽⁴⁶⁾, o direito de autor norte-americano exige originalidade também em sentido subjectivo, mas fixa as exigências de criatividade a níveis muito baixos (o suficiente para proteger as páginas amarelas); já o sistema continental é mais exigente⁽⁴⁷⁾. Em nenhum dos casos há, porém, um juízo de mérito artístico ou qualidade da criação⁽⁴⁸⁾.

Estas diferenças de grau explicam também o diferente papel dos direitos conexos⁽⁴⁹⁾. Como os sistemas de *droit d’auteur* são mais exigentes para conceder direitos de autor, sentiram-se na necessidade de criar direitos semelhantes aos direitos de autor (também chamados direitos vizinhos) para proteger o investimento e

(42) “O que vale a pena copiar, à partida vale a pena proteger.” A expressão provem da decisão de 1916 *University of London Press v University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 209, relativo à protecção jusautorais de questões de exames.

(43) “Suor do rosto.” Nesta terminologia é possível perceber o papel de protecção do investimento que é dado aos direitos de autor no direito inglês.

(44) LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, *ob. cit.*, p. 98. Para um bom exemplo jurisprudencial veja-se *Sawkins v. Hyperion Records Ltd* [2005] EWCA Civ 565.

(45) S. 178 CDPA.

(46) Talvez por isso mesmo se haja sentido necessidade de recorrer a categorias de obras para garantir que a protecção conhecia limites.

(47) Apesar de se protegerem as chamadas pequenas moedas/troco (*kleine Münze ou petit monnaie*), criações cujo contributo criativo é reduzido.

(48) O que não quer dizer que estes aspectos sejam totalmente irrelevantes (cf. STEF VAN GOMPEL & ERLIND LAVIK, ‘Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An inquiry into EU Copyright law’s eschewal of other criteria than originality’ 236 RIDA (2013), pp. 100-295).

(49) SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, *ob. cit.*, p. 46.

determinadas actividades envolvidas igualmente nas indústrias criativas, mas que não apresentam um grau de criatividade necessário à protecção jusautorais. Assim (entre outros) os produtores de fonogramas, de filmes, artistas-intérpretes e organismos de radiodifusão são titulares de direitos conexos⁽⁵⁰⁾. Em contraste, os países de *copyright* não sentiram a mesma necessidade, visto que prestações como estas podiam gozar directamente de direitos de autor.

iv) *A dicotomia ideia-expressão*

Um postulado central no entendimento dos direitos de autor e sobretudo do seu objecto de protecção é a chamada dicotomia ideia-expressão. Neste aspecto há unanimidade: “o direito de autor não protege ideias”⁽⁵¹⁾; protege apenas uma dada **expressão** de uma ideia. Assim, no caso de um livro de ficção não é a história que é objecto de protecção, mas antes a forma como ela é contada; não é a composição (abstracta) dos objectos ou pessoas que é protegida numa pintura ou fotografia mas sim a expressão que lhe é dada. O direito de autor não protege, por isso, teorias, métodos, estilos, materiais, dados ou factos⁽⁵²⁾.

Traçar a linha entre o que constitui ideia e a sua expressão pode revelar-se complicado, até porque para se comunicar uma ideia é sempre necessário dar-lhe uma dada expressão. Por isso mesmo existe a chamada *merger doctrine*, segundo a qual não subsistirão direitos de autor numa dada expressão se esta for a única forma de exprimir a ideia que lhe subjaz⁽⁵³⁾.

A distinção entre ideia e expressão é sobretudo uma questão de grau de abstracção⁽⁵⁴⁾. O grande desafio consiste em saber

⁽⁵⁰⁾ Esclareça-se que, em grande medida o seu conteúdo normativo é semelhante ao do direito de autor. Para uma perspectiva sobre este assunto, cf. HERMAN COHEN JEHRAM, ‘The relationship between copyright and neighbouring rights’ 144 RIDA (1990), pp. 81-133.

⁽⁵¹⁾ Art. 9.º (2) TRIPS.

⁽⁵²⁾ Art. 1.º (2) CDADC.

⁽⁵³⁾ V.g. RICHARD H. JONES, ‘The Myth Of The Idea/Expression Dichotomy In Copyright Law’ 10 Pace Law Review (1990), pp. 575 e ss. Cf. também o caso C-393/09 *BSA* §49.

⁽⁵⁴⁾ Como explicou o juiz LEARNED HAND no famoso caso *Nichols v. Universal Pictures*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930). “Upon any work, and especially upon a play, a great

quando é que uma determinada sequência de eventos, combinação de elementos ou aspecto geral (*look and feel*) deixa de ser uma expressão (protegida) para passar a ser uma ideia ou elemento comum ao estilo (não protegidos)⁽⁵⁵⁾. Assim, olhando para uma peça de teatro, um filme, uma ópera ou uma personagem haverá um número de elementos do enredo que serão apenas ideias básicas mas, à medida que ganhem em complexidade e detalhe, aproximar-se-ão de uma expressão, e dessa forma de protecção jusautorral.

c. Conteúdo

Existem também diferenças muito relevantes em matéria de conteúdo de direitos de autor. Apesar de a harmonização internacional e europeia as ir esbatendo, as atitudes do sistema não são, em muitos aspectos, semelhantes. Acresce que a técnica jurídica, como é natural, diverge com frequência.

i) Estrutura

Os direitos de autor (ou o direito de autor) conferem um conjunto de faculdades ao seu titular. Como qualquer direito de propriedade intelectual, o seu carácter é meramente negativo, são direitos de proibir. Estruturalmente, existem duas formas de conceber esta realidade.

Uma primeira possibilidade consiste em ver o direito de autor, como um único direito absoluto sobre a obra, equiparável ao direito de propriedade, do qual derivam inúmeras hipóteses de aplicação. Uma segunda possibilidade é entender os direitos de

number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may be no more than the most general statement of what the play is about, ...but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his ideas..."

⁽⁵⁵⁾ Este aspecto é muito debatido em relação v.g. à protecção de programas de computador (cf. a perspectiva europeia de ED BARKER & IONA HARDING, 'Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS' JIPLP [2012] pp. 673 e ss. e norte-americana de DAVID DANIELS, 'Learned Hand Never Played Nintendo: A Better Way to Think about the Non-Literal, Non-Visual Software Copyright Cases' 61 The University of Chicago Law Review (1994), pp. 613-638).

autor como um feixe de direitos de controlar determinados usos de uma dada obra⁽⁵⁶⁾.

Relacionado com este debate, existe uma diferença fundamental entre o sistema de *copyright* e o sistema de *droit d'auteur* na forma como os direitos de exclusivo são concebidos. No sistema de *droit d'auteur* os específicos direitos são vistos como concretização de cláusulas gerais amplas: “No exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou utilizar a sua fruição e utilização por terceiro, total ou parcialmente”⁽⁵⁷⁾, o que permite cobrir novos usos não previstos pelo legislador. No sistema de *copyright* os direitos de exclusivo são vistos como realidades tipificadas, pelo que um novo uso, não coberto pelos “direitos existentes”, será livre, até intervenção legislativa.

ii) *Direitos de exclusivo*

Tradicionalmente, dividem-se os direitos do autor de acordo com os interesses que protegem, entre direitos morais e direitos económicos. Os primeiros visam assegurar interesses não-económicos do autor, como a sua reputação e identidade artística, enquanto os segundos tratam sobretudo da remuneração do trabalho criativo⁽⁵⁸⁾.

α) *Direitos morais*

Os direitos morais referidos no art. 6.º, *bis* Convenção de Berna, são o direito de paternidade e o direito de integridade da

⁽⁵⁶⁾ Não tomarei, neste ponto posição aprofundada no debate. Parece-me, no entanto, que por razões de facilidade de análise e sintonia com a técnica legislativa se devem decompor as várias faculdades.

⁽⁵⁷⁾ Art. 9.º (2) CDADC. Uma dicotomia comum (encontrada v.g. no direito alemão §15 UrhG) é entre a exploração em forma tangível (*körperlicher*) e intangível (*unkörperlicher*).

⁽⁵⁸⁾ É claro que existe igualmente um interesse económico na reputação e identidade artística e, de certa forma, um interesse moral nos seus direitos económicos (assim AXEL METZGER, ‘Europäisches Urheber recht ohne Droit moral? — status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheber persönlichkeitsrechts’, in ANSGAR OHLY, *et al.* (eds), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag* (C.H Beck 2005), p. 464).

obra⁽⁵⁹⁾. O direito de paternidade permite controlar a atribuição de autoria, incluindo o direito a ser identificado e o direito a permanecer anónimo. O direito de integridade da obra confere ao seu autor a possibilidade de controlar a forma de exploração artística da sua obra, abrangendo “qualquer acção derogatória que afecte indirectamente a obra ainda que não a modifique”⁽⁶⁰⁾. A estes dois acresce, entre os direitos morais mais comuns, o direito de divulgação, que permite a um autor controlar se, e em que condições, publica a sua obra⁽⁶¹⁾.

A existência de direitos morais é reflexo das teses personalistas, acolhidas sobretudo pela tradição de *droit d’auteur*. No entanto, estes estão previstos na Convenção de Berna, o que levou a que de uma forma ou outra os países da *common law* fossem consagrando direitos morais⁽⁶²⁾. Porém, a **atitude** destes últimos perante os direitos morais é próxima do desprezo⁽⁶³⁾. Ilustrativo disso é a circunstância de, por insistência norte-americana, o art. 9.º (1) do acordo TRIPS integrar a Convenção de Berna, excluindo apenas o art. 6.º, *bis* (relativo aos direitos morais)⁽⁶⁴⁾.

(59) Para uma análise detalhada dos direitos morais veja-se MIRA SUNDARAN RAJAN, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology* (OUP 2011) e ELIZABETH ADENEY, *The moral rights of authors and performers* (6.ª edn OUP 2006).

(60) SILKE VON LEWISNI, *International Copyright... ob. cit.*, p. 52.

(61) *Ibid.*, p. 51 (indicando que a maioria dos países de *droit d’auteur* estabelece de uma forma ou outra pelo menos estes três direitos morais básicos).

(62) No caso do Reino-Unido, isso aconteceu apenas em 1988, excluindo algumas categorias de obras (como programas de computadores ou famílias tipográficas (*typefaces*)), cf. S.79 CDP. No caso dos EUA, estes direitos só foram consagrados para as obras visuais, através do Visual Arts Rights Act (VARA) de 1990 que introduziu a § 106a.

(63) WILLIAM CORNISH, ‘Moral Rights under the 1988 Act’ [1989] EIPR pp. 449 e ss.; ROBIN JACOB, *et al.*, *Guidebook to Intellectual Property* (6.ª edn Hart Publishing) p. 190 “...the French and Germans have traditionally been much more interested in these kinds of rights.” Sobre os direitos morais no Reino-Unido veja-se ainda IONA HARDING & EMILY SWEETLAND, ‘Moral rights in the modern world: is it time for a change?’ [2012] JIPLP, pp. 565-572.

(64) Aquando da adesão dos EUA à Convenção de Berna (em 1989) foi emitida uma declaração explicando que, por conjugação de uma série de soluções legais previamente existentes, os interesses morais dos autores seriam adequadamente protegidos. Como é sabido, a Convenção de Berna não dispõe de nenhum mecanismo efectivo para garantir o seu cumprimento. Por outro lado, o acordo TRIPS é parte integrante do Acordo da OMC o que implica que haja jurisdição e possibilidade de aplicação de sanções comer-

Reflexo dessa diferente atitude perante os direitos morais, a sua **transmissibilidade** é admitida nalguns sistemas de *copyright*⁽⁶⁵⁾, sendo inadmissível nos países de *droit d'auteur*. Quanto a estes últimos, é ainda possível distinguir entre aqueles países que seguem uma abordagem monista (como a Alemanha e a Áustria) daqueles outros chamados dualistas. A diferença reside na consideração dos direitos morais. Para os países dualistas, como França e Portugal, os direitos morais, por oposição aos direitos económicos, são **eternos e inalienáveis**⁽⁶⁶⁾. Em contraste, os países monistas consideram os direitos de autor uma unidade (embora depois façam a distinção em termos regulatórios)⁽⁶⁷⁾ e, conseqüentemente, os direitos morais, assim como os económicos, expiram no dia 1 de Janeiro do 71.º ano após a morte do autor. No caso dos países da *common law* a duração dos direitos morais é menor ou igual à dos direitos económicos⁽⁶⁸⁾.

β) Direitos económicos

Como já referido, nos sistemas de *droit d'auteur* o autor goza de uma forma geral do direito de explorar economicamente a sua obra. Por isso mesmo, os direitos económicos (também chamados direitos patrimoniais) são formulados de um modo amplo e como concretização de uma cláusula geral. Esta circunstância permite cobrir novos usos e mudanças tecnológicas sem necessidade de

ciais. Esta razão explica a reticência norte-americana quanto à inclusão dos direitos morais no âmbito do acordo. Sobre isto veja-se MONICA KILIAN, 'A Hollow Victory for the Common Law? TRIPS and the Moral Rights Exclusion', *John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2003), p. 321.

⁽⁶⁵⁾ Como os EUA, 17 USC §106a(e).

⁽⁶⁶⁾ Art. 56.º (2) CDADC, pese embora os direitos morais serem exercidos pelo Ministério da Cultura após a obra cair no domínio público (art. 57.º CDADC).

⁽⁶⁷⁾ Usando a célebre metáfora de EUGEN ULMER (*Urheber-und Verlagsrecht* (3.ª edn, Springer, 1980), p. 116) "dois ramos da mesma árvore".

⁽⁶⁸⁾ Nos EUA duram a vida do autor (17 USC §106a(d)), no Reino-Unido duram o mesmo tempo que os direitos económicos, excepto no caso do direito de obstar a falsa atribuição que dura apenas 20 anos após a morte do autor (S 86 CDPA). Para uma síntese das diferenças em relação à regulamentação dos direitos morais nos vários países da EU, cf. *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf>.

estabelecer novos direitos. Em contraste, os sistemas de *copyright*, tipificam de forma taxativa os direitos do autor⁽⁶⁹⁾.

iii) *Limites e exceções*

Também em matéria de limites e exceções existe uma abordagem diferenciada. Os sistemas de *copyright* dispõem de exceções abertas como o *fair use* (norte-americano) ou o *fair dealing* (Reino-Unido). Trata-se de cláusulas gerais com factores para ponderação⁽⁷⁰⁾. O texto do 17 USC §107 é um exemplo paradigmático:

“O uso legítimo de uma obra, incluindo reprodução em cópias, fonogramas ou outros meios especificados nessa secção, para fins como crítica, comentário, relato de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso na sala de aula), estudo ou investigação, não constitui violação de direitos de autor. Para determinar se o uso feito de uma determinada obra em particular constitui uso legítimo, os factores a considerar incluem:

- 1) O fim e carácter do uso, incluindo se esse uso é de natureza comercial ou para fins educacionais não lucrativos;
- 2) A natureza da obra;
- 3) A quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação à obra como um todo;
- 4) O efeito do uso no mercado potencial para a obra em questão”⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ 17 USC 106, S16 CDPA.

⁽⁷⁰⁾ Campo particularmente ilustrativo da fértil utilização do método móvel de WALTER WILBURG na Propriedade Intelectual. Sobre isso, cf. WALTER WILBURG, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito civil’ (tradução e prefácio de RAÚL GUICHARD) [2000] Direito e Justiça, p. 134.

⁽⁷¹⁾ “...the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

- 1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- 2) the nature of the copyrighted work;
- 3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- 4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

Em contrapartida, os sistemas continentais costumam apresentar um catálogo fechado de limites e exceções e defendem que as exceções devem ser interpretadas restritivamente⁽⁷²⁾.

d. Titularidade

A titularidade de direitos de autor pode ser originária ou derivada. A primeira nasce, necessariamente da criação e, está visto, nenhuma pessoa colectiva pode criar. A titularidade derivada pode surgir de duas formas: por força da lei⁽⁷³⁾ ou por obra da vontade do titular originário (negócio jurídico)⁽⁷⁴⁾.

Todas as leis de direitos de autor partem de um postulado básico: à partida, o direito de autor pertence ao criador da obra, pessoa singular⁽⁷⁵⁾. A isto chama-se “a doutrina do criador”⁽⁷⁶⁾.

i) O princípio do criador

O entendimento desta regra tem três manifestações⁽⁷⁷⁾:

- (1) Os alemães e austríacos entendem o princípio do criador (*Schöpferprinzip*)⁽⁷⁸⁾ como algo absoluto, pelo que esta regra não conhece exceções. Nestes países a titularidade

⁽⁷²⁾ MATTHIAS LEISTNER & GERD HANSEN, “Die Begründung des Urheberrechtsim digitalen Zeitalter — Versuche einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungs bemü hungen” [2008] GRUR, pp. 486 e ss. e, para um exemplo ilustrativo, MATTHIAS LEISTNER, “The German Federal Supreme Court’s Judgment on Google’s Image Search — A Topical Example of the “Limitations” of the European Approach to Exceptions and Limitations’ [2011] IIC, pp. 417 e ss.

⁽⁷³⁾ Sendo que, nestes casos, há quem fale (erradamente) em presunção legal de autoria. A autoria é sempre de uma ou várias pessoas físicas (identificáveis ou não), a titularidade dos direitos de autor é que pode, por via legal, nunca chegar a ser tida pelo criador.

⁽⁷⁴⁾ Há evidentemente outras vicissitudes possíveis, derivadas do carácter “de propriedade” dos direitos de autor, como a sua aquisição em processo de insolvência, a sua penhora, etc.

⁽⁷⁵⁾ Nestes termos v.g. art. 11.º do CDADC e §7UrhG.

⁽⁷⁶⁾ Cf. JACQUELINE SEIGNETTE, *Challenges to the creator doctrine* (Wolters Kluwer, 1994).

⁽⁷⁷⁾ Para uma panorâmica comparativa e referências adicionais veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos Verlag, 2014).

⁽⁷⁸⁾ §7 UrhG (lei alemã de direitos de autor) e §10 ÖUrhG (lei austríaca de direitos de autor).

(tanto original como derivada) de direitos de autor está reservada a pessoas singulares que criaram a obra⁽⁷⁹⁾. À partida, o direito de autor é inseparável do criador da obra. No entanto, é possível obter um efeito semelhante à transmissão (aquisição derivada) por via de licenças exclusivas.

- (2) Os franceses, italianos, portugueses e, de um modo geral, a maior parte dos países da tradição (dualista) de *droit d'auteur*, admitem que a regra possa sofrer algumas excepções, nomeadamente por via de transferência legal no caso de obras colectivas⁽⁸⁰⁾. Acresce que estes países não se opõem à transferência dos direitos económicos por via de contrato, considerando, no entanto, os direitos morais inalienáveis. Tradicionalmente, estes contratos estão sujeitos a regras formais exigentes⁽⁸¹⁾.
- (3) Os sistemas de *copyright* (como os EUA)⁽⁸²⁾ e o Reino-
-Unido)⁽⁸³⁾, apesar de partirem igualmente da doutrina do criador não obstam a que, por via da lei, o direito de autor possa pertencer a uma pessoa colectiva a título inicial e chegam a usar o termo “autor” de forma indiscriminada⁽⁸⁴⁾. Quanto à transmissibilidade dos direitos morais, esta é admitida nos EUA⁽⁸⁵⁾ mas inadmissível no Reino-
-Unido⁽⁸⁶⁾.

(79) Há, claro, a excepção da transmissão por morte.

(80) Art. 19.º CDADC.

(81) Como forma escrita, reconhecimento de assinaturas ou mesmo escritura pública. Em Portugal, cf. arts. 40.º a 49.º CDADC.

(82) 17 USC § 101 and § 201(b).

(83) S 11(2) CDPA.

(84) Segundo J. STERLING, *World Copyright law* (3.rd edn, Sweet and Maxwell, 2008), p. 1209, é necessário distinguir entre autor *stricto sensu* (o indivíduo que através de criação contributiva produz uma obra) de autor em sentido lato (aquele definido pela lei). Isto também está relacionado com a utilização de direitos de autor para a protecção de investimento (a matéria típica dos direitos conexos é igualmente protegida pelo direito de autor); assim SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, *ob. cit.*, p. 49.

(85) 17USC §106a(e).

(86) S87 CDPA.

Outro aspecto de diferenciação prende-se com o tratamento das **criações de assalariados**. Tendencialmente, os países do *copyright* estabelecem uma presunção legal de transferência a favor do trabalhador assalariado (mas já não no caso de obras sob encomenda)⁽⁸⁷⁾ através da chamada *work for hire doctrine*. Nos países continentais não existe tal presunção legal mas discute-se se há ou não lugar a uma licença implícita⁽⁸⁸⁾.

ii) Gestão colectiva (referência)

Devido à estrutura do mercado em matéria de direitos de autor, há um grande número de obras que são exploradas por via das chamadas sociedades colectivas (como a Sociedade Portuguesa de Autores). Na definição da WIPO⁽⁸⁹⁾ “gestão colectiva é o exercício de direitos de autor e direitos conexos por organizações agindo no interesse e em nome dos titulares desses direitos”. Também a este nível existem algumas diferenças entre os dois sistemas. As sociedades colectivas são mais reguladas no sistema continental e o seu papel cultural é mais relevante e acentuado⁽⁹⁰⁾.

3. Metodologia e fontes normativas do direito de autor europeu

O Direito Europeu é estabelecido pelos tratados (hoje em dia Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funciona-

⁽⁸⁷⁾ Esta é uma diferença entre as disposições da lei holandesa, inglesa e irlandesa, por um lado e norte-americana (que admite a transferência legal também no caso de obra por encomenda), por outro.

⁽⁸⁸⁾ Sobre este tema veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems of Overlaps...*, *ob. cit.* Para uma perspectiva da lei portuguesa, cf. VICTÓRIA ROCHA, ‘A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho’ in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais* (Coimbra Editora, 2007), pp. 167 e ss.

⁽⁸⁹⁾ <http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html> consultado a 12 de Janeiro de 2014.

⁽⁹⁰⁾ SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, *ob. cit.*, p. 61. Para uma perspectiva geral sobre o assunto, cf. DANIEL GERVAIS (ed), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (2.nd edition Kluwer, 2010).

mento da União Europeia (TFUE)) que actuam como uma Constituição, regulando o funcionamento das instituições e o limite das suas competências, os direitos e obrigações dos Estados-Membros e dos seus cidadãos, além das políticas e objectivos comuns da União⁽⁹¹⁾.

Como é sabido, no âmbito do Direito Europeu existem, na prática, três formas de intervenção legislativa: Directivas, Regulamentos e acção jurisprudencial. Além destas, um aspecto muito importante na harmonização dos direitos de autor nacionais dos Estados-Membros reside no conjunto considerável de normas internacionais constante de tratados e convenções dos quais todos são parte⁽⁹²⁾.

a. Directivas

As directivas são instrumentos normativos dirigidos aos Estados-Membros e que, apesar de excepcionalmente poderem ter efeito directo, têm que ser transpostas para o direito interno de cada Estado. Permitem alcançar alguma uniformidade entre os direitos nacionais, respeitando as diferenças de cultura e tradição jurídica de cada Estado-Membro⁽⁹³⁾. Estabelecem uma obrigação de resultado, deixando liberdade aos Estados quanto aos meios. No domínio dos direitos de autor, como vimos, há diferenças especialmente acentuadas entre o direito dos Estados-Membros. Por isso mesmo este instrumento tem sido o utilizado.

(91) Para uma panorâmica geral sobre o Direito Europeu, cf. PAUL CRAIG & GRÁINE DE BÚRCA, *EU Law — Text. Cases and Materials* (5.th edn, OUP 2011). Com uma perspectiva institucional, cf. TREVOR HARTLEY, *The Foundations of European Union Law* (7.th edn, OUP 2010), e sobre a parte essencial do direito substantivo, cf. CATHERINE BARNAD, *The Substantive Law of the EU — The Four Freedoms* (3.rd edn OUP 2010). Em Português veja-se SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial* (2.^a edn Almedina, 2012).

(92) CHRISTIAN HANDIG, 'The Copyright Term "Work" — European Harmonisation at a Unknown Level' [2009] IIC, p. 668.

(93) Para um enquadramento geral deste instrumento normativo, cf. SACHA PRECHAL, *Directives in EC Law* (2.nd edn OUP, 2005).

i) O acervo (acquis)

Neste momento existem oito directivas, quase todas já transpostas para o direito interno dos Estados-Membros, formando um considerável acervo⁽⁹⁴⁾. Por ordem cronológica são:

- Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (Versão codificada). Texto relevante para efeitos do EEE⁽⁹⁵⁾;

Em 1991, após intensa discussão a nível europeu e internacional, decidiu-se que seria adequado seguir o exemplo norte-americano e tratar o *software* como obra literária e artística⁽⁹⁶⁾. Esta solução foi mais tarde acolhida no acordo TRIPS, cujo art. 10.º (1) dispõe que “os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna”. Em 2009 a directiva de 1991 foi substituída por uma versão codificada.

A directiva contém soluções específicas, que levam a um tratamento diferenciado do “direito de autor de programas de computador”, em Portugal regulado por diploma autónomo⁽⁹⁷⁾. Recentemente o Tribunal de Justiça esclareceu que o objecto de protecção deste direito de autor “especial” é apenas o código fonte (chamada linguagem de programação, legível por seres humanos) e o código

⁽⁹⁴⁾ Veja-se BERNT HUGENHOLTZ, ‘Is Harmonization a Good Thing? The case of the Copyright Acquis’ in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds) *The Europeanization of Intellectual Property Law — Towards a European Legal Methodology* (OUP, 2013), pp. 57-73. Sobre a harmonização dos direitos de autor em detalhe, cf. ELEONORA ROSATI, *Originality in EU Copyright — Full Harmonization through Case Law* (EE, 2013), pp. 10-53.

⁽⁹⁵⁾ EEE, significa o Espaço Económico Europeu que inclui, para além dos países da União Europeia, o Liechtenstein, a Noruega e a Islândia.

⁽⁹⁶⁾ Como apontado por THOMAS DREIER, ‘The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs’ [1991] EIPR, pp. 319-320, qualquer abordagem por via de direito conexo ou *sui generis* teria envolvido a criação de um novo instrumento internacional de protecção; um processo longo e complicado sem garantias de sucesso.

⁽⁹⁷⁾ DL n.º 252/94, de 20 de Outubro.

objecto [as instruções dirigidas ao computador, expressas em binário (0101010001)]⁽⁹⁸⁾.

- Directiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada).

Esta directiva foi inicialmente adoptada em 1992. Contém duas partes: uma primeira onde se consagraram os direitos exclusivos de aluguer e comodato, a fim de harmonizar realidades como os clubes de vídeo, hoje em dia algo ultrapassadas; e uma segunda parte onde se estabeleceu uma harmonização de direitos conexos, mais especificamente os direitos dos artistas-intérpretes, dos produtores de fonogramas, dos produtores de filmes e dos organismos de radiodifusão.

- Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

Neste caso pretendeu-se estabelecer as condições necessárias a um mercado interno de radiodifusão. Como explica BERNT HUGENHOLTZ⁽⁹⁹⁾, a directiva não tem grande conteúdo em termos de regras substantivas. Consagra uma solução de direito internacional privado: a lei aplicável à radiodifusão é a lei do Estado emissor (*uplink state*), o que implica a criação de um direito unitário, e estabelece uma gestão colectiva obrigatória de direitos para facilitar a recolha de direitos necessários à retransmissão por cabo.

⁽⁹⁸⁾ C-393/09 *Bezpečnostnísoftwarová asociace (BSA)* §42. Esta decisão gerou grande controvérsia ao decidir tratar da protecção de interfaces gráficas (comumente referidas como Graphic User Interface (GUI)), constituindo um exemplo de intervenção *ultra vires* do tribunal.

⁽⁹⁹⁾ ‘Sat Cab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive’ European Audiovisual Observatory Iris plus 2009-8 ‘Convergence, Copyrights and Transfrontier Television, pp. 7-19.

- Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada).

Em 1993, foi aprovada uma directiva com vista a harmonizar a duração dos direitos de autor nos 70 anos p.m.a. e dos direitos conexos nos 50 anos⁽¹⁰⁰⁾ SILKE VON LEWINSKI⁽¹⁰¹⁾ aponta como justificação para alinhar a duração pelo termo mais alto (o Alemão) a ideia de protecção de expectativas. No entanto, este princípio tem os seus limites e dificilmente pode justificar uma duração tão elevada. Em termos económicos tem-se apontado um termo óptimo como algo entre 15 e 38 anos desde a data de criação⁽¹⁰²⁾. No entanto não tem sido este o sentido da evolução.

Em 2011, com uma curiosa técnica legislativa, foi aprovada a:

- Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que altera a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos.

Que estendeu o prazo de protecção dos protectores de fonogramas (de 50 para 70 anos) e institui um mecanismo para garantir que os autores beneficiariam igualmente com essa extensão⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Há alguns direitos conexos (ou outros mecanismos jurídicos de protecção) como a protecção de obras sem direitos de autor mas inéditas e as edições críticas e científicas que também foram abordadas, estabelecendo-se 25 anos para a primeira (art. 4.º) e o prazo máximo de 30 anos para a segunda (art. 5.º).

⁽¹⁰¹⁾ ‘The EC Duration Directive: An Example of the Complexity of EC Copyright Harmonization’ in Peter Yu (ed), *Intellectual Property and Information Wealth*, vol. IV (Praeger 2007), pp. 257 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Cf. a literatura citada por HEIKI PISUKE, ‘Duration of Copyright and related rights’ in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International 2012), p. 180.

⁽¹⁰³⁾ Esta directiva foi severamente criticada, cf. RETO HILTY, *et al.*, ‘Comments by the Max Planck Institute’ (disponível em <<http://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-ProtectionCopyrights.pdf>>); NATALI HELBERGER, *et al.*, ‘Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea’ [2008] EIPR, pp. 174-181; e, ainda o documento devastador “The Proposed Directive for a Copyright Term Extension — A backward-looking package” <<http://www.cippm.org.uk/downloads/Term%20Statement>>

Apesar de intensa, a intervenção legislativa no domínio da duração dos direitos está longe de ter sido bem-sucedida⁽¹⁰⁴⁾.

- Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

A directiva harmoniza o tratamento das bases de dados. Por um lado, admite a protecção por via de direitos de autor de uma base de dados, na medida em que esta seja original (“criação intelectual específica do respectivo autor”), no seu art. 3.º. Por outro, cria um direito conexo⁽¹⁰⁵⁾ para aquelas bases de dados em que tenha havido investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo na “obtenção, verificação ou apresentação” do seu conteúdo (art. 7.º).

- Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Esta directiva, também conhecida como Infosoc ou pura simplesmente a directiva de direitos de autor, é a directiva mais importante do acervo de legislação existente neste domínio⁽¹⁰⁶⁾. A directiva começou por ser pensada como uma transposição dos tratados da WIPO de 1996, que, por sua vez, visavam adaptar o direito

%2027_10_08.pdf>. Um sítio bom por onde explorar a controvérsia em termos mais amplos é <http://wiki.lessig.org/Against_perpetual_copyright>.

⁽¹⁰⁴⁾ CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States’ [2012] IIC, pp. 567 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Chamado direito *sui generis* a fim de evitar a aplicação de regras de tratamento nacional e nação mais favorecida e frustrar o princípio de reciprocidade estabelecido no seu art. 11.º

⁽¹⁰⁶⁾ Assim, ANDRÉ LUCAS, ‘La longue route vers l’harmonisation du droit d’auteur. Analyse critique’ in Marie-Christine Janssens & Geertrui Van Overwalle (eds), *Harmonisation of European IP Law — From European rules to Belgian law and practice* (Larcier, 2012), p. 20. Em sentido contrário veja-se BERNT HUGENHOLTZ, ‘Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid’ [2000] EIPR, pp. 499-505 (apontando várias insuficiências e omissões relevantes).

internacional de autor ao surgimento da internet⁽¹⁰⁷⁾. No entanto, acabou por ganhar uma dimensão mais ampla de harmonização horizontal, referindo-se a todas as obras que gozem de direitos de autor.

A directiva harmoniza alguns direitos económicos básicos (reprodução, comunicação ao público e distribuição) de forma transversal, trata do assunto de excepções e limitações e regula as medidas de carácter tecnológico e informações para gestão de direitos⁽¹⁰⁸⁾.

- Directiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas.

Estabelece-se o vulgarmente designado *droit de suite*. Trata-se de um direito dos artistas plásticos a serem remunerados pelas vendas subsequentes de uma obra de arte da sua autoria mas relativamente à qual já não detêm a propriedade física do suporte⁽¹⁰⁹⁾. A directiva define ainda o âmbito e as taxas da aplicação desse direito remuneratório.

- Directiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs. Texto relevante para efeitos do EEE.

A directiva aborda o problema das chamadas “obras órfãs”, aquelas obras protegidas por direitos de autor, mas cujo titular é impossível de localizar. Dispõe as condições para se obter o esta-

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre estes tratados em pormenor veja-se JÖRG REINBOthe & SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996* (Butterworths Lexis Nexis, 2002) e MIHÁLY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet* (OUP 2002).

⁽¹⁰⁸⁾ Para uma panorâmica breve, cf. MICHAEL HART, ‘The copyright in the Information Society Directive: An Overview’ [2002] EIPR, pp. 58-64.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. MARIA VICTÓRIA ROCHA, ‘O direito de sequência (*droit de suite*): um direito dos artistas plásticos’ disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/O_direito_de_sequ% C3%AAncia.pdf> (Museu 4, 13, pp. 301-343).

tuto de obra órfã (arts. 2.º a 5.º) e quais os usos permitidos dessas obras órfãs (art. 6.º). Tem sido muito criticada por conter noções vagas e não ser efectiva nos objectivos que propõe atingir⁽¹¹⁰⁾. O seu prazo de transposição expira a 29 de Outubro de 2014.

Encontra-se ainda pendente uma proposta de directiva sobre sociedades de gestão colectiva e licenças multiterritoriais para música *online*⁽¹¹¹⁾.

Todas estas directivas foram justificadas com bases nos arts. 26.º e 114.º TFUE, visando a regulação do mercado interno⁽¹¹²⁾.

ii) Domínios não harmonizados

Seguindo a sugestão de ANDRÉ LUCAS⁽¹¹³⁾ é conveniente assinalar também aquilo que, até agora, não foi alvo de harmonização.

Um dos aspectos estruturais mais importantes que ainda não foi harmonizado é a questão da **titularidade** dos direitos de autor⁽¹¹⁴⁾. De igual forma e com grande relevância estrutural, os **direitos morais**, entre os quais se deve destacar (pela sua relevância, também económica) o direito de integridade da obra, continuam ausentes⁽¹¹⁵⁾. Nestes dois casos a circunstância dever-se-á sobretudo ao seu carácter polémico. Poucas diferenças de orientação legal entre os Estados-Membros serão capazes de gerar posições tão extremadas e apaixonadas.

Um outro aspecto altamente criticado é a questão de **excepções e limitações**. A solução escolhida na directiva Infosoc (art. 5.º) foi a de incluir todas as excepções e limitações existentes nas leis nacionais num catálogo taxativo, posto à disposição dos Estados, o que

⁽¹¹⁰⁾ ELEONORA ROSATI, 'The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand' [2013] JIPLP, pp. 303-310.

⁽¹¹¹⁾ JOÃO PEDRO QUINTAIS, 'Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing' [2013] EIPR, pp. 65 e ss.

⁽¹¹²⁾ Para uma análise detalhada veja-se THEODORE GEORGOPOULOS, 'The legal foundations of European copyright law' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012) pp. 31-42.

⁽¹¹³⁾ *Ob. cit.*, pp. 22 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Tratando alguns dos problemas associados a esta falha de harmonização (e a pouca harmonização que se pode considerar) veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems...*, *ob. cit.*

⁽¹¹⁵⁾ Cf. considerando 19 da Directiva 2001/29.

acaba por não concretizar qualquer harmonização efectiva⁽¹¹⁶⁾. Espera-se que a recentemente lançada consulta pública em matéria de direitos de autor e direitos conexos⁽¹¹⁷⁾ que dedica mais de metade das suas páginas ao assunto de excepções e limitações, venha a produzir frutos nesse domínio, tendo havido propostas no sentido de adoptar uma cláusula aberta ao estilo do *fair use* norte-americano⁽¹¹⁸⁾.

Outro aspecto, relacionado com a titularidade, é a questão dos **contratos de direitos de autor**⁽¹¹⁹⁾. Trata-se normalmente de aspectos relativos a formalidades e interpretação dos contratos, definindo, nomeadamente, de que modo e em que medida se efectua a protecção do autor como parte mais fraca do contrato⁽¹²⁰⁾. Neste caso, estamos num domínio verdadeiramente complexo e que envolve em grande medida as regras contratuais de cada Estado e, neste estado de integração, parece difícil que se venha a avançar.

As regras de **direito internacional privado** relativas aos direitos de autor e, de um modo mais geral, à Propriedade Intelectual, tão pouco foram abordadas de forma consistente pelo legislador europeu⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ LUCIE GUIBAULT, 'Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation' [2010] JIPITEC, p. 64; CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, 'Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International 2012, p. 136 ("um falhanço").

⁽¹¹⁷⁾ Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copy-right-rules/docs/consultation-document_en.pdf>.

⁽¹¹⁸⁾ BERNT HUGENHOLTZ & MARTIN SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities* (2011) disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1959554>> e PAUL TORREMANS, 'The perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012), pp. 319-337.

⁽¹¹⁹⁾ Para uma panorâmica geral e comparativa do estado da lei na UE, veja-se LUCIE GUIBAULT & BERNT HUGENHOLTZ, *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union (Final Report)* (study no ETD/2000 /B5-3001/E/69) e sobre as relações entre o direito de autor e o direito dos contratos LUCIE GUIBAULT, 'The Relationship between Copyright and Contract Law' in Estelle Dercalve (ed), *Research handbook...*, *ob. cit.*, pp. 517 e ss.

⁽¹²⁰⁾ PAUL KATZENBERGER, 'Protection of the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law' [1988] IIC, pp. 731 e ss.

⁽¹²¹⁾ MIREILLE VAN EECLOUD, *Choice of Law in Copyright and Related Rights, Alternatives to the Lex Protectionis* (Kluwer Law International, 2003). Para uma perspec-

b. A jurisprudência (harmonização negativa)

Pode discutir-se se o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no desempenho das suas funções, actua de forma *ultra vires* (activismo judicial) ou se faz apenas uma (legítima) interpretação teleológica⁽¹²²⁾. O que é indubitável é que, por vezes, a sua intervenção é algo inesperada ou até mesmo revolucionária. É que, ao contrário das directivas, que resultam de compromissos políticos, a acção do Tribunal não está limitada pelos “sentimentos” dos Estados-Membros, podendo por isso forçar a harmonização, aventurando-se em campos onde não foi possível atingir um acordo⁽¹²³⁾. De outra forma, o Tribunal parece forçar certos desequilíbrios para promover a harmonização⁽¹²⁴⁾.

De um modo geral, o Tribunal pode ser chamado a pronunciar-se sobre um acto legislativo europeu, quanto à sua validade (recurso de anulação, nos termos do art. 263.º TFUE), quanto à sua interpretação (reenvio prejudicial, nos termos do art. 267.º TFUE⁽¹²⁵⁾) ou

tiva mais geral veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé* (Brill, 2009) e JAMES FAWCETT & PAUL TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law* (2.ª edn, OUP 2011).

⁽¹²²⁾ SOFIA OLIVEIRA PAIS, ‘O Tratado de Lisboa e o quadro institucional da União Europeia’ in Sofia Oliveira Pais, *Estudos de Direito da União Europeia* (Almedina, 2012) pp. 58-60. Para uma avaliação metodológica do comportamento do tribunal no domínio dos direitos de autor, cf. MATTHIAS LEISTNER, ‘Der europäisches Werkbegriff’ [2013] ZGE, pp. 6 e ss.

⁽¹²³⁾ Sobre o papel primacial dos tribunais nacionais no desenvolvimento de um direito de autor europeu, cf. MATTHIAS LEISTNER, ‘Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichten bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts’ disponível em <<http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=6497>> consultado a 10 de Janeiro de 2013. Sobre o papel do TJUE veja-se THOMAS DREIER, ‘The Role of the ECJ for the Development of Copyright in the European Communities’ 54, *Journal of the Copyright Society U.S.A.* (2006), pp. 183 e ss. e HANNS ULRICH, ‘Die Entwicklung eines Systems des gewerblichen Rechtsschutzes in der Europäischen Union: Die Rolle des Gerichtshofs’ in P Behrens (ed.), *Ökonomische Analyse des Europarechts* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 147-200.

⁽¹²⁴⁾ Sobre a relação entre as regras de reciprocidade material e a regra de não discriminação como um exemplo deste tipo de intervenção, cf. NUNO SOUSA E SILVA, ‘Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual — Os Estados e as Pessoas’ in Sofia Oliveira Pais (coordenação), *Cidadania europeia: valores, direitos e oportunidades* (Quid Juris, 2014) (no prelo).

⁽¹²⁵⁾ Este também pode ser referente à compatibilidade de um instrumento de direito nacional com o direito europeu. Sobre a figura veja-se MORTEN BROBERG & NIELS FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice* (OUP 2010).

recurso de uma decisão do Tribunal Geral, *ex vi* art. 256.º TFUE) ou mesmo quanto ao cumprimento de normas de direito europeu por parte dos Estados-Membros (acção de incumprimento, nos termos do arts. 258.º a 260.º TFUE).

i) A interacção inicial

A interacção inicial do Tribunal com os direitos de autor⁽¹²⁶⁾ ocorreu com base nas normas do Tratado, especificamente liberdades económicas, direito da concorrência e o princípio da não discriminação⁽¹²⁷⁾.

Em 1971, no primeiro caso em que o Tribunal foi confrontado com o direito de autor, discutiu-se o seu efeito restritivo sobre a liberdade de circulação de mercadorias⁽¹²⁸⁾. Foi então decidido que os direitos de autor estavam abrangidos pela excepção do art. 36.º TFUE⁽¹²⁹⁾. Desta interacção resultou a noção de esgotamento em matéria de direitos de autor⁽¹³⁰⁾.

No âmbito do direito da concorrência, a Comissão e o TJUE lidaram sobretudo com sociedades de gestão colectiva, tanto nas suas relações recíprocas, como nas suas relações com autores e utilizadores⁽¹³¹⁾ e com situações de recusa de fornecimento⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁶⁾ Utilizado aqui em sentido amplo, incluindo direitos conexos.

⁽¹²⁷⁾ As repercussões de cada um destes aspectos são de elevada complexidade e relevância. Para o nosso propósito é-lhes feita apenas uma referência muito sumária.

⁽¹²⁸⁾ Caso 78-70 *Deutsche Grammophon*.

⁽¹²⁹⁾ Esta abordagem foi sendo desenvolvida e concretizada nos casos 62/79 *Coditel* e 55/80 e 57/80 *Musik-Vertrieb*.

⁽¹³⁰⁾ Descrito por THOMAS DREIER, 'The Role... *ob. cit.*, pp. 192 e ss.

⁽¹³¹⁾ Veja-se JOSEF DREXL, 'Collecting societies and competition law' disponível em <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/drex1_-_crmos_and_competition.pdf> consultado a 17 de Janeiro e ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, 'Collecting Societies' in Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law* (Hart Publishing, 2007).

⁽¹³²⁾ Especialmente nos casos C-241/91 P and C-242/91 P *Magill*, C-418/01 *IMS Health*. Para uma perspectiva geral, cf. VALERIE LAURE BENABOU, 'European Competition Law and Copyright: Where do we Stand? Where do we go?' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook...*, *ob. cit.*, pp. 543 e ss. e, ainda mais geral, STEVEN ANDERMAN & HEDVIG SCHMIDT, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation* (OUP 2011).

A regra da não discriminação em função da nacionalidade (actual art. 18.º TFUE), impediu a aplicação das excepções ao princípio do tratamento nacional constantes do direito internacional de autor⁽¹³³⁾. A primeira decisão que aplicou o princípio aos direitos de autor foi o caso C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*⁽¹³⁴⁾.

ii) Em face das directivas

A partir do momento em que há directivas para transpor aumenta a possibilidade de incumprimento, seja porque estas não foram transpostas ou porque foram mal transpostas. Assim, a Irlanda foi condenada por não ter cumprido o prazo de transposição da directiva sobre bases de dados⁽¹³⁵⁾. Já Portugal, Espanha, Irlanda e Itália foram condenados por ter feito uma transposição errada da directiva relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos, consagrando mais excepções do que aquelas que seriam admissíveis⁽¹³⁶⁾.

Um outro aspecto mais relevante é a circunstância de existirem agora instrumentos normativos com noções para interpretar e analisar. Assim, como sublinha THOMAS DREIER⁽¹³⁷⁾ ocorre uma gradual transição para a interpretação de normas secundárias, focando-se, como é natural, nos aspectos que mais dúvidas despertam. Efectivamente, os reenvios prejudiciais multiplicam-se e têm vindo a contribuir em muito para o desenvolvimento do sistema europeu de direitos de autor.

Uma das “técnicas” mais comuns utilizada pelo TJUE para aprofundar a harmonização consiste em, no contexto de um reenvio prejudicial, interpretar um conceito que foi (intencionalmente

⁽¹³³⁾ Para mais detalhes veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*

⁽¹³⁴⁾ Seguiram-se outros casos relevantes como C-360/00 *Ricordio C-28/04 Tod's*.

⁽¹³⁵⁾ C-370/99 *Comissão contra Irlanda*.

⁽¹³⁶⁾ C-53/05 *Comissão contra Portugal* e C-61/05 *Comissão contra Portugal*; C-36/05 *Comissão contra Espanha*; C-175/05 *Comissão contra Irlanda*; C-198/05 *Comissão contra Itália*. Para uma lista completa de acções de incumprimento em relação a direitos de autor consulte-se <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/infringements/index_en.htm>.

⁽¹³⁷⁾ ‘The Role...’, *ob. cit.*, p. 194.

ou não) deixado por definir ou, reformular as perguntas formuladas pelas instâncias nacionais. Uma afirmação como “decorre das exigências da aplicação uniforme do direito comunitário e do princípio da igualdade que os termos de uma disposição de direito comunitário que (...) não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente encontrar, em toda a Comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme...” serve como justificativo da interpretação⁽¹³⁸⁾. Um dos aspectos em que, empregando esta técnica, o TJUE se revelou mais revolucionário foi em relação ao conceito de obra, explorado *infra*.

c. Unificação?

Como escreveu o Advogado-Geral NIILO JÄÄSKINEN⁽¹³⁹⁾: “Os direitos de autor na União, a exemplo do que acontece em qualquer outra parte, continuam a ser em grande medida uma criação do direito nacional. Actualmente coexiste no mundo um conjunto de provavelmente mais de 150 regulamentações territoriais de direitos de autor de origem nacional ou regional (...). A harmonização dos direitos de autor na União tem sido um processo misto de harmonização total e parcial.”

De facto, o princípio da territorialidade (um direito de autor por cada Estado-Membro) é apontado como a “última fronteira” para a harmonização⁽¹⁴⁰⁾. À semelhança do que foi feito noutras áreas da propriedade intelectual (como marcas, desenhos ou modelos ou variedades de plantas)⁽¹⁴¹⁾ vem-se discutindo a possibilidade de criar um título único de direito de autor europeu⁽¹⁴²⁾.

O art. 118.º TFUE dispõe que: “No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno, o Parlamento

⁽¹³⁸⁾ A fórmula é encontrada v.g. no caso de 1984 327/82 *Ekro*.

⁽¹³⁹⁾ Opinião no caso C-5/11 *TitusDönnner*. §24 e 25.

⁽¹⁴⁰⁾ MIREILLE VAN ECHOD, *et al.*, *Harmonizing European Copyright Law* (Wolters Kluwer, 2009), pp. 307 e ss.

⁽¹⁴¹⁾ Para mais indicações, cf. ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *European Intellectual Property Law* (EE 2013).

⁽¹⁴²⁾ Cf. as contribuições em Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012), pp. 339-379.

Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas relativas à criação de títulos europeus, a fim de assegurar uma protecção uniforme dos direitos de propriedade intelectual na União, e à instituição de regimes de autorização, de coordenação e de controlo centralizados ao nível da União”. Procurando estimular o debate, um grupo de especialistas europeus (Wittem Group) apresentou, em 2010, um projecto de código europeu de direitos de autor⁽¹⁴³⁾.

Parece-me, no entanto, que ainda não se encontram reunidas as condições para que um tal regulamento (ou cooperação reforçada) veja a luz do dia⁽¹⁴⁴⁾.

4. O actual sistema de direitos de autor europeu

Como vimos até agora, existe um considerável acervo de direito europeu nesta área. No entanto, ao contrário do que aconteceu noutros domínios da Propriedade Intelectual, a abordagem não é unitária e a harmonização está longe de ser total, o que leva a que se fale em “ilhas de harmonização”, “fragmentação” ou mesmo de “uma manta de retalhos”⁽¹⁴⁵⁾. Nesta secção procurarei completar a perspectiva do que se encontra realmente harmonizado. No entanto, não abordarei os direitos conexos. De igual modo e, devido quer à sua complexidade, quer ao seu carácter pouco harmonizado, a matéria dos limites e excepções será abordada muito sucintamente. Os dois aspectos que elegi como mais relevantes foram: o conceito de obra e a harmonização dos direitos económicos.

⁽¹⁴³⁾ Disponível em <www.copyrightcode.eu>. Para uma análise crítica *vide* JANE GINSBURG, ‘European Copyright Code — Back to First Principles (with Some Additional Detail)’ (2011) Columbia Public Law Research Paper N.º 11-261. <<http://ssrn.com/abstract=1747148>>.

⁽¹⁴⁴⁾ Para uma discussão, cf. TREVOR COOK & ESTELLE DERCLAYE, ‘An EU Copyright Code: what and how, if ever?’ [2011] IPQ, pp. 259-269.

⁽¹⁴⁵⁾ MIREILLE VAN EECHOU, *et al.*, *Harmonizing European Copyright Law* (Wolters Kluwer, 2009), p. 26, “The potential downside of piecemeal harmonization is of course is that the consistency of the legal framework becomes a concern, both at the level of the acquis and at the level of national systems of intellectual property rights.”

a. Requisitos — O conceito europeu de obra

i) Originalidade

Já se referiu que o conceito chave de aplicação do direito de autor, cuja concreta configuração exprime simultaneamente opções de política legislativa, difere grandemente nas tradições de *copyright* e de *droit d'auteur*. Efectivamente, existiam obras tradicionalmente protegidas pelo direito de autor inglês — como catálogos, horários ou listas de resultados (as chamadas obras factuais) — que já não seriam protegidas no direito de autor continental. De um modo geral, o direito de autor continental era mais restritivo no seu âmbito de aplicação.

α) O nascimento do conceito de originalidade europeu

Aquando da harmonização do direito de autor sobre programas de computador, foi necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a concepção alemã (muito exigente)⁽¹⁴⁶⁾ e a concepção inglesa (muito condescendente). A opção tomada foi a de consagrar como critério único de protecção para **programas de computador**, a originalidade, isto é, o facto de este ser “resultado da criação intelectual do autor”⁽¹⁴⁷⁾. Este critério foi apresentado como um meio-termo entre as duas concepções: não seria exigível um nível de originalidade tão alto como o do direito alemão, nem tão baixo como no direito inglês⁽¹⁴⁸⁾.

Quanto à protecção de obras factuais, como compilações e listas, havia uma grande divergência no seu tratamento⁽¹⁴⁹⁾. Os ingleses protegiam-nas por via de direitos de autor, enquanto no direito continental esta matéria era tradicionalmente deixada para a concorrência desleal ou direitos conexos⁽¹⁵⁰⁾. O compromisso a que se

⁽¹⁴⁶⁾ É tradicionalmente referido o caso do BGH *Inkassoprogram* [1985] GRUR, pp. 1041 a 1047.

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 1.º (3) Directiva, cuja última frase reafirma “Não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção.”

⁽¹⁴⁸⁾ ELEONORA ROSATI, *Originality...*, *ob. cit.*, p. 65.

⁽¹⁴⁹⁾ Para uma perspectiva norte-americana veja-se a obra editada por ROBERT BRAUNEIS, *Intellectual Property Protection of Fact-based Works: Copyright and Its Alternatives* (EE, 2009).

⁽¹⁵⁰⁾ O caso dos países escandinavos. Existia ainda a *geschriftbescherming* holandesa, protecção para escritos não originais.

chegou na directiva 96/9 relativa às **bases de dados** consistiu em consagrar o mesmo critério “intermédio” (“resultado da criação intelectual do autor”) para a protecção dessas por direitos de autor⁽¹⁵¹⁾ e, simultaneamente, estabelecer um direito *sui generis* (na substância um direito conexo) sobre bases de dados, com uma função assumida de protecção do investimento⁽¹⁵²⁾.

Relativamente à protecção de **fotografias** a solução consagrada na directiva 2006/116 relativa ao prazo de protecção dos direitos de autor, determinou que as fotografias podem gozar de protecção dos direitos de autor e/ou através de um outro mecanismo jurídico⁽¹⁵³⁾. No entanto, estabeleceu-se que, para gozar de protecção por direitos de autor, as fotografias terão que ser originais, “na acepção de que são a criação intelectual do próprio autor”⁽¹⁵⁴⁾.

As pequenas diferenças textuais na definição de originalidade de cada uma destas normas devem ser ignoradas, considerando-se idêntica a noção consagrada em todas elas⁽¹⁵⁵⁾.

β) O acórdão *Infopaq* — a revolução

No acórdão *Infopaq*⁽¹⁵⁶⁾ estavam em discussão as consequências em matéria de direitos de autor (especificamente do direito de

⁽¹⁵¹⁾ Art. 3.º (1) “criação intelectual específica do respectivo autor”. Mais tarde o TJUE afirmou no caso C-604/10 *FootballDataco* § 45: “...o art. 3.º, n.º 1, da Directiva 96/9 deve ser interpretado no sentido de que uma «base de dados», na acepção do art. 1.º, n.º 2, desta directiva, é protegida pelo direito de autor nela previsto desde que a selecção ou a disposição dos dados que contém constitua uma expressão original da liberdade criativa do seu autor...”

⁽¹⁵²⁾ Sobre a directiva, cf. MATTHIAS LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht* (C.H. Beck 2000). Entretanto o TJUE, na interpretação que fez do direito *sui generis* frustrou as intenções dos ingleses ao declarar que listas de resultados desportivos não se encontram protegidas (v.g. no caso C-203/02 *BHB v William Hill*). Sobre este aspecto, cf. MARK DAVIDSON & BERNT HUGENHOLTZ, ‘Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right’ [2005] EIPR, pp. 113 e ss.

⁽¹⁵³⁾ Sobre a situação anterior à directiva, cf. YSOLDE GENDREAU, *et al.*, *Copyright and Photographs: An International Survey* (Kluwer Law International, 1999).

⁽¹⁵⁴⁾ Art. 6.º.

⁽¹⁵⁵⁾ CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, p. 670.

⁽¹⁵⁶⁾ C-5/08. A este caso seguiu-se outro, C-302/10 referido como *Infopaq II*.

reprodução) de *clipping*, isto é a disponibilização de breves excertos de texto (tipicamente onze palavras: o termo chave mais as cinco palavras antecedentes e as cinco seguintes), por um serviço de agregação de notícias, equivalente ao *Google news*⁽¹⁵⁷⁾.

Começando por afirmar que, para que esse acto constituísse violação do direito de reprodução, seria necessário que a sequência em questão (as 11 palavras) fosse original, o TJUE partiu para considerações de teor verdadeiramente revolucionário: "...o direito de autor na acepção do art. 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 só é susceptível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na acepção de que é uma criação intelectual do próprio autor"⁽¹⁵⁸⁾. Discutindo as obras em questão (artigos de jornal), prosseguiu afirmando "Quanto aos elementos destas obras sobre os quais incide a protecção, importa salientar que estas são compostas por palavras que, consideradas isoladamente, não são enquanto tais uma criação intelectual do autor que as utiliza. É apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitui uma criação intelectual"⁽¹⁵⁹⁾. E concluiu: "Atendendo a estas considerações, a reprodução de um excerto de uma obra protegida que, como os que estão em causa no processo principal, compreende onze palavras consecutivas desta é susceptível de constituir uma reprodução parcial, na acepção do art. 2.º da Directiva 2001/29, se — o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar — esse excerto contém um elemento da obra que, enquanto tal, exprime a criação intelectual do próprio autor"⁽¹⁶⁰⁾.

Com efeito, o TJUE associou o critério de originalidade europeu, restrito a algumas obras, ao direito de exclusivo de reprodução, estabelecido na directiva 2001/29 de carácter horizontal

⁽¹⁵⁷⁾ Esta prática tem gerado uma enorme controvérsia a nível europeu e levou já a que se aprovasse, na Alemanha, um novo direito conexo sobre conteúdo noticioso (§ 87f a § 87h UrhG), através da "*lex Google*". Este serviço dinamarquês, discutido no caso *Infopaq*, funcionava por email, mas os princípios básicos são os mesmos.

⁽¹⁵⁸⁾ C-5/08 *Infopaq* § 37.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, § 45.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*, § 48.

(cobrindo toda a categoria de obras) para estabelecer esse critério “criação intelectual do autor” como um critério geral, válido para todas as obras. E foi apontando que, para determinar se algo constitui criação intelectual, é necessária uma operação de escolha, disposição ou combinação que permita ao autor exprimir o seu espírito criador.

As reacções a este acórdão foram variadas. Como escreve ESTELLE DERCLAYE⁽¹⁶¹⁾. “This is quite revolutionary and can be shocking (if not choking) for most British practitioners and perhaps also most British academics. But does it change much in practice? The vast majority of musical and dramatic works will be creative, so for these, Infopaq does not change much”⁽¹⁶²⁾. Mas o que acontece é que, como a mesma autora reconhece, a decisão adopta, a nível europeu e geral, o critério de criatividade (originalidade em sentido subjectivo) para determinar se uma obra merece protecção⁽¹⁶³⁾.

χ) A confirmação

No acórdão *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*⁽¹⁶⁴⁾ de 2011, o TJUE foi confrontado com a questão de saber se uma interface gráfica (*Graphic User Interface* (GUI)) poderia ser protegida por via de direitos de autor. Tendo negado a protecção por via do direito de autor “especial” para programas de computador (§ 42) o Tribunal afirmou que a protecção por via do direito de autor “comum” poderia ser concedida desde que esta obra fosse original, no sentido em que constituísse criação do seu autor⁽¹⁶⁵⁾. Referindo-se em seguida à determinação da originalidade afirmou

(161) ‘Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law’ [2010] EIPR, p. 249.

(162) “Isto é bastante revolucionário e pode ser chocante (ou até asfíxiante) para a maior parte dos práticos britânicos e talvez também para a maior parte dos académicos. Mas muda muito na prática? A grande maioria das obras musicais e dramáticas será criativa, e para estas, o *Infopaq* não muda muito”.

(163) *Ob. cit.*, p. 248 e, novamente na p. 249 (“... artistic works now clearly need to be creative in order to be protected.”).

(164) C-393/09.

(165) C-393/09, §44 a 46 (citando *Infopaq*).

que “este critério não pode ser preenchido pelos componentes da interface gráfica do utilizador que se caracterizam unicamente pela sua função técnica”⁽¹⁶⁶⁾ visto que “quando a expressão dos referidos componentes resulta da sua função técnica, o critério da originalidade não se encontra preenchido, porque as diferentes formas de executar uma ideia são tão limitadas que a ideia e a expressão se confundem”⁽¹⁶⁷⁾ e “Numa situação como esta, os componentes da interface gráfica do utilizador não permitem ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitua uma criação intelectual desse autor”⁽¹⁶⁸⁾.

Os acórdãos que se seguiram, como C-403/08 e C-429/08 *Murphy*, C-604/10 *Football Dataco* e C-406/10 *SAS Institute* confirmaram e aprofundaram esta abordagem.

δ) Qual o alcance da harmonização?

No acórdão *Flos*⁽¹⁶⁹⁾, em que se discutiam disposições transitórias do direito de autor italiano relativo a obras de arte aplicada (*design*) o TJUE afirmou: “...não se pode excluir que a protecção dos direitos de autor de obras que possam constituir desenhos ou modelos não registados possa resultar de outras directivas em matéria de direitos de autor, designadamente da Directiva 2001/29, na medida em que as condições em que esta se aplica estejam preenchidas...”⁽¹⁷⁰⁾.

Na verdade, é discutível se, apesar de a jurisprudência europeia ter acolhido de forma geral o critério de “criação intelectual do seu autor”, podem ser exigidos critérios adicionais ou um grau de exigência maior para protecção de obras que não sejam fotografias, bases de dados ou programas de computador⁽¹⁷¹⁾. Recente-

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, §48

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, §49. Isto consubstancia a já mencionada *merger doctrine*.

⁽¹⁶⁸⁾ §50.

⁽¹⁶⁹⁾ C-168/09. Para um comentário extenso e crítico veja-se LIONEL BENTLY, ‘Thereturnof industrial copyright’ [2012] EIPR, pp. 654 e ss.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibid.*, §34.

⁽¹⁷¹⁾ É claro que, como demonstram magistralmente STEF VAN GOMPEL & ERLIND LAVIK, *ob. cit.*, há sempre considerações para além da originalidade mesmo quanto a essas obras. Do que se trata de saber é se pode ou não haver um tratamento diferenciado de

mente o Supremo Tribunal Alemão, no domínio da arte aplicada, afirmou que tais exigências adicionais eram admissíveis e que nem o acórdão *Flos*, nem o restante corpo de jurisprudência em matéria de originalidade, o impediam⁽¹⁷²⁾. Esta também parece ser a opinião de ESTELLE DERCLAYE⁽¹⁷³⁾ e MATTHIAS LEISTNER⁽¹⁷⁴⁾.

No entanto, há quem entenda o contrário. MIREILLE VAN EECLOUD⁽¹⁷⁵⁾ escreve que tal posição não lhe parece sustentável em relação a obras em geral, embora seja mais discutível no domínio da arte aplicada⁽¹⁷⁶⁾. Também ELEONORA ROSATI⁽¹⁷⁷⁾ defende que o TJUE efectuou uma harmonização horizontal total. No domínio da arte aplicada, o Supremo Tribunal holandês (*Hoge Raad*) entendeu que o acórdão *Flos* havia deixado claro que não havia lugar à aplicação de critérios adicionais (valendo apenas o *standard Infopaq*); de tal forma que se recusou a proceder a um reenvio prejudicial⁽¹⁷⁸⁾.

ε) O actual significado da noção de originalidade

Do que vimos parece resultar que a originalidade — conceito autónomo de direito europeu — requer **escolhas criativas livres**

obras, exigindo-se v.g. mérito artístico ou um elevado grau de originalidade para obras que não sejam fotografias, bases de dados e programas de computador. Esta discussão é particularmente importante no domínio da arte aplicada (*design*). Outra discussão de que dá nota ELEONORA ROSATI, *Originality...*, *ob. cit.*, pp. 67-8 é saber se o critério adoptado para obras fotográficas não é mais exigente do que o referente a *software* e bases de dados.

⁽¹⁷²⁾ ZR 143/12 *Geburtstagszug* [rn 31].

⁽¹⁷³⁾ *Ob. cit.*, p. 250.

⁽¹⁷⁴⁾ ‘Der europäische Werkbegriff’, *ob. cit.*, p. 36 (o autor defendia o abandono da distinção por outros motivos, tendo sido seguido pelo BGH).

⁽¹⁷⁵⁾ ‘Along the Road to Uniformity — Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work’ [2012], JIPITEC, p. 69.

⁽¹⁷⁶⁾ Em face do art. 17.º da Directiva 98/71 relativa à protecção dos desenhos ou modelos, que dispõe “Qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-Membro de acordo com a presente directiva beneficia igualmente da protecção conferida pelo direito de autor desse Estado a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado ou definido sob qualquer forma. Cada Estado-Membro determinará o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido.”

⁽¹⁷⁷⁾ *Originality...*, *ob. cit.*, p. 123.

⁽¹⁷⁸⁾ Decisão de 25 de Outubro de 2013, disponível em <<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2013:60>> (citando já decisão anterior no mesmo sentido, de 22 de Fevereiro de 2013, nos seus pontos 4.26 a 4.28).

capazes de **expressar o espírito de um autor**. É disto particularmente ilustrativo o que o TJUE disse acerca da originalidade de fotografias⁽¹⁷⁹⁾: “há que observar que o autor poderá efectuar as suas escolhas livres e criativas, de diversas maneiras e em diferentes momentos da sua realização. No estádio da fase preparatória, o autor poderá escolher o pano de fundo, a pose da pessoa a fotografar ou a iluminação. No momento em que tira o retrato fotográfico, poderá escolher o enquadramento, o ângulo de que deve ser tirado ou ainda a atmosfera criada. Por último, durante a revelação, o autor poderá escolher a técnica que deseja adoptar de entre as diversas existentes, ou ainda, se for caso disso, utilizar aplicações informáticas. Através dessas diferentes escolhas, o autor de um retrato fotográfico pode, assim, imprimir o seu «toque pessoal» à obra criada.” Também por isso afirmou, noutra caso⁽¹⁸⁰⁾ que “os eventos desportivos não podem ser considerados como criações intelectuais qualificáveis como obras na acepção da directiva direitos de autor. O mesmo vale, em especial, para os jogos de futebol, enquadrados por regras que não deixam margem para uma liberdade criativa, na acepção do direito de autor.”

De um modo geral parece poder dizer-se que tem que existir um grau de liberdade para que um autor possa exercer o seu arbítrio, fazendo escolhas criativas que confirmam a uma obra o seu toque pessoal⁽¹⁸¹⁾. No acórdão *SAS Institute*⁽¹⁸²⁾ o TJUE confirmou esta ideia ao dizer: “É apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras, destes números ou destes conceitos matemáticos que é permitido ao autor expressar o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado, o manual de utilização do programa de computador, que constitui uma criação intelectual.”

Em face disto cumpre perguntar a que nível (em que grau) de exigência é que se fixou o critério europeu de originalidade?

⁽¹⁷⁹⁾ C-145/10 *Painer* § 90 a 92.

⁽¹⁸⁰⁾ C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 98.

⁽¹⁸¹⁾ MATTHIAS LEISTNER, ‘Der europäische Werkbegriff’, *cit.*, p. 23; ELEONORA ROSATI, *Originality...*, *cit.*, p. 187.

⁽¹⁸²⁾ C-406/10 § 67.

LUCAS & LUCAS⁽¹⁸³⁾ acreditam que a concepção francesa é apenas marginalmente afectada. ANDREAS RAHMATIAN⁽¹⁸⁴⁾ escreve ser provável que o TJUE tenha aumentado o nível de exigência do direito de autor inglês mas que o critério vigente é camaleónico e não um critério de *droit d'auteur* como outros pretendem⁽¹⁸⁵⁾. AXEL NORDEMANN⁽¹⁸⁶⁾ defende que ocorreu uma diminuição do nível de exigência quando comparado com o tradicional critério alemão.

De facto, ao afirmar que 11 palavras (*Infopaq*) ou que um manual de utilização de um programa de computador (*SAS Institute*) podem ser protegidos por direitos de autor, o TJUE parece ter acolhido um critério pouco exigente em termos de originalidade.

ii) *Categorias*

Ao sugerir no acórdão *BSA* que os GUIs deveriam ser protegidos por via de direitos de autor, o TJUE parece pôr em questão a legitimidade da técnica de categorias existente no direito de autor britânico, irlandês, cipriota e maltês⁽¹⁸⁷⁾.

MIREILLE VAN EËCHOUD⁽¹⁸⁸⁾ fala em três possíveis leituras (por ordem crescente de impacto) do conjunto de decisões do tribunal: “A primeira é que o Tribunal de Justiça reconhece que podem subsistir direitos de autor em obras muito curtas. A segunda é que o TJ interpretou o direito europeu como contendo uma noção autónoma de originalidade para obras jusautorais. A terceira é que o Tribunal não estabeleceu apenas o *standard* de originalidade mas também o objecto de protecção como um conceito aberto abrangendo qualquer espécie de criação.”

A perspectiva que acolho é que, independentemente do verdadeiro estado actual da lei será a terceira leitura que o TJUE irá fazer nas suas futuras decisões. Assim, a noção europeia de obra

⁽¹⁸³⁾ *Traité...*, *ob. cit.*, p. 135.

⁽¹⁸⁴⁾ ‘Originality in UK...’, *ob. cit.*, p. 15.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibid.*, p. 18. No mesmo sentido, CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, pp. 671-2.

⁽¹⁸⁶⁾ In FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht* (10.^a ed. 2008), § 2 UrhGm 150.

⁽¹⁸⁷⁾ LIONEL BENTLY, <<http://ipkitten.blogspot.pt/2011/01/lionel-bezpecnostni-soft-warova-asociace.html>> consultado a 14 de Janeiro de 2014.; TATIANA-ELENI SYNODINOU, ‘The Foundations...’, *ob. cit.*, p. 107. Também ELEONORA ROSATI, *Originality...*, *ob. cit.*, p. 187.

⁽¹⁸⁸⁾ ‘Along the Road...’, *ob. cit.*, p. 68.

deverá ser configurada nos termos não taxativos do direito continental⁽¹⁸⁹⁾.

iii) Fixação

Até agora, as decisões proferidas pelo TJUE não abordaram a questão da fixação. E, em bom rigor, este critério só tem verdadeira relevância em relação a um conjunto limitado de obras, sendo que quase tudo o que seja digital está, por natureza, fixado. Mesmo assim, é de esperar que a harmonização do conceito de obra exclua o requisito de fixação⁽¹⁹⁰⁾.

b. Titularidade e gestão colectiva (menção)

A questão da titularidade de direitos e autor, especificamente a titularidade originária de obras por pessoas colectivas é um dos aspectos mais divergentes entre as duas tradições presentes na UE. Intimamente relacionados com este assunto estão a possibilidade e a regulação dos contratos de transferência de direitos de autor e ainda dos contratos de licença.

Apesar destas sensibilidades e diferenças, o legislador europeu tratou da titularidade de programas de computador no art. 2.º da directiva relativa a programas de computador. A única disposição com real conteúdo harmonizador é o n.º 3 visto que o n.º 1 e o n.º 2 remetem para o direito nacional. O que o n.º 3 dispõe é “Quando um programa de computador for criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador, só o empregador ficará habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos ao programa assim criado, salvo disposição contratual em contrário”⁽¹⁹¹⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Defende-o *de iure constituendo* TATIANA-ELENI SYNODINOU, ‘The Foundations...’, *ob. cit.*, p. 109; *de iure constituto* afirma-o MATTHIAS LEISTNER, ‘Der europäische Werkbegriff’, *ob. cit.*, pp. 11 e 12.

⁽¹⁹⁰⁾ TATIANA-ELENI SYNODINOU, ‘The Foundations...’, *ob. cit.*, p. 111; ANTOINE LATREILLE, *ob. cit.*, p. 146.

⁽¹⁹¹⁾ Sobre a interpretação do que acontece em relação aos direitos morais, cf. ANTOON QUAEDVLIEG, ‘Authorship and Ownership: Authors, Entrepreneurs and Rights’ in T-E Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law, 2012), pp. 209-211.

Mesmo assim, as soluções nacionais de transposição foram distintas. Os alemães estabeleceram uma licença exclusiva (§ 69 UrhG), enquanto que os portugueses consagraram uma presunção de transferência (art. 3.º (3) do DL 252/94, de 20 de Outubro).

A directiva sobre bases de dados, no seu art. 4.º, refere o assunto mas deixa a determinação a cargo do direito nacional, não contendo uma disposição equivalente ao art. 2.º (3) da directiva sobre programas de computador.

Adicionalmente, em matéria de direitos conexos harmonizou-se parcialmente a titularidade em relação a obras cinematográficas⁽¹⁹²⁾.

Até agora, pese embora não haja verdadeira harmonização, o legislador europeu parece inclinar-se para a concepção continental⁽¹⁹³⁾.

Quanto a sociedades colectivas, tem havido intervenção reguladora por parte da Comissão e do TJUE com base no direito da concorrência⁽¹⁹⁴⁾ encontrando-se pendente uma proposta de directiva⁽¹⁹⁵⁾.

c. Conteúdo (direitos económicos)

O direito de autor é composto por um conjunto amplo de faculdades de carácter negativo⁽¹⁹⁶⁾. O seu titular pode proibir a utilização da obra quando esta afecte os seus interesses económicos ou morais, desde que haja um fundamento jurídico (um direito de exclusivo) para isso⁽¹⁹⁷⁾. Como vimos, este último aspecto (direitos morais) não foi abordado pela harmonização europeia e por isso não será aqui abordado. Quanto aos direitos económicos, o

⁽¹⁹²⁾ Outro aspecto relacionado e intocado é o tratamento de obras como óperas (música com letra). Devem ser entendidas como uma única obra ou com um conjunto? (CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, p. 672).

⁽¹⁹³⁾ ANTOON QUAEDEVLIËG, 'Authorship and Ownership...', *ob. cit.*, p. 215.

⁽¹⁹⁴⁾ Para mais detalhes, cf. *supra* nota 131.

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. *supra* notas 111.

⁽¹⁹⁶⁾ Outra perspectiva consiste em ver o direito de autor como um exclusivo reservado a favor do seu autor (só o autor pode praticar determinada classe de actos). No entanto, isso poderia fazer passar a ideia (errada) de que se confere um direito positivo à prática desses actos.

⁽¹⁹⁷⁾ Uma possibilidade intermédia é ser-lhe atribuído um direito de remuneração. Pese embora não possa impedir um certo uso, o autor terá o direito a ser remunerado por esse uso.

legislador europeu teve uma intervenção determinante, estabelecendo alguns direitos essenciais, principalmente na directiva Infosoc. Como esta harmonização foi feita por meio de directivas, o seu modo de transposição não é uniforme⁽¹⁹⁸⁾. De um modo geral, o legislador europeu declarou que estes direitos devem ser entendidos de forma ampla⁽¹⁹⁹⁾.

i) Direito de reprodução

O direito de reprodução é a base essencial do direito de autor⁽²⁰⁰⁾. Trata-se do direito de proibir a cópia “por qualquer espécie ou forma, no todo ou em parte.” A directiva Infosoc define-o, em termos semelhantes ao art. 9.º (1) da Convenção de Berna, no seu art. 2.º, como “o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”.

Ao contrário de outros direitos de propriedade intelectual, cujo carácter se diz objectivo, os direitos de autor requerem, para que se reconheça a sua violação, a **cópia**, daí que se afirme o seu carácter subjectivo. De um modo geral, para provar a cópia segue-se um raciocínio assente em dois factores: semelhança e acesso à obra. Quando se prove acesso à obra, serão menores as exigências probatórias quanto à semelhança. Por outro lado, quanto maiores forem as semelhanças, menor necessidade haverá de provar acesso à obra⁽²⁰¹⁾.

A cópia pode ser literal (*verbatim*) ou não literal. A primeira reproduz a obra ou parte substancial desta, “palavra por palavra”, “nota por nota”, “traço por traço”. Neste caso, salvo coincidência

⁽¹⁹⁸⁾ Para um relato exaustivo das transposições da directiva Infosoc, cf. GUIDO WESTKAMP, ‘The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Part II’ disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>.

⁽¹⁹⁹⁾ Considerando 21 (relativo ao direito de reprodução) e 23 da Directiva Infosoc (relativo ao direito de comunicação ao público).

⁽²⁰⁰⁾ Assim, ANSGAR OHLY, ‘Economic Rights’ in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE, 2009), p. 213.

⁽²⁰¹⁾ Como afirmam, PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, 299, este teste é universalmente aplicado.

criativa⁽²⁰²⁾ ocorrerá violação de direitos de autor. Já a cópia não literal refere-se à utilização indevida de elementos protegidos de uma obra sem, no entanto, a reproduzir totalmente⁽²⁰³⁾. O direito de autor, como vimos, protege a expressão e não a ideia que lhe subjaz⁽²⁰⁴⁾. Assim, a cópia de elementos que sejam comuns num dado estilo ou que consubstanciem ideias (como por exemplo a história básica que subjaz a um romance) não implica violação de direitos de autor. Deste modo, a construção de um desenho (reprodução tridimensional de uma obra bidimensional) normalmente é entendida como cópia não-litera⁽²⁰⁵⁾ mas já não constitui violação de direitos de autor sobre uma receita o facto de esta ser cozinhada⁽²⁰⁶⁾.

A informática em geral e a Internet em particular constituem tecnologias baseadas na cópia. Na operação de um programa de computador ou da internet efectuam-se inúmeras cópias necessárias ao respectivo funcionamento. A opção feita pelo legislador europeu foi definir o direito de exclusivo de forma muito ampla, cobrindo igualmente as chamadas cópias temporárias que intervêm nestes processos tecnológicos, e consagrar, de forma imperativa, uma excepção⁽²⁰⁷⁾. No entanto, há uma série de aspectos, como hiperligações⁽²⁰⁸⁾ *clipping*⁽²⁰⁹⁾ e *framing*⁽²¹⁰⁾ cuja abrangência pelo

⁽²⁰²⁾ Veja-se *supra* nota 38.

⁽²⁰³⁾ Para uma análise dos testes empregues pela jurisprudência norte-americana, veja-se PAMELA SAMUELSON, 'A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement' 107, *Northwestern Law Review* (2013), pp. 1821 e ss.

⁽²⁰⁴⁾ *Supra* 2.b) iv).

⁽²⁰⁵⁾ No recente caso *Geburtstagszug* BGH fez a distinção consoante a categoria de obra. Seria assim quanto às obras de arte aplicada (§2(4) UrhG) e já não quanto aos desenhos técnicos (§2(7) UrhG). Esta distinção consta expressamente da lei inglesa.

⁽²⁰⁶⁾ ANSGAR OHLY, 'Economic Rights', *ob. cit.*, p. 218.

⁽²⁰⁷⁾ Art. 5.º (1) Directiva InfoSoc.

⁽²⁰⁸⁾ No reenvio C-466/12 *Svensson* TJUE terá que responder à questão: "Quando alguém que não seja titular do direito de autor sobre uma determinada obra disponibiliza uma ligação clicável para a obra na sua página Internet, verifica-se uma comunicação da obra ao público?" O reenvio C-279/13 *Cmore* contem essencialmente a mesma pergunta.

⁽²⁰⁹⁾ Parece ter sido afirmativa a resposta no caso *Infopaq*

⁽²¹⁰⁾ Está igualmente pendente o reenvio prejudicial C-348/13 *BestWater* em que se pergunta: "Pode a inserção, numa página Internet própria, de uma obra de um terceiro (...) ser considerada uma comunicação ao público (...) mesmo que a obra do terceiro em causa não seja desse modo comunicada a um público novo e a comunicação não seja feita empregando um modo técnico específico diferente do da comunicação de origem?"

direito de reprodução ou, sobretudo, comunicação ao público, ainda é muito debatida.

O direito de reprodução é violado quando uma parte da obra, que por si só é capaz de gozar de protecção jusautorais, é reproduzida. Isto é um ponto importante, por exemplo quando se discute *remix* e *sampling*⁽²¹¹⁾.

ii) *Direito de comunicação ao público*

Com base no estabelecido nos tratados WIPO de 1996, o art. 3.º da directiva InfoSoc estabelece o (um) direito de comunicação ao público, definido como “o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”⁽²¹²⁾. Assim, a comunicação ao público de uma obra, seja um programa de televisão⁽²¹³⁾ uma música ou uma pintura poderá constituir uma violação de direitos de autor. De igual forma, a colocação de obras para *download* num *site* ou a utilização de redes *p2p* integra o conceito de comunicação ao público⁽²¹⁴⁾. Trata-se de um direito definido de forma muito ampla,

(211) Para uma análise comparativa tendo em conta jurisprudência norte-americana e alemã, cf. TRACY REILY, ‘Good Fences Make Good Neighboring Rights: The German Federal Supreme Court Rules on the Digital Sampling of Sound Recordings in “Metall auf Metall”’ 13, *Minnesota Journal of Law Science & Technology* (2012), pp. 153 e ss.

(212) Sobre as várias configurações deste direito a nível internacional e europeu, cf. LIGIA GUTIERREZ SETÚBAL, ‘Stirring Up ‘Communication to the Public’ — An Analysis of the (In)Consistencies of the CJEU’s Criteria Mirroring International and European Law’ disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2248690>>, pp. 5 a 36. É ainda necessário ter em conta que, como explicam ALEX FREEMAN & JOEL SMITH, ‘The dental surgery, the hotel bedroom and ‘communication to the public’ [2012] *JiPLP*, p. 641, o TJEU entende que conceito de comunicação ao público consagrado no art. 8.º (2) da directiva do aluguer é compensatório por natureza enquanto que, aquele consagrado no art. 3.º (1) da Directiva InfoSoc é preventivo por natureza, existindo por isso possíveis diferenças.

(213) Sobre o recente (e escandalosamente errado) acórdão do STJ 15/2013, cf. NUNO SOUSA E SILVA, ‘Communication to the public or “freedom to receive”? — A Portuguese bittersweet symphony’ [2014] *JiPLP* (no prelo).

(214) Outra coisa é afirmar a sua ilegalidade, o que só pode ser feito após escrutinar a aplicabilidade de excepções, *máxime* a excepção de cópia privada. Cf. CHRISTOPHE GEIGER, ‘Legal or Illegal? That is the Question! Private Copying and Downloading on the

instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet. Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público tal como definido na directiva não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente⁽²¹⁵⁾.

Definir quando ocorre comunicação ao público é, no entanto, uma operação complexa, como aliás reconhece o TJUE⁽²¹⁶⁾: “Para efeitos da referida apreciação, importa ter em conta vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Consequentemente, há que os aplicar individualmente assim como na sua interacção recíproca, sendo certo que, em diferentes situações concretas, podem estar presentes com uma intensidade muito variável”⁽²¹⁷⁾.

α) A noção de público

É notoriamente difícil distinguir o que é que é o público⁽²¹⁸⁾. Em face da lei norte-americana DANIEL CANTOR pergunta-se: quantas pessoas têm que aparecer num copo-de-água para que a reprodução de música constitua comunicação ao público?⁽²¹⁹⁾. O TJUE definiu público como abrangendo um “número indeterminado de telespectadores potenciais”⁽²²⁰⁾. No fundo, “trata-se de tornar uma obra perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado”⁽²²¹⁾.

Internet’ [2008] IIC, pp. 597 e ss. Encontra-se pendente o reenvio prejudicial C-435/12 *ACI Adam* onde se discute precisamente se a excepção se aplica a cópias feitas de fontes ilegais (como é entendido v.g. na Holanda).

⁽²¹⁵⁾ Considerando 23 da directiva InfoSoc e C-283/10 *Circul Globus București* §41.

⁽²¹⁶⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 79.

⁽²¹⁷⁾ O que parece constituir mais um exemplo de aplicação do método móvel de WILBURG...

⁽²¹⁸⁾ ANSGAR OHLY, ‘Economic rights’, *ob. cit.*, p. 226.

⁽²¹⁹⁾ ‘How Many Guests May Attend a Wedding Reception before ASCAP Shows up — Or, What Are the Limits of the Definition of Perform Publicly under 17 U.S.C. 101’ 27 *Columbia Journal of Law & Arts* (2004), pp. 79 e ss.

⁽²²⁰⁾ C-306/05 *SGAE* §37 e 38. citando os casos C-89/04 *Mediakabel* § 30 (relativo à interpretação da Directiva 89/552/CEE sobre audiovisual) e C-192/04 *Lagardère* § 31 (interpretação da directiva 93/83).

⁽²²¹⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 85.

Simultaneamente esclareceu que público terá que incluir um número significativo de pessoas (o chamado limiar *de minimis*)⁽²²²⁾, excluindo-se “um conjunto de pessoas demasiado pequeno ou mesmo insignificante”⁽²²³⁾. No entanto, na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos⁽²²⁴⁾. Assim, ainda que uma determinada obra nunca seja apreciada simultaneamente por mais do que uma pessoa, pode ocorrer comunicação ao público.

β) O papel incontornável do utilizador

O TJUE parece ter estabelecido uma interpretação finalística de comunicação. Só pode comunicar aquele que quer comunicar. Neste sentido, e reafirmando jurisprudência anterior, esclareceu⁽²²⁵⁾: “Com efeito, o utilizador efectua um acto de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Se esta intervenção não se verificasse, estes clientes, embora se encontrem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, disfrutar da obra difundida.” É claro que não se exige conhecimento por parte do utilizador das subtilidades do direito de autor a fim de se poder afirmar que há uma intenção de comunicar e consciência das consequências da sua acção. Aquilo que é relevante é a intervenção do utilizador no sentido de proporcionar comunicação da obra. Assim, distingue-se o caso dos vizinhos que podem ouvir a música tocada muito alto por um deles, do homem que instale colunas viradas para fora a fim de “dar música às pessoas”. O primeiro não tem intuito de comunicar, mas o segundo já tem⁽²²⁶⁾.

⁽²²²⁾ V.g. C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, § 33 e C-306/05 *SGAE* §38. Para uma análise aprofundada, cf. LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, pp. 47 a 75.

⁽²²³⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 86.

⁽²²⁴⁾ *Ibid.*, § 87.

⁽²²⁵⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §82 e C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, § 31.

⁽²²⁶⁾ LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 44, fala de uma certa predisposição mental para o acto.

χ) A natureza da comunicação

De forma criativa e controversa o TJUE afirma igualmente que “o carácter lucrativo de uma comunicação ao público, na acepção do art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 92/100, não é irrelevante”⁽²²⁷⁾. Mas do que se trata não é a natureza lucrativa da comunicação mas sim da actividade em que esta ocorre⁽²²⁸⁾. O que importa saber é se a comunicação ocorre no contexto da vida privada ou como parte de um negócio (v.g. como música ambiente num restaurante). No primeiro caso é menos provável tratar-se de uma comunicação ao público.

δ) Alguns exemplos jurisprudenciais

Em sede de reenvio prejudicial o TJUE considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel⁽²²⁹⁾ e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes de um hotel⁽²³⁰⁾. Afirmou-o também no caso de radiodifusão (nomeadamente por via televisiva) de obras num *pub*⁽²³¹⁾ e em sites de *streaming*⁽²³²⁾. No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista⁽²³³⁾.

Como vimos, estão pendentes questões relativas a saber se hiperligações e *framing* estão ou não abrangidas pelo direito de comunicação ao público⁽²³⁴⁾. Encontra-se igualmente pendente o caso C-351/12 *Ochrannýsvazautorský pro práva k díluhmudebním, o.s. (OSA)* relativo à disseminação de obras numa estância termal⁽²³⁵⁾.

⁽²²⁷⁾ C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 204 e C-306/05 *SGAE* § 44.

⁽²²⁸⁾ LIGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 75.

⁽²²⁹⁾ C-306/05 *SGAE*.

⁽²³⁰⁾ C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*.

⁽²³¹⁾ C-403/08 e C-429/08 *Murphy*, §204.

⁽²³²⁾ C-607/11 *ITV Catchup*.

⁽²³³⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*.

⁽²³⁴⁾ *Supra* notas 208 e 210.

⁽²³⁵⁾ Neste caso discute-se ainda a possível efeito directo dessa disposição e a legitimidade do monopólio legal das sociedades de gestão colectiva em face do direito europeu da concorrência.

iii) *Direito de distribuição*

Nas palavras de ANSGAR OHLY⁽²³⁶⁾ “o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra”. O art. 4.º define-o como o direito dos autores em relação ao original ou suas respectivas cópias de “autorizar ou proibir qualquer forma de distribuição ao público através de venda ou de qualquer outro meio”. É de realçar que o direito de distribuição só se refere a objectos **físicos**⁽²³⁷⁾.

O TJUE já esclareceu que este direito só se aplica quando esteja em causa uma transferência de propriedade desse objecto físico, não sendo abrangida a mera exibição ou utilização desse objecto (no caso uma cadeira desenhada por Le Corbusier) num espaço comercial⁽²³⁸⁾. No entanto, disse também que tendo em conta que “a distribuição ao público se caracteriza por uma série de operações que vão, pelo menos, da celebração de um contrato de venda à sua execução por meio da entrega a um elemento do público”⁽²³⁹⁾, “um comerciante é responsável por qualquer transacção realizada pelo próprio, ou por sua conta, que dê lugar a uma «distribuição ao público» num Estado-Membro onde os bens distribuídos estão protegidos por direitos de autor. Também lhe pode ser imputada qualquer operação da mesma natureza efectuada por um terceiro, quando tiver especificamente em vista o público do Estado de destino e não pudesse ignorar os actos desse terceiro”⁽²⁴⁰⁾. Encontra-se actualmente pendente um reenvio prejudi-

⁽²³⁶⁾ ‘Economic Rights’, *ob. cit.*, p. 219.

⁽²³⁷⁾ AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, ‘The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights’ in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification...*, *ob. cit.*, p. 120.

⁽²³⁸⁾ C-456/06 *Cassina* § 36 “...apenas correspondem ao conceito de distribuição ao público, por qualquer outro meio diferente da venda, do original ou de uma cópia de uma obra, na acepção do art. 4.º, n.º 1, da Directiva 2001/29, os actos que implicam exclusivamente uma transferência de propriedade desse objecto.” Este acórdão foi duramente criticado v.g. por GERNOT SCHULZE, ‘Die Gebrauchs überlassung von Möbelimitaten — Besprechung zu BGH, *Le Corbusier-Möbel II* [2009] GRUR, pp. 812 e ss.

⁽²³⁹⁾ C-5/11 *Titus Dönner* § 26.

⁽²⁴⁰⁾ *Ibid.*, § 27.

cial, perguntando se o direito de distribuição abrange a publicidade mesmo quando esta não leve à aquisição das cópias⁽²⁴¹⁾.

Apesar do seu âmbito amplo, este direito está sujeito a uma importante exceção: o esgotamento⁽²⁴²⁾. Quando ocorra uma primeira transferência de propriedade (através de venda, doação ou qualquer outra forma) de uma cópia legítima dentro do espaço comunitário, o titular dos direitos de autor já não pode exercer o seu direito de distribuição nessa particular cópia. Esta circunstância permite que existam mercados de bens protegidos por direitos de autor em segunda mão⁽²⁴³⁾. Assim, um disco “não pirateado” / “original” pode ser revendido porque ocorreu esgotamento do direito de distribuição do autor da obra que este incorpora, aquando da primeira venda. Por isso mesmo é particularmente ilustrativa a expressão de ANDRÉ LUCAS, para descrever o direito de distribuição como “uma arma que dispara um único tiro”⁽²⁴⁴⁾.

Recentemente, numa decisão surpreendente, o TJUE afirmou que o esgotamento também se aplica a *software* usado⁽²⁴⁵⁾ pese embora esteja em causa o direito de reprodução (as cópias são obtidas por *download*) e não o direito de distribuição⁽²⁴⁶⁾.

Em matéria de marcas e de patentes foi-se desenvolvendo uma jurisprudência sobre os limites da regra do esgotamento, os chamados direitos residuais ou subsistentes após a colocação no mercado⁽²⁴⁷⁾. Encontra-se actualmente pendente o reenvio C-

⁽²⁴¹⁾ C-516/13 *Dimensione Direct Sales*. Outro reenvio pendente sobre o direito de distribuição no caso de vendas pela internet é o caso C-98/13 *Martin Blomqvist*.

⁽²⁴²⁾ Art. 4.º (2) da Directiva. Já resultava de intervenção jurisprudencial pré-harmonização (C-479/04 *Laserdisken*).

⁽²⁴³⁾ No Estados- Unidos na controversa decisão de 2013 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* O Supremo Tribunal acolheu o esgotamento (*first sale doctrine*) internacional. Assim, nos EUA, o direito de distribuição esgota-se em qualquer cópia legítima em relação à qual tenha havido transferência de propriedade **em qualquer sítio no mundo**.

⁽²⁴⁴⁾ *Droit d'auteur et numérique* (Litec, 1998) § 277.

⁽²⁴⁵⁾ C-128/11 *Used Soft GmbH v Oracle*.

⁽²⁴⁶⁾ Para evitar contradições com o disposto no art. 3.º (3) da directiva InfoSoc tem-se entendido que a decisão só vale no âmbito da *lex specialis* relativa a programas de computador.

⁽²⁴⁷⁾ Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial* (Coimbra Editora, 2011), pp. 343 e ss. (com referências adicionais).

-419/13 *Art & All posters International*, onde se procura saber como se conjugará a regra do esgotamento em matéria de direitos de autor com o exercício de direitos morais; no fundo, saber em que medida é que o esgotamento continua a operar quando haja alteração da obra⁽²⁴⁸⁾.

iv) Outros aspectos

No âmbito de algumas directivas relativas a certo tipo de obras a harmonização foi mais longe⁽²⁴⁹⁾. Por exemplo, o direito de comunicação, exposição ou representação pública, previsto no art. 5.º (d) da Directiva 96/9 relativa a bases de dados inclui a comunicação a pessoas presentes no mesmo local em que esta ocorre. Como vimos, a directiva Infosoc, ao limitar o conceito de comunicação ao público à comunicação de obras “à distância”, excluindo a comunicação entre pessoas presentes no mesmo local (*interpresens*), implica que se distinga, a nível de direito europeu, o conceito de comunicação ao público do direito a controlar a comunicação, exposição ou representação pública. Pese embora, como sublinha ANSGAR OHLY⁽²⁵⁰⁾ a própria directiva Infosoc parecer consagrar algumas excepções que fazem sobretudo sentido em relação à comunicação *interpresens* (*máxime* o art. 5.º (3)(g) relativo à utilização de obras em cerimónias religiosas).

De igual forma, o direito de adaptação (incluindo tradução) não é mencionado na directiva InfoSoc apesar de constar do art. 4.º (1)(b) da Directiva 2009/24 relativa a programas de computador e do art. 5.º (b) da directiva 96/9 relativo a bases de dados. Deve considerar-se que este direito não está harmonizado de forma horizontal⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁴⁸⁾ Para mais detalhes veja-se <<http://eulawradar.com/case-c-41913-art-allposters-international-from-paper-art-poster-to-canvas-picture/>> consultado a 12 de Janeiro de 2014.

⁽²⁴⁹⁾ Na chamada abordagem vertical (por tipo de obra), característica da primeira geração de directivas nesta área.

⁽²⁵⁰⁾ ‘Economic rights’, *ob. cit.*, p. 226.

⁽²⁵¹⁾ BERNT HUGENHOLTZ, *et al.*, *The Recasting Of Copyright And Related Rights For The Knowledge Economy*, Final Report, (2006), <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>, p. 27, nota 109; AGNÈS LUCAS SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 131.

O já mencionado direito de sequência (*droit de suite*) cuja natureza (jurídica e política) é controvertida⁽²⁵²⁾ encontra-se harmonizado⁽²⁵³⁾. Recentemente, o TJUE decidiu que o art. 6.º da directiva 2001/84, referente à titularidade deste direito, não se opunha a que este direito fosse reservado aos herdeiros legais (excluindo os herdeiros testamentários) do autor⁽²⁵⁴⁾.

Visto que o direito de distribuição só se aplica a operações relacionadas com a transferência de propriedade, os direitos de aluguer e de comodato devem ser considerados como direitos autónomos⁽²⁵⁵⁾.

d. Limites e excepções (menção)

Como escreve PIERRE SIRINELLI⁽²⁵⁶⁾: “Examinar as excepções aos direitos de autor e direitos conexos significa, por forma negativa, determinar os contornos da propriedade literária e artística e, indirectamente, definir o seu fundamento e filosofia”. Em bom rigor, para compreender os direitos de autor e sobretudo o seu carácter (mais ou menos) justo é indispensável olhar para os limites e excepções⁽²⁵⁷⁾ determinar aquele conjunto de actos que, apesar de caírem no âmbito de um direito de exclusivo, são admitidos pela ordem jurídica⁽²⁵⁸⁾. Apesar de ser um dos pontos mais relevantes na estrutura de um sistema jusautorais, a intervenção

⁽²⁵²⁾ CORNISH, LLEWELYN & APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (7.th edn, Sweet & Maxwell, 2010), p. 593 e ss.

⁽²⁵³⁾ Vejam-se os comentários e indicações de ANSGAR OHLY, ‘Economic Rights’ *cit.*, pp. 229 a 232.

⁽²⁵⁴⁾ C-518/08 *Salvador Dalí* § 24.

⁽²⁵⁵⁾ AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 122.

⁽²⁵⁶⁾ ‘Exception and Limits to Copyright and Neighboring Rights’ [1999] WCT-WPPT/IMP/1 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf>.

⁽²⁵⁷⁾ Limites e excepções não são exactamente a mesma coisa. Os primeiros referem-se a usos não abrangidos e os segundos a derrogações de uma regra ou princípio. (CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, *ob. cit.*, p. 135). No entanto, aqui são usados de forma equivalente.

⁽²⁵⁸⁾ No considerando 31 da directiva Infosoc pode ler-se: “Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido.”

européia neste domínio é altamente incompleta e sujeita a muitas críticas⁽²⁵⁹⁾.

Tirando a exceção obrigatória, relativa a cópias transitórias necessárias num dado processo tecnológico (art. 5.º (1))⁽²⁶⁰⁾, a directiva InfoSoc lista cinco excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução (art. 5.º (2)) e quinze excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução e de comunicação ao público (art. 5.º (3)), num total de 20⁽²⁶¹⁾. Admite ainda a criação de excepções ou limitações ao direito de distribuição, quando necessárias para garantir a efectividade das mencionadas excepções (art. 5.º (4)). Esclarece-se que a criação de qualquer excepção está sujeita ao chamado “teste dos três passos” (art. 5.º (5))⁽²⁶²⁾.

Algumas das excepções ao direito de reprodução estão dependentes da existência de “uma compensação equitativa”. É assim com o caso da reprografia (5(1)(b), da cópia privada (5(2)(b)) e dos hospitais ou prisões (5(2)(e))⁽²⁶³⁾. Trata-se de um direito remuneratório, de uma taxa (*levy*) estabelecido a favor dos autores⁽²⁶⁴⁾. O TJUE afirmou já, no contexto da cópia privada, que esta “compensação equitativa deve necessariamente ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas

⁽²⁵⁹⁾ Cf. MARIE-CHRISTINE JANSSENS, ‘The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation’ in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE, 2009), pp. 317 e ss.

⁽²⁶⁰⁾ No caso C-302/10 *Infopaq II* o TJUE elaborou esta noção, interpretando a excepção em termos exigentes. Cf. BERNT HUGENHOLTZ, *et al.*, *The Recasting...*, *ob. cit.*, pp. 62 e ss. Encontra-se pendente o caso C-360/13 *Public Relations Consultants* que no fundo pergunta em que medida é que esta excepção se aplica à navegação na internet.

⁽²⁶¹⁾ Esta lista é exaustiva (cf. considerando 32).

⁽²⁶²⁾ Trata-se de um teste de direito internacional que visa garantir que os limites e excepções estabelecidos no direito interno são proporcionais e razoáveis. Estranhamente houve Estados, como Portugal, que transpuseram este teste para o direito interno. Sobre a interpretação deste teste veja-se, em profundidade, MARTIN SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test* (Kluwer Law International, 2004).

⁽²⁶³⁾ Nesta última menciona-se “compensação justa” na versão portuguesa, pese embora as versões inglesa (“fair compensation”), alemã (“gerechtenAusgleich”), francesa (“compensation equitable”), italiana (“equo compenso”) e holandesa (“billijke compensatie”) utilizem sempre a mesma expressão.

⁽²⁶⁴⁾ Sobre este assunto tem havido um considerável debate e decisões jurisprudenciais; veja-se JOOST POORT & JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies’ [2013] JIPITEC, pp. 205 e ss.

pela introdução da excepção de cópia privada”⁽²⁶⁵⁾, sendo que os devedores desta taxa poderão ser as empresas que intervêm na disponibilização desses aparelhos, “Por conseguinte, uma vez que o referido sistema [espanhol] permite aos devedores repercutir o custo da taxa sobre os utilizadores privados e que, assim sendo, estes últimos assumem o encargo da taxa por cópia privada, deve ser considerado conforme com o «justo equilíbrio» a encontrar entre os interesses dos autores e os dos utilizadores de objectos protegidos”⁽²⁶⁶⁾. Existe um acervo considerável de decisões sobre a matéria⁽²⁶⁷⁾.

O Tribunal tem, de um modo geral, afirmado que os limites e excepções devem ser interpretados restritivamente⁽²⁶⁸⁾. Esta abordagem é típica do *droit d’auteur* mas é criticada como retrógrada⁽²⁶⁹⁾.

Excepto no caso de directivas específicas (como a directiva relativa a programas de computador, art. 8.º) e quanto à excepção mencionada no art. 5.º (1), a directiva Infosoc nada dispõe quanto à disponibilidade contratual destas excepções, isto é, se o consumidor pode abdicar destes direitos⁽²⁷⁰⁾. A opção portuguesa é, a meu ver, a melhor: dispõe o art. 75.º (5) CDADC que é nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários dessas excepções.

⁽²⁶⁵⁾ C-467/08, *Padawan*, § 42.

⁽²⁶⁶⁾ *Ibid.*, § 48 e 49.

⁽²⁶⁷⁾ V.g. C-462/09 *Stichting de Thuiskopie*; C-457/11 e C-458/11 *VG Wort* e C-521/11, *Amazon.com*.

⁽²⁶⁸⁾ C-5/08 *Infopaq* § 56-57 e C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 162.

⁽²⁶⁹⁾ Assim, ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *ob. cit.*, p. 302.

⁽²⁷⁰⁾ LUCIE GUIBAULT, ‘Why Cherry-Picking...’, *ob. cit.*, p. 59. Sobre o assunto em profundidade, cf. LUCIE GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts — An analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Kluwer Law International, 2002).

5. Conclusão

Haveria mais aspectos a considerar em matéria do que se encontra já harmonizado. Não abordamos aqui os direitos conexos, as medidas de protecção tecnológicas e vários aspectos detalhados das directivas e jurisprudência. No entanto, procurei realçar os aspectos que me parecem mais relevantes no sistema que se vai formando de direito de autor europeu, “uma criança favorita na Europa”⁽²⁷¹⁾.

Apesar do grande avanço harmonizador, com reais repercussões, as diferenças entre os sistemas nacionais de direitos de autor continuam marcadas e contenciosas. É que, como explica magistralmente ANDREAS RAHMATIAN⁽²⁷²⁾ o que diferencia os países de *droit d’auteur* dos países de *copyright* é o lugar que o ser humano ocupa como criador: central para os primeiros, incidental para os segundos. Isto leva a que muitas vezes, se extraia da letra da lei uma interpretação culturalmente própria, logo divergente⁽²⁷³⁾. O TJUE tem tido um papel primacial na interpretação e aproximação das leis, minorando esta circunstância. A discussão quanto a um título unitário de direitos de autor ganhou fulgor, embora haja ainda muitos obstáculos a ultrapassar. Há porém uma inabalável certeza: este ramo do direito está em franca evolução, expansão e agitação, de tal forma que, ao escrever estas linhas, sei que em breve estarão desactualizadas...

Vila Nova de Gaia, Janeiro de 2014

⁽²⁷¹⁾ RETO HILTY, ‘Intellectual Property and the...’, *ob. cit.*, p. 760.

⁽²⁷²⁾ Originality in Uk..., *ob. cit.*, p. 17.

⁽²⁷³⁾ *Ibid.*, p. 22.