

A PROTECÇÃO JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR (*)

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

CAPÍTULO I NOÇÕES BÁSICAS

1. *A influência da evolução técnica*

Todo o Direito de Autor representa a projecção na realidade jurídica da evolução dos meios técnicos.

Enquanto a técnica se manteve numa fase rudimentar não se esboçou sequer a categoria do «direito de autor». As obras literárias e artísticas não eram susceptíveis de uma tutela autónoma, diversa da do *corpus mechanicum* em que estivessem incorporadas.

Com a invenção da imprensa surge a possibilidade de fácil multiplicação dos exemplares de uma obra. E só então se coloca o problema de uma tutela do criador intelectual.

Após consagrado o direito de autor, o avanço da sociedade industrial provocou incessantes revisões jurídicas neste domínio.

(*) Este trabalho baseia-se na conferência pronunciada pelo autor na Ordem dos Advogados em 16 de Junho de 1988, integrada no ciclo sobre Informática e Direito.

E pretensões paralelas, como as dos artistas intérpretes e executantes, trazem também em si a marca desta contingência histórica: surgiram quando os meios técnicos permitiram que a prestação do artista ultrapassasse o círculo dos presentes a uma eventual interpretação. Então, os normais contratos de prestação de serviços tornaram-se insuficientes (1).

Nos últimos tempos, a evolução técnica acelerou-se ainda. Particularmente a radiodifusão por satélites de comunicação directa, a informática e a reprografia vieram perturbar os esquemas assentes e exigir novos tipos de protecção. Como também é próprio deste ramo do direito, o debate internacional precedeu a legislação interna. Só agora vão surgindo nalguns países as primeiras intervenções nesta matéria.

2. *Problemática suscitada pelo computador*

O computador suscita numerosos problemas no domínio do Direito Intelectual.

O primeiro respeita desde logo à própria estrutura da máquina — o que é correntemente designado por *hardware*. Na medida em que resulte de invenção, é protegido nos termos da Propriedade Industrial, através da outorga de patentes de invenção. É um domínio que, de momento, não tem para nós interesse.

O funcionamento do computador pode levar à criação de obras musicais, por exemplo. Há que indagar então se estas se podem incluir entre as obras intelectuais que são tuteladas pelo Direito de Autor. O problema é complexo, exigindo o estabelecimento de numerosas distinções. Interessa particularmente a hipótese de o computador alcançar um grau de indeterminação tal que escape a todo o controlo ou previsão do programador. Neste caso, é de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana,

(1) Sobre esta matéria, cfr. o nosso *Direito Autoral*, Rio de Janeiro, 1980, n.ºs 1 e 2.

e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal de autor. Assim como não há direito de autor sobre obra da natureza ⁽¹⁾, também não há direito de autor sobre obra de máquina.

Por outro lado, o computador utiliza frequentemente obras literárias e artísticas preexistentes; e essas obras podem ser armazenadas na memória do computador para utilização posterior. Pergunta-se por isso se a entrada do material no computador está já por si sujeita a autorização do titular do direito de autor, ou só está a saída desse material — portanto, a resposta do computador que englobe obra literária ou artística. Pretendeu-se que o seria a entrada, com a alegação de que esta representaria uma reprodução para efeitos do Direito Autoral. Parece-nos uma posição forçada. A reprodução significa a multiplicação dos exemplares duma obra. Já a gravação ou fixação de qualquer obra tem um estatuto próprio, que dificilmente satisfará a tutela que se pretende. Não nos parece que a entrada da obra no computador preencha necessariamente estes requisitos. Mas é um ponto que não podemos agora aprofundar.

Enfim, temos os problemas suscitados pelo próprio programa do computador, que são os que nos ocuparão em exclusivo daqui por diante.

3. *Programa de computador: caracterização*

Há que fixar antes de mais o que entender por programa de computador.

Os programas são normalmente designados como sendo as instruções para a máquina. É necessário desde logo evitar uma ambiguidade linguística, não confundindo tais instruções para o computador com as instruções para o usuário. Quando se compra uma máquina, esta vem normalmente acompanhada de um Manual de Instruções sobre o uso da máquina. Mas não é isto o que se entende por programa de computador.

(1) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, n.º 9/II; Ulmer, «La notion d'oeuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne», em *Le Droit d'auteur* (Genebra), 82, n.º 4 (Abril de 1969), n.º 79.

O programa de computador tem de ser apresentado à máquina por forma «legível» por esta. Implica, portanto, normalmente, uma certa materialização, uma vez que se utiliza um meio físico. Mas também aqui o programa não pode ser confundido com o *corpus mechanicum* em que foi incorporado. O programa não está preso a uma apresentação física determinada, guardando a sua identidade para além das corporizações várias que pode revestir.

Vemos assim que o programa se situa entre as coisas incorpóreas. Não depende de uma estrutura física determinada, é um bem cuja objectividade ultrapassa concretizações históricas. Portanto, cai na categoria dos «bens intelectuais». E consequentemente, é em abstracto susceptível de tutela por alguma ou algumas das categorias de direitos intelectuais.

A OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), ocupando-se da matéria, elaborou logo em 1977 orientações gerais; e procedeu-as de definições que são úteis para a nossa tarefa de fixação de conceitos.

Assim, o *software* foi repartido em três categorias definidas da seguinte maneira:

- a) «Programa de Computador» é o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina, de fazer com que uma máquina, que disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado;
- b) «Descrição de Programa» é uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquemas ou de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa de computador correspondente;
- c) «Material de Apoio» é qualquer material, para além do programa de computador e da descrição do programa, preparado para ajudar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como por exemplo as descrições de programas e as instruções para usuários.

Esta distinção é esclarecedora, permitindo isolar melhor o programa de computador, que é realmente o nosso objectivo.

4. *Algoritmo e programa*

Mas é necessária ainda outra distinção, que é também fundamental.

Todos os especialistas distinguem o «algoritmo» do programa de computador.

O algoritmo será a ideia ou solução lógica ou matemática que está na base daquele procedimento. Não está ainda concretizada em instruções à máquina, que permitam a esta obter o resultado desejado, mas representa a fonte das soluções adoptadas. Para melhor compreensão, o algoritmo pode ser concebido como ideia, e o programa como a expressão ou concretização da ideia. Não será de todo verdadeiro, mas é o que basta para a análise jurídica.

Insistem os autores em que não há uma correspondência unívoca entre o algoritmo e o programa de computador. O desenvolvimento de um programa a partir de um algoritmo é fruto da imaginação e da lógica individuais. Mesmo em programas muito simples, as coincidências serão excepcionais; em programas mais complexos, não são de admitir. Portanto, mesmo deixando de fora o algoritmo, ainda encontramos no programa a obra pessoal, cuja criatividade a tornaria idónea para a protecção pelo Direito Intelectual.

Voltaremos adiante ao tema, tendo então oportunidade de verificar a importância da distinção.

5. *Linguagem de computador*

A computação implica necessariamente uma linguagem. Mas distinguem ainda os especialistas entre:

- pseudolinguagem;
- linguagem de alto nível;
- linguagem de baixo nível.

O algoritmo é expresso em pseudolinguagem. Por mais que o autor sintetize o seu pensamento, que use símbolos ou abreviações, a linguagem do algoritmo não tem por definição a apre-

sentação compacta e invariável da instrução à máquina. Tem de ser assim, porque o algoritmo não é ainda um programa, como vimos.

Realiza-se seguidamente, a partir do algoritmo, a elaboração do programa. Este terá de ser expresso necessariamente em linguagem que a máquina «entenda».

Mas a linguagem que faz mover a máquina é somente a linguagem de máquina, ou linguagem de baixo nível.

O computador atinge a sua complexidade através do maior despojamento possível da linguagem. A linguagem do computador assenta unicamente no sinal electrónico, baseado na tecnologia dos semi-condutores.

A combinação dos sinais permite chegar a dois símbolos — *1* e *0* — representando *1* presença do sinal, e *0* a ausência desse sinal.

A linguagem do computador é assim uma linguagem binária, em que os únicos elementos perceptíveis pela máquina são o *1* e o *0*. Na máquina correspondem a sinal electrónico ou omissão de sinal.

Todas as combinações possíveis exprimir-se-ão, portanto, sempre sob a forma de uma seriação de *1* e *0*. Num programa complexo, essa seriação será longuíssima: ocupará volumes inteiros.

Não é praticável o trabalho humano com base numa linguagem assim primária. Pelo que o itinerário do programador é inverso. Não começa por elaborar o programa em linguagem de baixo nível. Começa por elaborá-lo, a partir do algoritmo, em linguagem de alto nível, e essa é depois transposta para linguagem de baixo nível para aplicar à máquina.

Para isso, fazem-se as correspondências entre séries ou conjuntos de sinais e letras ou números que os sintetizam. O programador trabalha sobre estas, por serem muito mais sintéticas e perceptíveis; e só no final, quando o programa está completo, o transpõe para a máquina.

A esta linguagem da programação se chama a linguagem de alto nível. Não há porém uma única linguagem de alto nível, mas várias. Recebem nomes como Pascal, Fortran e assim por diante. O seu carácter mais sintético não impede aliás a extrema extensão dos programas mais complexos.

A estes programas se chama ainda o código-fonte. Transpostos em linguagem de máquina, passam a designar-se código-objecto. A transposição pode ser feita pelo homem. Hoje, porém, fá-lo o próprio computador. Para isso utilizam-se outros programas, que executam a transposição (ou tradução?) do código-fonte no código-objecto.

CAPÍTULO II

O PROGRAMA E OS RAMOS DO DIREITO INTELECTUAL

6. *Programa e computador*

O meio técnico trouxe o interesse económico. E os interesses envolvidos são de âmbito gigantesco. Um programa representa hoje um investimento de tal modo considerável que os custos do *software* ultrapassaram os do *hardware*. Calcula-se que aqueles representem 65 a 75% dos gastos gerais de qualquer processamento.

A actividade da programação tornou-se assim uma indústria florescente, que se autonomizou da relativa à estruturação da própria máquina. Há hoje grandes empresas exclusivamente dedicadas à produção de programas que são vendidos em todo o mundo.

Um programa de computação não funciona em toda e qualquer máquina. Mas também não está dependente de uma única marca, só servindo para ela. Pode ser utilizado em máquinas cuja estrutura fundamental de funcionamento seja idêntica. Estas máquinas dizem-se então compatíveis. Poderíamos falar desta maneira na constituição da famílias de computadores.

Este facto potencia o âmbito de aplicação dos programas. E, conseqüentemente, reforça os movimentos tendentes a conseguir a tutela em relação a apropriações indevidas.

7. *Ramos do Direito Intelectual abstractamente aplicáveis*

A protecção do programa de computador só se poderá fazer através do Direito Intelectual. Este caracteriza-se por estabelecer a disciplina das coisas incorpóreas, que representam o objecto dos direitos que concede; ou, para usar uma expressão menos comprometida, o objecto da tutela.

Coisas incorpóreas são aqueles que se não revelam aos sentidos. São objectivas, como toda a coisa, porque não dependem de uma subjectividade, uma vez criadas; mas a sua realidade é meramente social. São captáveis através de valorações humanas, que se podem basear em elementos do mundo sensível, mas se não limitam a esses elementos (1).

O Direito Intelectual abrange o Direito de Autor e os Direitos Conexos; a Propriedade Industrial; e ainda vários sectores que se desenvolvem incessantemente e reclamam protecção porque fundados na criação e utilização de coisas incorpóreas.

O programa de computador é um bem incorpóreo, como vimos atrás. A sua objectividade não sofre dúvida, por não ficar dependente da pessoa do seu criador; é uma realidade objectiva, desfrutável por si.

Só o Direito Intelectual o poderia tutelar. O programa tem criação, função e regime independentes da própria máquina, como sabemos. Por outro lado, os programas não são atingidos também pela propriedade dos objectos em que porventura se incorporarem, como *diskettes* ou cartões perfurados que se destinem a ser introduzidos no computador.

Mas nos quadros do Direito Intelectual esta protecção ainda se poderia fazer a cinco títulos, em abstracto:

- pela propriedade das ideias;
- pelas patentes de invenção;
- pela concorrência desleal;
- por uma autónoma categoria de direitos intelectuais a acrescer às actuais;
- por um direito de autor.

(1) Cfr. o nosso *Direito Civil-Reais*, 4.ª edição, Coimbra, 1984, n.º 21.

Há pois que examinar cada uma destas qualificações abstractamente possíveis, para verificar se alguma delas é utilizável no direito português.

Poderíamos referir ainda outras figuras. Por exemplo, a protecção do *segredo industrial*, que tem sido autonomizada noutros países. Mas como não acontece assim entre nós, preferimos não lhe dedicar um lugar autónomo.

8. *Propriedade das ideias*

A ideia pode em abstracto ser qualificada como coisa incorpórea. Uma vez expressa, é mais uma realidade objectiva no seio da sociedade. Imagina-se por isso que o seu criador reclame tutela contra a utilização por outros.

O problema tem sido desenvolvido particularmente a propósito das ideias ou descobertas científicas. O sábio, que operou a descoberta revolucionária, não é protegido através de patente de invenção: esta refere-se a processos ou a produtos, não a teorias.

Por isso tem sido reclamada a sua protecção. A União Soviética, nomeadamente, desenvolveu uma campanha pela adopção internacional de um esquema mínimo de tutela, diverso da conferida pelo direito de autor. E podia-se pensar que o programa de computador, e em particular o algoritmo, encontrasse deste modo a sua tutela específica.

Mas semelhante via seria illusória. Porque iria chocar contra um princípio básico da cultura ocidental, que é o princípio da liberdade das ideias.

A ideia, uma vez expressa, é património comum da humanidade. Forma o tecido cultural a que qualquer um pode irrestritamente recorrer ⁽¹⁾. É inimaginável por isso uma propriedade ou exclusividade das ideias, que restringisse de qualquer modo a sua utilização.

Por isso, mesmo aquelas iniciativas internacionais levaram apenas a um tratado (Genebra, 1978) em que se define desco-

(1) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, n.º 9.

berta científica e se cria um registo internacional, como sistema central de informação (1).

Não será pois por esta via que o programa de computador alcançará a sua tutela. E isto é bem sentido pelos propugnadores desta tutela. São eles os primeiros a insistir que a ideia básica, o algoritmo, é livre; só a sua corporificação num programa mereceria protecção.

Vamos então tomar este dado como adquirido. Não está em causa a ideia inicial — que já vimos que se exprime em pseudolinguagem. Está em causa o próprio programa de computador, expresso no código-fonte ou no código-objecto. Isto nos ocupará exclusivamente de ora em diante.

Observamos apenas que, na medida em que a pseudolinguagem não é ideia, mas expressão da ideia, coloca-se necessariamente também o problema da protecção desta. Veremos adiante quais as implicações desta afirmação.

9. *Patente de invenção*

Aparentemente, o programa de computador poderia ser protegido através da patente de invenção. Como estrutura dirigida à obtenção de resultados finais, poderia ser enquadrado pelas patentes de processo, que hoje representam a grande maioria das patentes.

De facto, foi esta a primeira via a ser tentada nos vários países.

As exigências de originalidade e de novidade seriam satisfeitas pelo criador do programa, desde que este não fosse óbvio. Teria de dar a conhecer o seu programa, como condição de protecção, mas em contrapartida gozaria do exclusivo no prazo estabelecido na lei.

(1) Cfr. o nosso *Direito Comercial* (lições), II, *Direito Industrial*, Lisboa, 1988, n.º 59/II. Mas note-se que se não marcou propriamente a prioridade da descoberta, mas somente a data da comunicação pública.

Não obstante, a tendência foi a de chegar a uma recusa da protecção (1).

É que há outro requisito para a patenteabilidade da invenção, que é a «realidade» ou «utilidade industrial» desta (2). Mas o programa de computador não é o próprio processo produtivo. Mesmo quando o programa se destina a um processo produtivo, é a máquina quem realiza esse processo produtivo. O programa mais não representará que as instruções à máquina para ela realizar o processo produtivo. Por outro lado, muitos programas de computador escapam a toda a ideia de aplicação industrial — um programa para arquivamento de dados jurisprudenciais, por exemplo.

Por tudo isto, a tendência negativista prevaleceu. A Convenção da Patente Europeia, de 1973, excluiu expressamente os programas de computador do seu âmbito. Do mesmo modo procedeu a lei alemã de 1976 (3).

Também a legislação sobre patentes é pois inidónea para sede legal da tutela do programa de computador (4).

10. *Concorrência desleal*

Também se poderia pensar na tutela do programa de computador nos quadros da concorrência desleal. Incluímos este instituto entre as formas de tutela dos direitos intelectuais, não porque neguemos a aplicação do instituto mesmo quando não está em causa nenhum direito privativo, mas porque historicamente tem sido flagrante a relação entre ele e a tutela dos direitos intelectuais.

(1) Para os E.U.A., cfr. *Harvard Law Review*, «Copyright protection of computer program object code», no vol. 96, 1723-1744.

(2) Cfr. o nosso *Direito Industrial* cit., n.º 66/III.

(3) Certa revivescência que se nota nos E.U.A. (cf. «The legal protections of computer software», em *Communications of the ACM*, Maio de 1984, vol. 27, n.º 50), não parece suficiente para inverter esta tendência.

(4) Hipótese diferente, e que não abordamos, é a de o programa ser acessório duma invenção para que se reclama tutela.

Ora bem, a empresa que se apodera de programa de computador de criação de outra empresa, que o reproduz, que o incorpora na memória interna de um computador, e assim por diante, está praticando actos que em abstracto são qualificáveis como de concorrência desleal.

Devemos então abalançar-nos à análise do difícil conceito de concorrência desleal, vencendo os problemas práticos que suscita ⁽¹⁾, para concluir afinal se os programas de computador são ou não tuteláveis por ela?

Supomos que não se justifica esta pesquisa. Porque de toda a maneira o instituto seria insuficiente para a solução do problema que nos ocupa.

A concorrência desleal, se excluirmos justamente as extensões provocadas pela necessidade de tutelar bens actualmente protegidos pela propriedade industrial, centra-se na tutela em relação aos actos desleais dum concorrente.

Mas a necessidade de protecção dos programas de computador ultrapassa muito o domínio da concorrência. Visa a protecção do criador contra os actos de utilização não autorizada, provenham ou não dum concorrente. Por outro lado, o carácter repressivo do instituto prescinde da atribuição ao criador de uma titularidade sobre o programa. Mas a atribuição de direitos representa o cerne do problema que se pretende resolver a propósito do programa de computador.

Eis por que a concorrência desleal nos não interessará em especial. Só funcionará como instituto de recurso, sempre que não encontrarmos meio de tutela directa do programa de computador. Mas não nos dispensa de verificar se, na ordem jurídica portuguesa, existe ou não esse meio de tutela directa.

11. *Novo tipo de direito intelectual*

Por que não sustentar então que a criação do programa de computador importa a atribuição de um novo direito intelectual?

(1) Cfr. o nosso *Direito Industrial* cit., n.º 12 a 19.

Não precisaríamos de procurar a integração da figura nos quadros do direito de autor ou do direito industrial. A novidade do bem incorpóreo corresponderia à autonomia do modo de protecção.

Esse é um caminho que tem sido trilhado na ordem internacional. As citadas «orientações gerais» da OMPI de 1977 e 1983 não integraram esta tutela em nenhum dos domínios conhecidos; limitaram-se a indicar aos países-membros normas que estes poderiam adoptar, para assegurar um princípio de protecção do programa de computador. Estas propostas estão sendo objecto de análise em vários países.

Mas não poderá sustentar-se já a existência em Portugal de um novo direito intelectual — o direito resultante da criação de um programa de computador, fundado justamente na especialidade do objecto?

Não, não pode. E não pode, dado o princípio da tipicidade taxativa dos direitos intelectuais.

Os bens encontram-se tendencialmente num regime de liberdade. A evolução técnica que assinalámos provocou no último século, no que a Portugal respeita, a gradual e progressiva delimitação de direitos intelectuais. Foram-se assim constituindo zonas de exclusivo, em detrimento da livre utilização por todos.

Mas o princípio continua a ser o da liberdade (1). A ampliação só se pode fazer com extrema cautela, porque o seu preço é muito elevado. Todo o novo direito intelectual representa um golpe a mais na fluidez do convívio social. É por isso preciso que se funde em razões em extremo ponderosas.

Só o legislador é juiz dessas razões. Por isso, só a lei pode criar estes direitos. Não havia protecção em termos de direito de autor antes da lei sobre propriedade literária de 1851. Não havia protecção dos artistas antes do actual Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (C.D.A.D.C.). Também não há nenhum direito autónomo do programador enquanto não surgir lei que o estabeleça.

(1) Cfr. sobre a matéria o nosso «Une innovation de la loi brésilienne: le droit de stade», na *Revue de l'UER* (Genebra), XXXII, Março de 1981, p. 55 e seguintes.

É possível que o legislador venha a proceder assim. Mas só nos ocupa o direito vigente. Nos quadros deste, devemos limitar-nos a reconhecer que semelhante direito ainda não foi instituído.

Pelo que temos de retornar às categorias consagradas na lei portuguesa para perguntar se nelas tem guardada a tutela do programa de computador.

12. *Direito de Autor*

Resta-nos, portanto, o direito de autor.

Há que indagar se o programa de computador origina, já à face da lei actual, um direito de autor.

Este direito tem por objecto a tutela das obras literárias e artísticas. Referiam-se ainda, além destas, as obras científicas, mas a categoria foi eliminada com a consideração de que as obras do domínio científico são na sua expressão obras literárias e artísticas (1).

As obras intelectuais são caracterizadas como as criações intelectuais... de qualquer modo exteriorizadas (art. 1). De facto, há na obra, a que o direito de autor se refere, o momento essencial da exteriorização. Não é a ideia que se tutela, é a exteriorização da ideia.

Sustentámos até que, em lugar de criações intelectuais, de qualquer modo exteriorizadas, se deveria falar na exteriorização duma criação do espírito (2). Porque esta criação nos dá, ao que pensamos, o ponto de partida do Direito de Autor. Este protege as formas, ou exteriorizações de criações intelectuais.

O problema consiste assim em verificar se o programa de computador pode da mesma maneira ser concebido como forma ou expressão de uma ideia.

Um grande passo foi já dado neste sentido. Atrás distinguimos a ideia ou algoritmo e o programa em si. A protecção do

(1) Neste sentido, embora ambigualmente, cfr. o art. 1 do C.D.A.D.C.

(2) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, n.º 10.

programa de computador deixa assim intocada a ideia, que se torna património cultural comum.

Mesmo assim, haverá que fixar com toda a precisão o que se entende por obra intelectual, ou obra literária e artística.

À matéria, pela sua importância, dedicaremos o capítulo seguinte.

CAPÍTULO III

A OBRA TUTELADA PELO DIREITO DE AUTOR

13. *O sentido da enumeração legal*

É necessariamente central nesta análise o art. 1.º C.D.A.D.C.. Declaram-se obras «as criações intelectuais... por qualquer modo exteriorizadas». Segue-se uma longa lista de obras protegidas (art. 2.º).

Mas essa lista é expressamente apresentada como exemplificativa («nomeadamente»). Portanto, o intérprete não está limitado, em suas conclusões, à tipificação legal. Pode livremente reconhecer outras obras, além das mencionadas, por elas representarem da mesma forma «criações intelectuais... por qualquer modo exteriorizadas».

Poderá ser essa a posição a adoptar em relação aos programas de computador. Pode o intérprete concluir que os programas de computador devem adicionar-se ao elenco do art. 2.º. É uma hipótese, à partida. Mas também pode, pelo contrário, concluir que esses programas estão já incluídos nalguma das previsões do art. 2.º. Em abstracto, não há obstáculo a qualquer destes caminhos. O decisivo será sempre a admissibilidade da subsunção do programa de computador ao conceito de obra literária ou artística.

Por outro lado, há que ter presente que os arts. 1.º e 2.º se assemelham a dispositivos que, com pequenas variações, se repetem nas leis de todo o mundo. E o paradigma destas é o art. 2.º da Convenção de Berna, na sua forma derradeira, dada pelo Acto de Paris de 1971, que Portugal ratificou.

Dispõe este: «Os termos ‘obras literárias e artísticas’ compreendem todas as criações do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como...». Não obstante a referência a obra literária e artística, em vez de obra intelectual, já atrás assinalada, há um evidente paralelismo entre a fórmula internacional e a lei portuguesa. Este paralelismo, na conformação das semelhanças e na análise das diferenças, será tido em conta na pesquisa subsequente.

14. *A liberdade das ideias*

Acentuamos de novo que a ideia em si não é protegida. Já o vimos atrás, particularmente quando acentuámos a protecção das descobertas científicas em termos de Direito Intelectual ⁽¹⁾. Mas cabe agora generalizar a todas as categorias de criações intelectuais.

Suponhamos que Nicolau Breyner conta uma anedota na televisão. Há uma obra literária verbalmente expressa; mas a ideia em si é livre. Por isso, qualquer um pode contar de novo a anedota. Desde que o faça por palavras suas, o direito de autor não é atingido.

Um arquitecto lança uma escola arquitectónica revolucionária, inspirada no Portugal dos Pequeninos. A obra em que a incorporou não pode ser reproduzida, está protegida como obra arquitectónica. Mas a solução arquitectónica em si tornou-se património comum, e cada um a poderá utilizar para outros fins, desde que se não limite a cópia servil.

A. Toynbee descobre uma lei fundamental da História. O livro em que a expõe é uma obra literária; mas a lei pode ser ensinada em compêndios escolares, utilizada em trabalhos doutros pesquisadores, modificada livremente por estes. É ideia, e como tal é livre.

Vimos já a importância destas conclusões no domínio dos programas de computadores. A nova composição, a ideia-base

⁽¹⁾ *Supra*, n.º 8.

do programa, não é protegida. Inspirando-se nela outros programadores poderão desenvolver os seus próprios programas. Todos acentuam que esta actividade é livre (1).

15. *A criatividade*

A ideia, ou a criação do espírito, pode ser de qualquer modo exteriorizada, ensina-nos o art. 1.º

Cria-se assim o problema do meio de expressão. E aqui há também numerosas observações a fazer.

Nesta expressão deve haver criatividade. O art. 1.º é categórico neste sentido. Por isso podemos dizer que a obra literária e artística deve ser uma criação intelectual personalizada. Não só se afastam os fenómenos naturais, por mais que despertem a nossa sensibilidade estética, como tudo aquilo que resulta do espírito colectivo, não se encontrando uma personalidade criadora na sua origem. Por isso, o «folclore» nunca logrou, não obstante a pressão de muitos países, protecção em termos de direito de autor.

Mais ainda: a forma não pode ser uma expressão servil da realidade.

A lei sentiu o problema a propósito da obra fotográfica. O art. 164.º protege esta obra, desde que, pela escolha do seu objecto e pelas condições da sua execução, possa ser considerada criação artística pessoal do seu autor. Portanto, uma mera reprodução da realidade, ainda que actuada por meios humanos, não é obra artística.

Já noutro lugar exprimimos este pensamento, observando que, se alguém deixa uma câmara de filmar funcionando automaticamente, como as câmaras em circuito interno para fins de segu-

(1) Uma aplicação muito curiosa fez-se a propósito de computadores fabricados na Formosa que reproduziam as funções de computadores de conhecidas marcas ocidentais. Chegou-se à conclusão que as memórias internas escritas de novo para realizar exactamente as mesmas funções que conhecidas marcas de computadores não representavam violação: *Mimicry is not theft*, no *Guardian* de 18.IX.86.

rança em lugar público, por maior que seja o interesse das imagens captadas, não há obra intelectual, e não se poderá nunca falar em protecção nos termos do direito de autor.

Não é outro o sentido do art. 7/1/a C.D.A.D.C., ao excluir da tutela «as notícias do dia e os relatos de acontecimentos diversos com carácter de simples informações de qualquer modo divulgados». A submissão da expressão ao próprio objecto impede que se encontre criação intelectual, e portanto obra literária ou artística.

No domínio dos programas de computador, diremos que estes não recebem protecção, de qualquer modo, quando a sua criatividade for mínima; quando se situarem praticamente a nível do óbvio. É claro que não teria sentido dar uma tutela especial àquilo que representa a mera aplicação de noções que são património comum.

Por isso, se o programa de computador representar a mera expressão duma ideia fundamental, ou algoritmo, não pode ser tutelado.

Afirma-se que raramente se passa assim. A mesma ideia fundamental é desenvolvida por cada programador de maneira diferente. Há um grau de indeterminação muito grande, há muitas opções a realizar.

Mesmo assim, põe-se a hipótese das coincidências fortuitas na criação. Poderá dizer-se que sempre surgem estes encontros, embora raramente. Em tese geral, tendemos porém para a rejeição desta possibilidade (1). A coincidência só se pode verificar em domínio de grande banalidade. Mas a banalidade não é tutelada pelo Direito de Autor. Só ocorrerão em casos de programas muito simples, em que o programa representante uma consequência imediata da ideia. Mas justamente nesses casos, como acabamos de observar, não há obra literária ou artística, por não haver criatividade na forma de expressão.

(1) Cfr. as nossas lições de *Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1989/90 (em curso de publicação).

16. *Modalidades de obras*

Estamos falando em formas de expressão.

Que modalidades destas se encontram?

Não é fácil reduzir estas formas a um quadro coerente.

O art. 2.º limita-se a uma enumeração pragmática, sem preocupação científica. O critério de individualização das várias figuras é também variável.

A expressão é necessariamente sensível. A ideia é considerada por si, independentemente de sua manifestação, mas a expressão tem de se revelar. E toda a comunicação, em termos humanos, se faz através dos sentidos.

Pode a captação pelos sentidos ser ainda directa ou indirecta. Em certos casos, a expressão das ideias é directamente captável. Noutros, só o poderá ser por meio de instrumentos, que descodificam uma mensagem. Mas, por natureza, directa ou indirectamente, a expressão dirige-se a ser captada pelos sentidos humanos.

Isto permite-nos fazer três classificações distintas das obras intelectuais:

- consoante a modalidade de expressão;
- consoante o veículo de comunicação que utilizam.
- consoante o tipo de apreensão que possibilitam;

Daqui por diante, não nos interessarão os problemas de veiculação das obras intelectuais, nem a distinção segundo o tipo de apreensão. Esta última classificação acentua o carácter sensível da expressão (1).

17. *Classificação segundo a forma ou modo de expressão*

Situamo-nos agora perante a classificação decisiva, que é aquela que se baseia na forma ou modalidade de expressão.

(1) Cfr. H. Hubmann, *Urheber — und Verlagsrecht*, 6.ª ed., C. H. Beck, Munique, 1987, § 5/III. Não é todavia muito útil porque não atende à expressão em si. Mistura por exemplo obras de significado muito diverso, como a literária e a pictórica, por ambas se dirigirem à vista.

Segundo este critério, diremos que as obras intelectuais podem ser de expressão:

- linguística;
- musical;
- plástica;
- cinética.

É uma tentativa de classificação, na qual supomos abranger todas as obras até hoje mencionadas, com uma especificação maior que a que resulta da divisão das obras em literárias e artísticas.

A 1.^a categoria é a das obras que se exprimem através da linguagem. Podem ser orais e escritas.

As obras musicais formam uma categoria bem definida.

Obra plástica é toda aquela em que é decisiva e forma exterior em sentido estrito, portanto uma posição espacial fixa dos seus elementos (a duas ou três dimensões). A maior parte das obras enumeradas no art. 2.^a são assim obras plásticas, desde a fotografia aos modelos industriais.

As obras «cinéticas» podem ser de expressão corpórea, como a pantomima e a dança.

Também o cinema tornou possível a aparição de novas obras, fundadas na captação de imagens em movimento. Por isso agrupamo-las falando de obras cinéticas, que englobariam também as obras audiovisuais.

Apesar de esta classificação representar razoavelmente a realidade, pode haver obras mistas. O caso é particularmente visível nas obras cinematográficas, que podem incorporar todas as restantes categorias de obras.

Veremos se o programa de computador poderá ter uma expressão que o integre nalguma destas categorias.

18. *O carácter estético*

Tem-se posto o problema da exigência de carácter estético para a qualificação da obra tutelável pelo Direito de Autor. Autores tão significativos como Troller o exigem.

A exigência do carácter estético terá representado um ponto de partida deste ramo de direito. Por isso se falava em propriedade e em obra literária e artística: os qualificativos implicavam o carácter estético. Assim fazia o Código Civil. Mas a autonomização da obra científica tornou patente que a exigência era exagerada, pois a obra científica não é seguramente caracterizada pela valia estética. Pelo que, logo no início, haveria que distinguir de entre as obras tuteladas as que tinham e as que não tinham carácter estético.

O novo Código deu um passo em frente. Passou a falar de obras, simplesmente, em vez de obras literárias e artísticas. Assim, a sugestão de exigência de carácter estético resultante da fórmula utilizada deixou de se fundar na lei.

Mais ainda: copiando a lei francesa, na sólida tradição dos pequenos e médios intelectuais que fazem leis em Portugal, determina-se agora no art. 2.º que se abrangem as criações intelectuais, qualquer que seja o *mérito*.

Não obstante, surgiram na lei referências esporádicas ao carácter estético. E pode por isso continuar a suscitar-se o problema da exigência desta característica para a tutela da obra.

Mas não é assim. Hoje em dia não há uma exigência genérica do valor artístico, nem mesmo nas obras plásticas. Todas as referências legais têm uma justificação particular.

Assim, o art. 2/1/i engloba as «obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* que constituam criação artística...» A previsão é, afinal, demonstrativa dessa asserção. O valor artístico entra aí, excepcionalmente, como critério de repartição das obras que caem apenas na propriedade industrial, e das que podem reclamar protecção a título de direito de autor.

Outra excepção é representada pela fotografia. Como vimos, a lei reclama, como requisito da protecção, que esta, «pela escolha de seu objecto ou pelas condições da sua execução possa considerar-se criação artística pessoal do seu autor». Aqui a lei quis afastar o banal, a cópia servil da realidade, em que falta o requisito da criatividade. Impôs então o carácter artístico. Mas fora disso a valia estética não é reclamada.

Há por isso uma ambiguidade na qualificação das obras tuteladas como obras literárias e artísticas. O actual legislador busca a coerência e fala apenas em obras. Com isso incorre noutra ambiguidade. «Obras», e mesmo «obras intelectuais», vão abranger ainda obras tuteladas por outros ramos do Direito, em especial a Propriedade Industrial. Mas ela é bastante significativa da intenção extensiva que orientou o direito português. Ele quer abranger a exteriorização de qualquer criação do espírito, mesmo que não tenha carácter estético (1).

O problema de carácter estético tem todavia significado residual, como em domínios que pertencem realmente às belas-artes. Na realidade, para dizer se uma obra é musical, ou se pertence à pintura, nunca podemos evitar uma apreciação de carácter estético. Essa «referência» da obra a determinada arte é todavia independente de qualquer valoração subjectiva.

Para além disso, fica o problema geral do mérito, que não é afastado pela mera referência do art. 2/1, até porque há um mínimo de valoração que está implícito na própria referência ao carácter criativo.

Não aprofundamos mais este problema, que considerámos já noutro lugar (2) e é indiferente para a pesquisa que de momento nos ocupa.

19. *A exclusão dos programas para a acção*

Outro problema muito relevante respeita à susceptibilidade de tutela pelo Direito de Autor de esquemas ou programas para a acção.

Já abordámos o problema do nosso *Direito Autoral*, nos seguintes termos:

«Também a obra não é uma ideia de acção. Um plano de estratégia militar não é a obra que nos interessa. O pro-

(1) Cf. neste sentido Ulmer e Kolle, «A Protecção de Programa de Computador pelo Direito de Autor», em IIC, vol. 14, n.º 2, 1983, div. III.

(2) Cf. o nosso *Direito Autoral* cit., n.º 16/II e III.

blema tem sido muito discutido a propósito de esquemas publicitários, de guiões para concursos de televisão, etc. Aqui a ideia comandaria uma determinada execução que se visaria proibir. Mas esta protecção, ou cabe em qualquer dos quadros de propriedade industrial, ou não existe. A ideia em si, quer seja ou não reitora de actividade humana de execução, não é objecto de protecção em termos de direito de autor» (1).

No mesmo sentido, relata Brugi a pretensão de tutela sustentada pelo autor de um projecto de reforma legislativa que foi convertido em lei. A tutela foi recusada, e Brugi aplaude: «Falar de uma propriedade das ideias é talvez o maior absurdo que jamais tenha sido pronunciado» (2).

De facto, enquanto estivesse em causa o esquema em si, cairíamos de novo no problema da tutelabilidade das ideias (3).

O problema suscitado por um sistema de publicidade é referido e analisado por Hermano Duval (4).

(1) *Direito Autoral* cit., n.º 9/IV. Cfr. também H. Desbois, *Le droit d'auteur*, 3.ª ed., Dalloz, Paris, 1978, n.º 20 bis.

(2) B. Brugi, *Lecita appropriazione d'idee altrui e diritti di autore*, na *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II, 122.

(3) Também J. B. Hammes, depois de citar a observação de Ulmer, de que não se protege o método de trabalho, retoma ele próprio a afirmação: «Um método em si não é protegido, por não se tratar de obra» (*Elementos Básicos do Direito de Autor Brasileiro*, São Leopoldo, 1975, 14). Tem depois uma causuística interessante. Menciona ainda a problemática suscitada pelo computador, nomeadamente pela protecção dos programas deste, e apresenta longa bibliografia sobre o tema (ob. cit., 30).

(4) Cfr. *Obra Protegível*, no *Reportório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, 35, n.º 5. A 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo considerou obra protegida a Agenda Pombo, que contém obras do domínio comum, como o calendário, a tabela Price, o sistema métrico, pesos e medidas, correspondências entre moedas, juros e informações geográficas, etc. Baseou-se porém em que «a lei não protege unicamente a originalidade consistente na invenção ou criação de qualquer obra literária ou artística, mas também a originalidade que se consubstancia na forma pela qual o autor apresenta o trabalho de compilação» (Acórdão de 28.11.61, na RF, vol. 178). Não há nenhuma incompatibilidade com o princípio de que se não protegem os esquemas para a acção.

Do exposto resulta que pode haver dificuldade de qualificação de casos concretos; mas isto não tira firmeza à orientação de que as meras ideias ou planos de acção não são protegidos pelo Direito de Autor.

20. *Obra e realização*

As dificuldades adensam-se porém quando se pergunta se as obras literárias ou artísticas não podem representar simultaneamente ideias ou esquemas de acção; ou, visto por outro prisma, se os esquemas de acção podem ser simultaneamente obras literárias ou artísticas.

Vamos reflectir sobre as previsões de obras intelectuais constantes da própria lei.

Seguramente, uma obra literária pode conter em si um esquema para a acção. Um sermão revela-nos o caminho da santidade, uma brochura de publicidade contém uma receita de cozinha, um livro policial ensina-nos a maneira de cometer um crime perfeito...

Mas em todos os casos a disciplina, em termos de Direito de Autor, é segura. Sobre a obra literária recai um direito de autor; sobre o esquema de acção, não. Ninguém pode reproduzir aquele texto; todos podem praticar as acções nele explicadas sem receio da violação de direito de autor alheio.

Assim, quem publicar um Curso de Ginástica não poderá reagir se souber que o seu método foi adoptado em programas de televisão; mas poderá proibir a leitura das páginas do livro. O direito de autor recai afinal sobre o texto; o processo nele explicado é livre, se não couber noutro ramo do Direito Intelectual.

Mas há mais do que isso. Pode perguntar-se qual o estatuto de certas criações, que por natureza se dirigem à realização final de uma obra.

Poderíamos pensar que entrariam nesta categoria a partitura musical, pois a sua finalidade é a execução; a obra pantomímica cuja execução tenha sido fixada por escrito; a própria obra dramática, pois se destina a ser representada.

Mas não é assim. Temos de distinguir a obra e a sua execução.

A obra, nestes casos, está completa. A obra é o próprio conteúdo ideal, que não se altera se for desempenhada milhares de vezes, uma vez só, ou vez nenhuma. O Hamlet é uma obra literária, tão independente de eventual interpretação como qualquer obra teatral que nunca tenha sido levada à cena.

Nestes casos, pois, temos obras vocacionadas para serem actualizadas através da interpretação ou execução; mas são obras completas, e não meros estádios no caminho da obra final, pois a interpretação não é por si uma obra.

Casos há, porém em que podemos e devemos perguntar se não defrontamos obras que são apenas etapas no caminho da obra final.

21. *A protecção de projectos e esboços, quando relativos a obras plásticas*

É particularmente importante o art. 2/1/1 C.D.A.D.C., que considera obras os «projectos, esboços e obras plásticas, respeitadas à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências».

Aqui o problema torna-se mais complexo. Está em causa o próprio conceito de obra de arte plástica. É necessário saber se esta consiste na simples ideia informadora ou forma, ou se exige uma concretização material. No primeiro caso, a obra de arte plástica, ou alguma modalidade destas, ainda poderia exprimir-se através de meros «escritos»; no segundo ganharia autonomia em relação a estes.

Vamos evitar entrar a fundo neste problema já que, por ser relativo apenas às obras de arte plástica, não é essencial para os nossos fins. Limitamo-nos a observar o que é indiscutível: os próprios projectos e esboços de obras plásticas são já protegidos como sendo, eles próprios, obras intelectuais, por força do art. 2/1/1. É uma conclusão pacífica: «projectos para obras das artes plásticas são já considerados... obras. Isto corresponde ao princípio geral do Direito de Autor, de que a primeira expressão é logo

protegida» (1). Esta observação é o ponto de partida para importantes desenvolvimentos.

Primeiro, devemos perguntar se podemos generalizar: se todas as vezes que estiver em causa um esquema preparatório de uma obra literária ou artística, já devemos considerar existente e tutelada a própria obra protegida.

Assim, o esquema do romance deve já ser tutelado como romance?

O roteiro ou guião de um filme merece a protecção de obra cinematográfica?

A resposta, nestes dois casos, deve ser negativa. Não há romance, nem obra cinematográfica. Haverá quando muito uma obra literária diferente, mas não a obra definitiva a que se destinem.

E não é difícil explicar por que deparamos aqui um regime diferente da obra de arte plástica.

É que só se pode falar de uma determinada obra quando o seu modo de expressão característico estiver no mundo.

Mas não é o que acontece com o roteiro para um filme. Este, necessariamente, não representa uma obra cinematográfica, porque não tem a forma de expressão cinética, que a esta é essencial.

No que respeita ao esboço de uma obra literária o problema é diferente, pois o esboço tem expressão linguística também. Mas não é já o romance, porque este depende de elementos formais que não estão ainda reunidos, e poderão até nunca vir a estar.

Só não será assim quando o esboço for de tal maneira desenvolvido que se possa considerar a primeira versão da obra. É aplicável então a regra de que as sucessivas edições de uma obra, posto que alteradas ou aumentadas, não implicam a atribuição de novos direitos de autor.

Por tudo isto, podemos concluir que só para as obras plásticas vigora o princípio de que os projectos e esboços podem representar já, eles próprios, obras protegidas.

(1) H. Hubmann, ob. cit., § 1513.

22. *Nunca há protecção do projecto ou esboço cuja realização definitiva não for protegida*

Façamos agora a observação de certo modo recíproca desta.

O art. 2/1/1 aplica-se unicamente a obras plásticas que, podendo passar por um projecto ou esboço, se destinem a ser concretizadas numa realização (a três dimensões) definitiva.

Mas poderá ser o projecto protegido por si, sem que a obra definitiva o seja?

Recordemos que a al. 1 se aplica a projectos e esboços concernentes à arquitectura, urbanismo, geografia e outras ciências.

Ora bem: na arquitectura e no urbanismo são identificáveis o projecto, o esboço e a obra definitiva.

O mesmo acontecerá na obra plástica concernente à ciência. Uma reprodução a três dimensões do coração, com simulação da corrente sanguínea, pode passar pela fase de projecto, pelo esboço e pela realização definitiva.

Mas isso já é mais dificilmente concebível nas obras concernentes à geografia e a outras ciências.

No que respeita à primeira, pode-se supor que estejam em causa representações a três dimensões, como globos; uma vez que os meros desenhos parecem antes compreendidos na al. j, que refere as «cartas geográficas».

Isto poderia levar a afirmar-se que o Direito Autoral protege esquemas de acção, enquanto criações do espírito que encontraram a sua expressão; muito embora não dê, sobre a actuação assim esquematizada, nenhum exclusivo.

Mas não cremos na realidade que seja assim.

Começamos por observar que a lei portuguesa, ao contrário doutras leis, não refere projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à engenharia e à topografia.

Isto indicia que o mero esquema para a acção nunca é, como tal, protegido com um direito de autor.

Por outro lado, a obra de arquitectura é já prevista na al. g. Se a al. 1 refere os projectos, esboços e obras plásticas referentes à arquitectura, estes têm de apresentar algo diferente da obra de arquitectura em si.

Pensamos que a al. / pressupõe nestes elementos uma valia estética que permita a protecção por si. Não são tutelados como manifestação de uma obra de arquitectura nem como esquema para a acção, mas como uma nova obra, que por eventual valia estética mereça tutela por si.

Isto nos permite concluir que, em todos os casos, o esquema para a acção não é tutelado por si, mas apenas a obra literária ou artística que casualmente o incorpore.

Para além disso, não são protegidas as formas que traduzam a comunicação obrigatória dum esquema para a acção. Mas este aspecto, já atrás enunciado, será melhor retomado no final.

23. *Projecto e notação*

Com isto estamos chegando ao final relativamente ao estatuto do projecto, ou do esquema para a acção, no Direito de Autor.

Em si, podemos dizer categoricamente que ele nunca é protegido. Nunca é tutelado como projecto.

No que respeita à sua expressão, distingamos consoante ela é:

- plástica
- linguística

Pelo menos são as hipóteses que se apresentam com interesse prático.

Se é por si obra plástica, é tutelado. Se naquela realização concorrem todos os elementos da obra artística, no sentido do Direito de Autor, essa qualidade não lhe é retirada pelo facto de, cumulativamente, representar o projecto duma obra definitiva. Tem sentido invocar o art. 2.º / 1 C.D.A.D.C., que no seu prómio determina que a tutela da obra é independente do seu objectivo.

E se a expressão é linguística? Que dizer então das instruções aos usuários que acompanham as máquinas? Que dizer das chaves de sistemas de contabilidade? Poderão ser então livremente reproduzidos por qualquer um? Mas então porque se previram as instruções que são plasticamente expressas, e não as restantes?

Há que distinguir de novo consoante essa expressão linguística é dada por:

- explicação
- notação

Se é dada por explicação, como no caso das instruções aos usuários, a tutela não apresenta dificuldades uma vez que dispensámos já o carácter estético.

Assim, e concretizando uma vez mais: o inventor de um jogo não se pode opor a que esse jogo seja realizado num salão, mas pode opor-se a que a sua explicação seja utilizada sem sua autorização. Esta representará uma obra literária, pelo que deve ser tutelada qualquer que seja o seu mérito ou destino. Mas, se o mesmo jogo foi descrito por outrem num texto próprio, há criação intelectual deste último — no que à expressão respeita — e o inventor do jogo já nada poderá reclamar.

Pode também a expressão revestir a forma que chamaremos de «notação». Quer dizer, usam-se símbolos para exprimir, por linguagem sintética, uma realidade que não é linguística. A notação é tanto mais perfeita quanto mais corresponder à expressão rigorosa da realidade que se descreve.

A notação é, também ela, linguagem. Tem uma expressão linguística. Pelo que haverá que saber se representa uma obra literária por si.

Mas com isto chegamos já à problemática específica do programa de computador. Da pesquisa anterior recolheu-se a demonstração de que o processo em si está sempre fora do Direito de Autor. Resta verificar se a notação que o exprime pode ou não ser considerada uma obra literária.

CAPÍTULO IV

O PROGRAMA DE COMPUTADOR É OBRA LITERÁRIA?

24. *O limite do óbvio*

A exposição anterior teve de ser longa, e o percurso apresentou-se erichado de dificuldades. Os seus frutos vão-se porém

revelar agora, pois aplanam o caminho para o enquadramento do programa de computador no sistema dos bens jurídicos.

Na origem de toda a obra ou programa de computação, encontramos a ideia fundamental ou algoritmo, para nos adaptarmos quanto possível à maneira de ver comum nesta matéria.

O algoritmo, como ideia, não é protegido. Tivemos ocasião de referir atrás este lugar-comum dos autores que tratam a matéria, e não pretendemos agora alterar a colocação normal do tema. Entra portanto no reino da liberdade das ideias, e qualquer um poderá tomá-lo como base para um trabalho posterior. É o que os autores exprimem quando dizem que os próprios conceitos em que se baseia o programa de computador não são objecto de tutela.

Como sabemos, o algoritmo é expresso em pseudolinguagem. Esta poderá ser já uma corruptela da linguagem corrente, mas não é ainda a linguagem técnica da computação, e muito menos uma linguagem susceptível de ser «entendida» pelo computador.

A linguagem de computação só surge quando o algoritmo é transposto para um programa de computador.

O programa de computador não é porém o mero desenvolvimento lógico dos conceitos que formam o algoritmo. Também este aspecto já ficou atrás examinado. A criação do programa de computador é uma tarefa de imaginação, inteligência e persistência pela qual se determinam os meios adequados à obtenção daquele objectivo fundamental. Aí, a variabilidade instala-se de novo, e haverá programas, bons e maus, impecáveis e deficientes, simples e complicados. Por isso é tão importante a figura do programador.

Quando assim não acontecer, não haverá possibilidade de tutela. É o que se passa nos programas muito simples, em que o resultado está ao alcance de todos. Temos aí o limite do óbvio. O Direito de Autor protege criações intelectuais, mas não aquilo que é óbvio.

O problema é geral, e não específico da matéria da computação. Quem criou o slogan «você merece o melhor», ainda que prove que ele não fora anteriormente utilizado, não pode reclamar protecção, porque se limita a uma combinação primária dos elementos preexistentes. Exactamente o mesmo se passa em matéria de programas de computador. Um programa banal não pode gozar

de protecção. Só onde houver criatividade, por se ter obtido uma resposta que não estava implícita nos dados preexistentes, pode haver tutela em termos de Direito de Autor.

25. *O programa como expressão linguística*

Um programa é por natureza um esquema para a acção. Ele irá permitir um procedimento, do qual se obterão resultados.

Mas um programa exige antes de mais uma notação.

De facto, o programa tem de ser fixado, como fase preparatória da sua execução.

E essa notação é sempre possível, qualquer que seja a maneira como foi realizada. Assim acontece noutros tipos de obras: há a notação de obras pantomímicas, a notação de obras musicais, a notação de obras das artes plásticas...

A notação de um programa de computador faz-se por meio de linguagem. A chamada linguagem de computação é verdadeiramente uma linguagem: o sentido amplo em que este termo é hoje uniformemente utilizado não permite pô-lo em dúvida.

Já sabemos que nessa linguagem de computação devemos ainda distinguir uma linguagem de alto nível, que é uma linguagem intermédia entre o algoritmo e a linguagem da máquina, e uma linguagem de baixo nível, que é aquela directamente perceptível pela máquina. E que esta distinção preside à separação entre código-fonte e código-objecto. Mas em todos os casos defrontamos uma linguagem.

Isto nos permite afirmar sem nenhuma sombra de dúvida que o programa de computador é uma criação que tem uma expressão, e que essa expressão é linguística.

Sendo assim, há que indagar se o programa de computador se inclui entre as obras intelectuais de expressão linguística, nos termos da lei dos direitos autorais, ou se há alguma razão que nos leve a excluí-lo desse âmbito.

26. *Primeira aproximação do direito de autor*

À primeira vista, o programa de computador reúne todas as condições para ser considerado obra literária, ou obra de expressão linguística.

A ausência de carácter estético não implica nenhum óbice, uma vez que tivemos já ocasião de verificar que semelhante característica não é em geral requisito de protecção em termos de Direito de Autor.

A dificuldade residirá no facto de o programa de computador ser uma técnica para a acção, que não visa sequer a uma obra intelectual final. Da execução do programa de computador derivará um resultado, que não é uma obra literária ou artística.

Poderá mesmo assim o programa ser protegido?

O obstáculo só será ultrapassável desde que distingamos a protecção do programa do exclusivo na execução deste.

Da execução falaremos posteriormente. Quanto à protecção da expressão linguística do programa, ela realiza-se nos termos gerais da protecção de qualquer notação.

Vimos já que a notação pode ser literária, plástica, etc.

E vimos mais: a expressão dos esquemas de acção é protegível por si, ainda quando esse esquema não represente uma fase intermediária na realização de uma obra intelectual. É particularmente importante tudo o que respeita aos projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura. Estes são considerados obras intelectuais e protegidos, muito embora nesse caso se exija o carácter estético.

Também o será o programa de computador?

Neste, repetimos, encontramos as condições exteriores de protecção, em que se não inclui o carácter estético.

Temos a expressão mediante notação, que representa uma linguagem. O facto de essa linguagem não ser compreendida pela generalidade das pessoas, não inquina a sua consideração como tal, pois isso não prejudica o seu significado objectivo.

E a protecção da linguagem não depende de seu carácter estético, nem da sua destinação. Pouco importa que vise ou não a produção de ulteriores obras intelectuais: o direito de autor pro-

tege a expressão em si, e não resultados práticos que ela possa ou não produzir.

Mas a notação pode ser objecto de direito de autor?

Vamos seguir a seguinte linha de análise:

1) A supor que o programa de computador possa ser concebido como obra literária, que tipo de aplicação podem ter já actualmente as disposições sobre Direito de Autor?

2) Mas o programa de computador poderá verdadeiramente ser considerado uma obra literária?

Vamos pois começar por supor que o programa de computador é uma obra literária, como tal tutelada por lei.

27. *A irrelevância da tutela por outro ramo do Direito Intelectual*

A tutela pelo Direito de Autor não seria prejudicada ainda que o programa de computador fosse eventualmente tutelado por um qualquer outro ramo de direito intelectual.

Passámos estes em revista no início de nosso trabalho. Vamos supor pois agora que um programa de computador é, em concreto, objecto de protecção do Direito Industrial, de concorrência desleal, de qualquer outro sector do Direito Intelectual.

Este facto não inquina a protecção em termos de Direito de Autor. Este é auto-suficiente. Desde que uma obra passe os seus umbrais é sempre protegida, mereça ou não protecção ainda através de outros ramos do Direito.

É muito elucidativo o que resulta do art. 2/1/i C.D.A.D.C., relativo às obras de arte aplicada. Estas obras, dada a sua destinação industrial, recebem protecção nos termos do direito industrial.

Poderia então pensar-se que o Direito de Autor, as excluiria da sua protecção, uma vez que são já tuteladas por outra via.

Não é assim. O citado dispositivo expressamente as inclui e não abre nenhuma excepção pelo facto de poderem ser protegidas pela propriedade industrial. Toda a preocupação do dispositivo é a de assegurar que as referidas obras tenham condições de figurar no elenco das obras literárias ou artísticas. Por isso abre uma ressalva à protecção: «que constituam criação artística».

Exigiu pois a lei o carácter artístico do objecto. Já vimos que a lei é livre de o exigir ou não: assim faz também em relação à obra fotográfica no art. 164.º. Se nada disser, o carácter artístico não é exigível como condição de protecção.

Do art. 2/1/i resulta em todo o caso que a tutela do Direito de Autor é independente da que eventualmente for prestada por outro ramo do Direito Intelectual. A conclusão é válida para qualquer obra, nomeadamente para os programas de computador. O Direito de Autor a si mesmo se concebe paradigmático. Não é pois a hipótese de um programa ser tutelável em concreto por outras regras de Direito Intelectual, que afasta a tutela em termos de Direito de Autor (¹).

28. *A atribuição do direito ao programa*

A determinação do titular do programa de computador não traz dificuldades insuperáveis.

Pode-se ter em vista o caso de o programa ser elaborado, sob a égide duma empresa, por um grupo de funcionários. Pode-se dizer que nesse caso não tem sentido a afirmação de um direito individual, com o aspecto ético que lhe é constitutivo, quando o trabalho de criação é a bem dizer anónimo.

Mas também esta objecção não seria decisiva.

A criação do programa de computador não se faz em condições diferentes da das restantes obras intelectuais.

E nestas, devemos distinguir a obra individual, a obra de colaboração e a obra colectiva.

A obra individual constitui o paradigma da obra intelectual.

Mas também no domínio da criação intelectual poderá haver a associação de esforços de várias pessoas. Temos então a obra de colaboração. A situação é de co-autoria (²).

(¹) Já porém a delimitação mais precisa de tutela em termos de Direito de Autor e de Direito Industrial exigiria desenvolvimentos a que não poderemos abalancar-nos aqui.

(²) Para maiores desenvolvimentos, e nomeadamente para a distinção da obra de colaboração e da conexão de obras, cfr. o nosso *Direito Autoral*, n.ºs 41 e 42.

Enfim, temos a obra colectiva, quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome (arts. 16/1/b e 19/1 C.D.A.D.C.). Assim uma enciclopédia de uma editora representa uma obra colectiva.

Todas estas situações se verificam no domínio dos programas de computador.

O pesquisador isolado faz jus ao direito sem competidores.

Os vários colaboradores na criação do programa conjugam os seus direitos como o farão, por exemplo, os arquitectos que em conjunto conceberam um grande edifício.

A empresa que organiza a criação de um programa e o difunde em seu nome é titular do direito a esse programa, como obra colectiva.

Nada há na criação de programas de computador que leve a um afastamento das regras gerais da criação intelectual. Há uma muito maior incidência quantitativa da criação realizada através de empresa, mas não nos surgem fenómenos qualificativamente diferentes.

Por outro lado, também aqui surge a figura da «obra de encomenda». Uma empresa pode encomendar a um gabinete de informática um programa para ocorrer às suas necessidades. Teremos então as situações dos arts. 14.º e 15.º C.D.A.D.C.. Mas tudo se passaria nos termos aplicáveis a toda e qualquer obra literária ou artística.

Até aqui afastámos obstáculos prévios à consideração do programa de computador como obra literária.

Mas outras possíveis aplicações não produzem já resultados tão lisonjeiros.

Assim acontece no que respeita a uma tutela da *execução* e da *tradução* do programa.

29. *Execução da obra e realização do programa*

Todo o programa é um esquema para acção. Aspira pois à sua execução.

Qual o estatuto jurídico dessa execução? Entrará ela no domínio do Direito Intelectual?

Com efeito, sabemos já que a realização do programa, em si, não representa uma obra intelectual. Não necessitará todavia de ser autorizada? Não haverá um paralelismo com a obra musical, por exemplo, cuja execução deve ser autorizada pelo titular do direito de autor?

A noção de execução surge frequentemente em matéria de Direito de Autor: veja-se o art. 151.º C.D.A.D.C., por exemplo. Mas é referida particularmente à obra musical: vejam-se os arts. 121.º e seguintes. É nesta linha que se fala dos artistas intérpretes *ou executantes*: art. 176.º

Analisando esta matéria, chegámos à conclusão de que «a execução pressupõe a mediação de instrumentos. O seu domínio está no relativo à obra musical e com esta se esgota: só há que falar em execução, 'execução musical' é um pleonismo» (1). Aproximámos porém esta matéria da representação, porque o regime de ambas é análogo.

Teremos pois aqui a confirmação de que a execução do programa de computador deve ser autorizada pelo titular destes? Mas então haveria que rever aquela noção de execução, pois aqui não se trata de execução musical. Por outro lado, esta afirmação poria em crise tudo o que dissemos sobre a tutela em termos do Direito de Autor, que se refere à expressão, não à actividade em si.

Na realidade, o que está em causa é o carácter ambíguo da palavra «execução».

Para o Direito de Autor, a execução é uma modalidade da comunicação da obra ao público. Esta é referida nos arts. 121.º e seguintes do C.D.A.D.C., que expressamente a qualifica como uma forma de utilização da obra intelectual. Mas a acção que esteja descrita na obra literária não fica sujeita à autorização do titular do direito de autor. A sua prática não implica utilização da obra. Quem executa a partida constante do manual de xadrez não está utilizando a obra literária em que aquela se contém. Não precisa pois de autorização do autor.

É o que se passa no caso de programa de computador. A realização deste não implica utilização de obra intelectual, no

(1) Nosso *Direito Autoral* cit., n.º 111/III/2.

sentido autoralístico técnico. Por isso é verdadeiro quanto se disse sobre o princípio da liberdade na realização da actividade programada.

Para fugir à ambiguidade, não falaremos em execução do programa. Esta é livre, não está sujeita a autorização do titular do direito de autor, mesmo que o programa de computador fosse obra literária.

30. *A «tradução» ou conversão em linguagem diferente*

Da afirmação de que o programa de computador seria obra literária poderia extrair-se a ilação de que o titular não estaria em condições de evitar que se contornasse o seu modo de expressão. Assim, um programa expresso em COBOL poderia ser transposto para FORTRAN e então reproduzido livremente, por a exteriorização ser já diferente?

Dir-se-á que não. Semelhante transposição seria, em termos de Direito de Autor, uma tradução. A tradução é sempre a transformação, que leva a substituir a expressão numa linguagem por outra linguagem. Se a formulação do programa é linguagem, ela é susceptível de tradução. Ora a tradução é obra equiparada a original (art. 3.º C.D.A.D.C.) e tem de ser previamente autorizada pelo titular da obra original.

Assim se chegaria à conclusão de que, se o programa não pode ser livremente utilizado na sua versão original, também o não poderia ser graças ao expediente da tradução para linguagem diferente. E isto quer se desse a transposição para outra linguagem de alto nível, quer para linguagem de baixo nível.

Mas na realidade não é assim. Toda a tradução é também, ela própria, uma criação intelectual. Mas estas transposições para linguagem diferente são fatais, não deixando nenhum espaço de indeterminação ao agente. Tanto que essas transposições são hoje realizadas por computador, através de programas adequados. A transposição é obra de máquina. Mas a obra de máquina não é por natureza obra literária, pois esta só pode ser obra humana. Logo, não há nada que se pode designar *tradução*, no sentido do Direito de Autor, há apenas uma transposição mecânica de notações em que está ausente toda a criação literária.

31. *A reprodução*

Chegar-se-á a melhores resultados no que respeita à faculdade de reprodução do programa?

Desde logo, não há que confundir a realização do programa e a reprodução da obra. A liberdade de realização não abrange a reprodução da obra.

Nem mesmo no domínio do Direito de Autor se confundem execução e reprodução. A execução é comunicação da obra ao público, como dissemos, enquanto que a reprodução está ligada à materialização ou encarnação da obra, e supõe sempre a criação de novos exemplares desta. Por isso, a execução é prevista no art. 66/2/*b*, enquanto que a reprodução é prevista nas als. *c*) e *i*) do mesmo número (¹).

A reprodução é faculdade que é a base do *copyright* anglo-americano. Consagra-a a Convenção de Berna desde a versão de Estocolmo de 1967 (art. 9.º).

No domínio que nos interessa, o do programa de computador, a reprodução é uma das mais importantes faculdades que pode ser assegurada ao autor. Para se tornar conhecido, o programa tem de ser reproduzido. O Direito de Autor vedaria que essa reprodução fosse realizada sem consentimento de autor. Isso bastaria para obstar às formas mais flagrantes de apropriação de programas alheios.

A liberdade de realização do programa não justificaria qualquer forma de reprodução de programa alheio. Uma coisa é poder chegar aos resultados que o programa proporciona, outra é reproduzir o programa em si, como condição para colocar à venda ou outra forma de desfrute. Não há maneira de extrair daquela liberdade uma ilimitação desta actividade.

(¹) Esta distinção sai obscurecida quando Ulmer/Koller, ob. cit., 115, dizem que «a corrida do programa, como a forma central de exploração para a qual todo o programa é projectado, constitui uma reprodução». Na realidade, poderá haver execução, no sentido impróprio acima assinalado, mas nunca reprodução, ligada como está esta à elaboração de exemplares.

O direito de reprodução sofreria as restrições trazidas por lei, e nomeadamente as constantes dos arts. 75.º e seguintes C.D.A.D.C.. Fora disto, estaria solidamente atribuído ao autor.

A grande importância desta observação residiria no facto de a reprodução representar a forma específica de violação do direito de autor do programa. Poder-se-ia então dizer que se o programa fosse obra literária, o titular ficaria garantido pelo poder de impedir a reprodução não autorizada.

32. *Memória interna do computador e reprodução*

Com efeito, o programa não é necessariamente exterior à máquina.

Certos programas básicos, que concretizam funções que mais frequentemente devem ser desempenhadas pelo computador, são armazenados na própria máquina, ficando permanentemente integrados nesta.

Fala-se por isso na «memória interna» do computador, onde estes programas são gravados. Em inglês fala-se na ROM, como abreviatura de *Read Only Memory*. Com isto se significa que a instrução gravada na ROM não pode ser deslocada pelo utente, tornando-o assim como parte componente do computador.

Como é claro, há limites para o que pode ser armazenado na memória do computador. Deverá estar lá incluído tudo o que é essencial, e só o que for essencial para o trabalho básico deste. A maneira como o computador estiver programado para vencer estas tarefas básicas torna-se assim um elemento fundamental para a valia da própria máquina.

A propósito da memória interna, recorre-se de duas maneiras ao conceito de reprodução.

Por um lado, a própria memória interna pode ser imitada. Nomeadamente, o fabricante de outras máquinas pode ser tentado a aproveitar-se do trabalho realizada anteriormente e equipá-las com uma memória interna que foi pura e simplesmente decalcada do aparelho dum competidor.

Semelhante prática implicaria uma reprodução.

Os programas em causa estavam materializados naquela gravação. A cópia significa a criação de novos exemplares sem autorização do autor.

Pouco interessa ainda que aquela gravação não pudesse ser retirada, que não seja captável directamente pelos sentidos e circunstâncias semelhantes. Na memória interna há claramente o continente, que é a gravação, e o conteúdo, que é a coisa incorpórea. Então, toda a cópia da memória interna significaria uma reprodução.

Por outro prisma, o direito de reprodução abrangeria ainda a faculdade de oposição a que terceiros introduzissem o programa na memória dum computador (1).

Temos porém muitas dúvidas que semelhante pretensão seja aceitável. Para além doutras razões, é difícil encontrar aqui a multiplicação que caracteriza a reprodução.

Nos termos da lei portuguesa haveria antes que falar numa gravação ou fixação do programa, como o fez o art. 68.º/d C.D.A.D.C.. Haveria assim que investigar se a consideração do programa como obra literária permitiria ao titular proibir a terceiros a introdução do programa na memória dum computador. De todo o modo, esta matéria já nada teria que ver com o direito de reprodução.

33. *Carácter indirecto e incompleto da tutela*

Mesmo que concluíssemos que o programa encontraria já tutela a nível de direito de autor, pelo menos no que respeita a certas utilizações, há que reconhecer que semelhante tutela seria indirecta e incompleta.

Seria indirecta, porque se não protegeria o programa de computador em si, mas a fórmula pela qual se exprime. O que signi-

(1) Assim o entendem autores, como Ulmer e Koller, ob. cit., cap. VII, e Frank Gotzen, «Le droit d'auteur face à l'ordinateur», en *Le droit d'auteur*, Janeiro de 1977, 18.

fica que todo o aproveitamento do programa que evitasse a utilização da fórmula não chocaria as regras do direito de autor.

E é incompleta, porque, ainda que o direito de autor cobrisse esta matéria, formas de tradução e reprodução continuariam a ser lícitas.

O apelo ao direito de reprodução atingiria naturalmente os actos de concorrência, como os que descrevemos. Estaria abrangido tudo o que respeita ao equipamento dum computador com programas que sejam a reprodução de programas dum concorrente. O que não é muito significativo, porque essa actividade seria atingida pela repressão da concorrência desleal.

Qualquer que seja o tipo de apresentação, o programa tem de ser «legível» pela máquina. Tem de haver um visor ou sensor que, perante uma determinada instrução, comanda impulsos à máquina. Os «bits», resultantes da passagem de corrente eléctrica, ou da sua ausência (1), conjugam-se em «bytes» e destes resulta a instrução à máquina.

Os programas podem ser apresentados por qualquer modo. Podem ser introduzidos exteriormente por fitas magnéticas, «diskettes», cartões perfurados, microfichas... Em qualquer caso, têm de ser «legíveis» pela máquina, que desencadeia as operações.

A multiplicação de exemplares é facilmente conceituável como reprodução. Mas nem sempre encontramos multiplicação de exemplares. Em inúmeros casos, hoje muito significativos, a utilização do programa faz-se pelo utilizador individual, empresa ou pessoa física, para as suas necessidades.

Mas aí, tem de se contar com os limites que o direito de reprodução defronta perante a utilização individual. E esses limites surgem fundamentalmente em dois casos:

- na reprodução num só exemplar
- na reprodução para uso privado

Estes limites são expressos em especial no art. 81.º C.D.A.D.C.. Para além dum exame das suas fronteiras, que não

(1) Dentro da tecnologia dos semi-condutores.

ocorre agora fazer, há que notar o seu vasto âmbito, particularmente no que respeita ao uso privado. Ora, a maioria das utilizações não autorizadas de programas fazem-se para uso privado. Ainda que seja o uso privado duma empresa. Desde que não seja uma empresa de informática, essa utilização é alheia a toda a noção de concorrência.

As mesmas limitações atingem o direito de tradução. E tenha-se presente o art. 71.º C.D.A.D.C., segundo o qual toda a faculdade legal de utilização sem o consentimento do autor implica a faculdade de traduzir ou transformar a obra por qualquer modo, na medida necessária a essa utilização.

Por isso, nos trabalhos comunitários que se desenvolvem para a elaboração duma directriz, concluiu-se já que esta matéria é incompatível com a figura do uso privado. Mas isso parece ser contraditório com a conceituação como direito de autor, e mostra que, pelo mesmo actualmente, o programa não recebe tutela suficiente por este ramo do Direito.

Concluimos assim que, se o programa de computador fosse obra literária, ele poderia receber actualmente já a tutela através das regras do Direito de Autor; mas essa tutela, porque se não dirigiria ao programa em si, encontraria na prática grandes limitações.

34. *A exclusão dos modos de expressão obrigatória*

Mas é a altura de enfrentarmos directamente a dúvida que desde o início deixámos em suspenso: o programa de computador é ou não obra literária, que seja assim tutelável pelo Direito de Autor?

Nem todo o texto ou fórmula é uma obra literária, que possa ser tutelada.

O Direito de Autor, como sabemos, tutela a criação do espírito, no que respeita à forma de expressão.

Prolongando esta linha, vamos chegar a uma conclusão que tem já considerável importância para o nosso tema.

Não há a criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a ideia.

O matemático exprime a sua descoberta numa fórmula matemática. Esta fórmula é modo de expressão, mas é modo de expressão obrigatória, não livre. Não há criatividade no modo de expressão. Logo, não há obra literária ou artística.

O químico também se comunica através de fórmulas. Mas essas fórmulas são obrigatórias, pelo que não são tuteladas. Houve descoberta, mas não criação de um modo de expressão. Estas referem-se sempre a mera «notação», se podemos basear-nos neste termo.

Generalizando agora, diremos que a expressão das descobertas é sempre livre, enquanto represente a forma obrigatória de expressão duma realidade.

Mas o princípio não se aplica apenas ao domínio das descobertas. Todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade e não há, portanto, obra literária ou artística. Esta, repetimos, situa-se no domínio da expressão, e não da ideia.

A importância destas conclusões no domínio dos programas de computador é muito grande.

Se o programa representa a mera expressão de uma ideia fundamental, ou algoritmo, o programa não pode ter tutela no campo do Direito de Autor.

35. *Aplicação ao programa de computador*

Mas há muito mais do que isso.

Temos de perguntar se todo o programa de computador não representará a expressão obrigatória dum programa ou processo.

Millé retomou recentemente a ideia. Observa que a doutrina considera que o autor não pode pretender um direito exclusivo quando a forma representativa da obra constitui a única forma possível de expressão da ideia; ou é duma simplicidade ou banalidade tal que não poderia ser considerada como um desenvolvimento da ideia, mas antes como a sua simples exteriorização, sem que haja elaboração formal.

Mas, fazendo aplicação destas ideias, basta-se com a verificação de que a estrutura interna do programa apresenta a carac-

terística de originalidade exigida para protecção de toda a obra; e cita neste sentido o caso americano *Apple v. Franklin* ⁽¹⁾.

Supomos que o autor ficou a meio caminho. O que interessa é saber se a fórmula do programa não é a expressão obrigatória do programa ou processo, seja esse programa ou processo criador ou não. A obra literária representa uma criação na forma, que não existe se toda a criatividade se situa, afinal, no conteúdo.

Alguém descobre um método destruidor de abertura no jogo de xadrez. Faz a respectiva notação. O método pode ser genial. Mas a notação não é obra literária, porque representa a expressão obrigatória daquele processo. O que é criativo é o processo, não a fórmula, que é servil.

Estamos portanto já muito para além do algoritmo. Observamos que, sendo a expressão obrigatória, a notação do processo não é nada diferente do próprio processo. As instruções ao usuário poderão ser obra protegida; o programa não.

Reencontramos aqui a ideia de que tudo o que for transposição automática não é protegido. Tínhamo-lo visto para a fotografia que capta banalmente a realidade. Mas também o será a transposição da fórmula para ganhar o Totobola. Tudo o que for notação imposta pelo objecto não é uma obra literária ou artística.

Resumindo: a obra literária ou artística caracteriza-se pela criatividade no modo de expressão. Mas aqui, o modo de expressão não é criativo, mas servil. Criativo poderá ser o processo; mas este, por imposição do art. 1.º/2, não é objecto idóneo do direito de autor.

Concluimos assim que a fórmula do programa de computador, como expressão obrigatória dum processo, não é obra literária, e escapa por isso à tutela pelo Direito de Autor.

(1) *L'évolution des idées juridiques concernant la protection du logiciel par le droit d'auteur*, em *Bulletin du droit d'auteur*, XXII, n.º 4, 1988, 17.

36. *A situação a nível internacional*

Desde cedo que os interessados aspiraram à protecção mais forte resultante da outorga dum direito de autor. Mas esses esforços não encontraram inicialmente eco. Parecia formar-se o consenso de que o programa de computador não era compatível com esta forma de tutela. Isto levaria à consequência da criação duma tutela específica. Era o que resultaria das citadas orientações da OMPI de 1977.

Consequentemente, também a nova lei americana de 1976 não integrou os programas de computador.

Inesperadamente, tudo se altera, e a um ritmo avassalador. Por um lado, pelo *lobby* dos interessados, que desencadeiam uma campanha mundial, por outro por força do vazio resultante da falta de lei, que levava a procurar o refúgio resultante da qualificação como um direito de autor.

E é assim que já em 1980, logo 4 anos apenas após a publicação, a lei do *copyright* americano é alterada para passar a abranger também os programas de computador.

O movimento estende-se em cadeia por todo o mundo. Não obstante, salvo casos excepcionais, são apenas os países mais industrializados que concedem protecção nestes termos, como a República Federal da Alemanha, a Grã-Bretanha, a França e o Japão, e com maiores ou menores afastamentos em relação ao direito de autor comum.

O movimento prossegue a nível comunitário europeu. Quer-se agora impor a solução a todos os países através duma directriz, que determine a protecção como direito de autor.

O projecto de directriz, na última modalidade que chegou ao nosso conhecimento, resultante da reunião de 12 e 13 de Outubro de 1989 do grupo sobre «Programas de computador», seria caracterizado pelos seguintes traços:

1.º — O programa de computador é considerado obra literária e tutelado por um direito de autor.

2.º — Prevê-se a possibilidade da atribuição da titularidade dos direitos a empresas.

3.º — Sujeita-se a autorização a reprodução (incluindo o carregamento, a apresentação, a execução, a transmissão ou o arma-

zenamento); a tradução, a adaptação, preparação e outras alterações dum programa; a distribuição; e a comunicação ao público.

4.º — Estabelece-se uma duração de protecção até 50 anos, após a morte do autor ou a criação do programa.

5.º — A directriz aplicar-se-ia a programas criados antes da sua vigência.

37. *A situação em Portugal*

Em Portugal, a longa elaboração do projecto do actual Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos deixou sempre fora do âmbito deste os programas de computador.

Mas inopinadamente, surge em 1984 um projecto de Código do Direito de Autor, que aproveita o trabalho realizado mas que introduz várias distorções graves. Entre elas estava a inclusão dos programas de computador no elenco das obras literárias e artísticas do art. 2.º (1).

Esta é a pior maneira de proceder. Se o programa de computador é uma obra por si, temos definitivamente estropiado o princípio de que os processos não são objecto de tutela em termos de direito de autor, que o mesmo código proclama. Porque uma coisa é dizer que, não sendo embora tutelado o processo, a fórmula em que ele se exprime é tutelável nos termos do direito de autor; outra, muito diferente, é tutelar o próprio programa como se duma obra se tratasse.

(1) Anteriormente, Luis Francisco Rebelo apresentara à Academia das Ciências uma comunicação sobre «Protecção Jurídica dos Programas de Computador», que concluiu pela viabilidade de protecção do programa de computador ao abrigo da legislação vigente sobre direito de autor: separata de *Memórias da Academia das Ciências — Classe de Letras* — tomo XXIII, Lisboa, 1983 (todavia, a comunicação vem datada de 26 de Janeiro de 1984). A posição insere-se no movimento de banalização do direito de autor, em que deixou de interessar o carácter cultural da obra mas apenas o *cash flow* gerado: é assim que se observa que «a jurisprudência dos mais diversos países tem concedido aquela protecção a produtos tão pouco destinados à função estética como sejam tabelas logarítmicas, projectos publicitários, formulários comerciais, catálogos, anuários, etc.».

Perante a reacção havida, este e outros erros graves não passaram. Nenhuma referência se fez no Código aos programas de computador — o que, evidentemente, deixa em aberto a discussão sobre a tutela a conceder à respectiva fórmula, se ela por si puder ser considerada obra literária ou artística.

Após a aprovação do Código não surgiram iniciativas visando uma protecção autónoma do programa de computador.

Sobrevém agora a apresentação do Projecto de Lei n.º 396/V (1989), da autoria do ilustre deputado Mário Raposo.

Tendo em conta a proposta de directriz do Conselho das Comunidades apresentada pela Comissão em 5 de Janeiro de 1989 e publicada no «Jornal Oficial» de 12 de Abril, apressa-se a tomá-la «como base da elaboração legislativa a levar a efeito em Portugal».

O projecto obedece fundamentalmente às seguintes orientações:

- 1) Inclui os programas de computador no elenco das «criações intelectuais», equiparando-as a obras literárias.
- 2) Presume que o programa produzido para outrem é da titularidade do comitente.
- 3) Atribui ao autor direitos que vão até à distribuição, abrangendo a importação.
- 4) Silencia sobre direitos pessoais.
- 5) Incrimina violações nos termos do art. 197.º C.D.A.D.C. e prevê a punição por negligência.
- 6) Concede tutela por 50 anos a contar da data da criação do programa.

O projecto é ambíguo quanto à qualificação plena do computador como obra literária, com a inerente aplicação do respectivo regime, pois ora o repete ora o contraria. Mas a inclusão no elenco do art. 2.º C.D.A.D.C. só pode ter este sentido. Portanto, há que concluir que as disposições sobre direito moral ou pessoal de autor seriam plenamente aplicáveis a titulares de programas de computador.

Passando à apreciação: não é dignificante para Portugal esta pressurosa entronização de projectos em estudo em instâncias

comunitárias, em matéria tão duvidosa e sem nenhuma contribuição própria.

O projecto é susceptível das mesmas críticas que merece o projecto de directriz de que depende.

Nem sequer opera a exclusão da aplicação dos «direitos morais», não obstante o preâmbulo parecer inclinar-se neste sentido.

É também desproporcionada a duração atribuída, não obstante os 50 anos se contarem a partir da criação do programa, e não a partir da morte do autor.

Se amanhã nos tivermos de vergar a uma directriz neste sentido, basta que então legislemos, não tendo justificação que nos apressemos a submeter-nos a um regime inadequado (1).

Por outro lado, há uma necessidade efectiva de disciplinar entre nós o programa de computador.

Mas isso pode ser feito sem nenhuma referência à categoria direito de autor.

Basta que uma lei venha estabelecer os parâmetros de protecção destes programas. Então sim, seria verdadeiramente o programa que estaria em causa, e não qualquer «obra literária» forçadamente concebida a partir da fórmula do programa.

Nessa altura, a generalidade das disposições sobre direito de autor não seriam aplicáveis, não sendo necessário estar a excluir aspectos, como os relativos ao direito pessoal, que nada têm que ver com esta forma de criação técnica.

38. *Sugestões de reforma*

Prosseguindo nesta linha, diríamos que uma lei interna deveria estabelecer a tutela do programa de computador.

Seria necessário distinguir o programa do algoritmo ou das ideias em que se baseia.

(1) Somos informados por último da apresentação já neste ano (1990) do Projecto de Lei n.º 477/V do Partido Socialista, que inclui entre as obras protegidas (art. 2.º do C.D.A.D.C.) os programas de computador.

No que respeita ao tipo de tutela a atribuir, é necessário ter em conta que os programas são de destinação utilitária e são perecíveis, no estado actual da técnica. Atribuir-lhes uma tutela por 50 anos, quando não há hoje programas com 50 anos e quando daqui a 50 anos os programas actuais estarão obsoletos, é um absurdo.

A aproximação deve fazer-se com as patentes, e não com o direito de autor. A patente, por maior engenho que premeie, caduca ao fim de 15 anos (art. 7.º do Código da Propriedade Industrial). Nenhum motivo há para premiar o programa de computador com uma duração de tutela superior, a não ser a sedução do *lobby* dos programadores.

O regime da obra feita para outrem deve aproximar-se do constante do Código da Propriedade Industrial, e não do do C.D.A.D.C.. É o que aliás acontece nos projectos em causa, que visam beneficiar as empresas.

A base da disciplina deve ser assim o art. 9.º do Código da Propriedade Industrial.

O conteúdo do direito deve assegurar a exploração normal da obra.

Não nos parece que se deva consagrar um direito de distribuição ou de pôr em circulação.

Esta figura é de introdução recente. Na ordem jurídica portuguesa nem sequer está consagrada com generalidade em relação à obra literária e artística. É pelo menos imprudente atribuir imediatamente o direito em relação a programas de computador.

Daqui resulta que:

- 1) não tem sentido que se restrinja a importação de programas. Se o programa está livremente disponível no exterior, quem quer o importa e comercializa. Não deve a lei portuguesa outorgar displicentemente um monopólio, agravando a nossa dependência em relação a países estrangeiros
- 2) um programa, uma vez posto à venda, pode ser utilizado de todo o modo pelo adquirente, alugando-o se quiser, pois então as expectativas do vendedor não merecem mais tutela.

Só se a exploração do programa se fizesse mediante o mero aluguer, apenas pelo seu titular, é que essa actividade ficaria reservada a este.

Além disso, o adquirente dum programa poderá modificá-lo e alterá-lo como muito bem lhe convier para seu uso.

O tipo de tutela do programa merece uma consideração particular.

A lei portuguesa tende para a tutela penal dos bens incorpóreos. É uma tendência que contraria as tentativas actuais de limitação do Direito Penal a um núcleo ético, podendo perguntar-se se a figura da contra-ordenação não seria mais adequada para este domínio.

Enquanto não se resolver este problema de base poderá prever-se também aqui a tutela penal. Nesse caso, haveria que partir da tutela conferida à patente no Direito Industrial.

Não se vê porém nenhum motivo para a tutela ser mais forte que a atribuída noutras categorias de direitos; e deveria ser menos rigorosa que nas violações de direito de autor, ao menos por aqui não haver o aspecto ético que dá particular gravidade àquelas violações.