

DIREITOS DE AUTOR E CONEXOS
INERENTES À COLOCAÇÃO
DE MENSAGENS EM REDE INFORMÁTICA
À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO (*)

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. A “transmissão” no mundo das telecomunicações; 2. O estatuto das obras disponíveis em rede; 3. Transmissões analógicos e digitais; 4. A integração das mensagens no sistema; 5. Utilização de obras em rede e direitos intelectuais; 6. O direito de colocar à disposição do público; 7. A integração no direito de comunicação pública; 8. O direito de transmissão; 9. O acto individual de utilização; 10. A criptagem ou codificação; 11. O direito de reprodução; 12. A problemática em matéria de direitos conexos.

1. A “transmissão” no mundo das telecomunicações

O termo “transmissão”, já de si ambíguo, ganha novos significados no mundo das telecomunicações.

A Convenção de Berna não consagra em geral um direito de transmissão. Fala-se porém de transmissão pública em vários lugares. O mais importante será o art. 11/1, que reserva ao autor de

(*) Este escrito é destinado aos Estudos em Memória do Prof. Doutor João Lumbrales.

obras dramáticas, dramático-musicais e musicais “a transmissão pública por todos os meios da representação e execução das suas obras”. Restaria todavia interpretar o sentido de semelhante “transmissão”, que pareceria estar ligada ao espectáculo público consistente na comunicação da obra por meios técnicos a um público não presencial.

O problema é agravado pela repartição dicotómica das faculdades patrimoniais do autor, própria da doutrina francesa, entre direito de reprodução e direito de representação. A transmissão ficaria assim incluída no direito de representação, ainda que substancialmente tenha muito pouco que ver com uma representação.

De “transmissão” fez-se um uso particular a propósito da *radiodifusão*. Aparecem os termos transmissão, retransmissão e, mais recentemente, transmissão por cabo e através de satélite. Em qualquer caso, aparece-nos claramente desenhado o binómio transmissão/recepção, como actividades complementares. Enquanto a transmissão é reservada, a recepção é livre, porque está já compreendida na autorização para o acto primário de transmissão.

Os recentes tratados da OMPI (1996) não recorrem particularmente à noção de transmissão nem a esclarecem.

Procurando orientar-nos, diremos que é necessário separar as faculdades compreendidas no direito de autor e os meios técnicos, que em si nada têm que ver com o direito de autor.

A transmissão pertence à segunda categoria. Pensamos que é este o sentido que reveste quando se fala em direito de autor e direitos conexos no mundo das telecomunicações.

A transmissão representará assim a *emissão de um sinal que, captado, permite reconstituir uma mensagem*.

É um meio técnico geral, que pode ser aplicado também a mensagens que representem ou englobem obras protegidas pelo direito de autor ou por direitos conexos. A transmissão tem assim importância para o nosso tema porque através dela se pode fazer a comunicação de uma obra literária ou artística, ou de prestação protegida por direito conexo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. Lucas, André/H. J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec (Paris), 1994, n.º 329. Acentuam, a propósito da referência da lei francesa a “toda a

Os problemas mais trabalhados são os ligados à radiodifusão. Mas são também os que menos nos vão ocupar, porque não são fundamentalmente atingidos pelo novo mundo das telecomunicações.

É certo que a teledifusão digital terá um impacto económico e cultural extraordinário. Mas não está à vista que altere fundamentalmente as regras básicas da radiodifusão. E os problemas criados pelas transmissões por satélite e cabo estão suficientemente acantonados para poderem ser deixados para estudos especializados.

2. O estatuto das obras disponíveis em rede

Na cavalgada impressionante das telecomunicações, que são o veículo da sociedade da informação que a nossos olhos se constrói, sobressai um meio ou veículo que tem profunda repercussão sobre o direito de autor e direitos conexos. Consiste no estabelecimento das grandes redes informáticas, que aspiram a tornar-se universais. São servidas por auto-estradas da informação e potenciam, com um grau muito grande de interactividade, a ligação entre computadores e portanto a comunicação global.

As grandes redes do futuro, estejam elas além da Internet ou representem uma evolução desta, estarão necessariamente ligadas a gigantescas bases de dados. Querem ser universais também na amplitude das mensagens disponíveis, que deverão conter tudo ou quase tudo aquilo que se encontra em exploração comercial.

E é aqui que os novos meios de telecomunicações tocam o direito de autor e os direitos conexos. Entre essas mensagens encontram-se obras e prestações protegidas.

O fenómeno é já muito visível na Internet. Um número considerável de obras e prestações protegidas encontra-se hoje disponível na Internet; podem assim ser utilizadas por todos.

espécie de telecomunicações”, que a preocupação foi a de marcar a indiferença do tipo de vector utilizado.

Significa isso que essas mensagens são livres? Ou amanhã qualquer um pode ser interpelado, por ter usado sem autorização a obra ou prestação que fora digitalizada e colocada sem codificação ou qualquer outro resguardo na Internet?

Não é por uma obra ou prestação ser colocada na Internet que se extinguem direitos de autor e direitos conexos que sobre ela recaiam. Se alguém a reproduzir para a explorar comercialmente está a desrespeitar o direito intelectual. Mas o uso privado é livre, e quem colocou a mensagem em rede naquelas condições está justamente a disponibilizá-la para o uso privado pelos interessados sem subordinação a qualquer autorização.

Aquilo a que assistimos é apenas um começo. Amanhã, as grandes empresas de comunicação quererão fazer a exploração comercial; como fazem já os produtores de inúmeras bases de dados. Seguramente que tomarão providências que restrinjam a liberdade de acesso à base. Mas isso não oculta o problema substancial subjacente, que consiste em saber qual o estatuto da mensagem protegida que foi colocada em rede.

Indaguemos pois, em termos de Direito Intelectual, qual a protecção de que desfrutam.

3. Transmissões analógicas e digitais

O tema que nos propomos versar refere transmissões digitais. Haverá um regime diferenciado do das transmissões analógicas?

Toda a problemática dos novos meios de telecomunicações se baseia:

- em materiais como a fibra óptica
- na multiplicação da capacidade de transmissão de mensagens
- na interactividade.

Mas em qualquer caso tem como meio indispensável ao seu desenvolvimento a digitalização. Os meios analógicos foram cedendo o lugar aos novos meios digitais.

As características de fidedignidade e potência destes parecia deverem levar a uma revolução nos esquemas jurídicos corres-

pendentes. O direito que tinha por base processos analógicos não deveria subsistir na era digital.

Mas deparamos uma situação paradoxal.

Não obstante os problemas serem trazidos justamente pela irrupção de meios digitais, resiste-se à diferenciação com essa base dos regimes jurídicos.

Mesmo quando se criam novos institutos ou se formulam novos direitos, procura-se englobar neles quer os processos digitais quer os analógicos.

Assim, foi reconhecido que a problemática da cópia privada só surge significativamente em caso de cópia digital, pois só então se atinge o nível de qualidade e repetibilidade que pode ser potencialmente perigoso para a salvaguarda dos direitos do autor ⁽²⁾. Não obstante, os projectos de nova disciplina evitam restringir-se às cópias digitais ⁽³⁾.

Os problemas trazidos pelas bases de dados são tipicamente problemas de bases de dados digitais: as bases de dados até hoje existentes não suscitavam particulares dificuldades. Não obstante, as novas disposições dos tratados da OMPI vão abranger todas as bases de dados e, como se fosse ainda pouco, estendem-se as “compilações” de dados “ou de outros elementos”, ameaçando dar a esta disciplina uma extensão desmesurada ⁽⁴⁾. Estamos arriscados a que qualquer biblioteca privada seja considerada uma base de dados.

Este movimento de assimilação alcançou o cume com a consagração do direito de colocação à disposição do público, no art. 8.º do Tratado da OMPI sobre o direito de autor e nos arts. 10.º e 14.º do Tratado da OMPI sobre intérpretes ou executantes e sobre fonogramas (ambos de 1996).

⁽²⁾ Assim, o Livro Verde da Comissão da C.E.E. sobre “O direito de autor e o desafio tecnológico” (Bruxelas, Junho de 1988), manifesta claramente a escassa importância da prática da cópia privada no domínio analógico (n.º 3.5. e a conclusão de 3.9.).

⁽³⁾ Assim, o Projecto de Directiva da C.E. de 1994 não faz nenhuma distinção entre tecnologias analógicas e digitais.

⁽⁴⁾ Cfr. o art. 5 do Tratado da OMPI sobre o direito de autor.

O que estava em causa era sem dúvida a disciplina da obra colocada à disposição ao público em redes digitais. Foi mesmo esse o motor dos novos tratados: tudo o resto é contorno.

Porém, olhando para a fórmula que ficou afinal consagrada, torna-se até difícil, para os mais desprevenidos, reconhecer o problema que se procura resolver.

No art. 8.º do Tratado sobre direito de autor não há nenhuma referência ao meio digital. As referências a meios técnicos nele contidas são antes destinadas justamente a afastar qualquer relevância da tecnologia utilizada. Portanto, quaisquer processos clássicos ficam assim compreendidos.

Mais do que isso, porém.

A resistência à autonomização do digital foi tão grande que, para resolver o problema prático suscitado pela colocação das obras à disposição do público em redes digitais, se foi lançar mão de um direito clássico — o direito de comunicação ao público. Tudo é apresentado como simples manifestação deste direito. Seria neste que se integraria a colocação da obra à disposição do público, de maneira que cada um pudesse aceder àquela em tempos e de lugares individualmente escolhidos.

Veremos a seguir se esta assimilação se justifica. Por agora, o importante é assinalar o paradoxo em que ficamos tombados:

- toda a problemática a resolver é a problemática do digital
- toda a solução jurídica nos é dada como se o digital não oferecesse especialidade nenhuma.

4. A integração das mensagens no sistema

O esquema adoptado assenta na colocação das obras em rede à disposição do público. É aliás de observar que para os artistas intérpretes e executantes (art. 10.º) e para os produtores de fonogramas (art. 14.º, no Tratado respectivo), não se foi até à outorga de um direito de comunicação em geral, e se fala simplesmente no direito de colocar à disposição do público.

Há um problema prévio, no que respeita à determinação das obras que podem ser objecto deste tipo de utilização. Limitamo-nos a um breve apontamento.

A sociedade da informação toma como um seu objectivo o de que praticamente a totalidade das mensagens comercializadas seja posta por estes meios à disposição do público ⁽⁵⁾.

Tratando-se porém de mensagens de conteúdo protegido, a integração das obras no sistema está sujeita ao consentimento dos titulares.

E se os titulares recusarem arbitrariamente essa autorização?

Seja o caso de uma obra musical, cuja exploração comercial é realizada por todos os meios no mundo inteiro. Não obstante, pode o titular recusar a autorização para a integrar no sistema, por hipótese, porque pensa conseguir um maior lucro por outras vias. Repare-se que o “titular” pode ser simplesmente o ente de gestão colectiva que procura assegurar o maior rendimento possível na exploração.

Pode ainda deparar-se uma situação mais grave.

A sociedade da informação repousará provavelmente sobre um número muito reduzido de empresas gigantescas, que procurarão oferecer a totalidade dos serviços desejados pelo consumidor final. Os perigos de monopolização são assim muito grandes.

Pode acontecer que esses gigantes se assegurem o monopólio de certas mensagens. Com isto torná-las-ão indisponíveis para todos os outros, e nomeadamente, indisponíveis em todos os lugares onde eles não actuem empresarialmente.

Isto cria uma série de problemas que haverá que aprofundar.

Não nos podemos furtar a examinar sem preconceitos a eventualidade de criar meios de vencer uma resistência arbitrária. Em nome do objectivo de difusão cultural do sistema ou da rejeição do monopólio.

Licenças obrigatórias tradicionalmente admitidas tiveram esta finalidade.

Numa altura em que se prevê uma concentração gigantesca a nível mundial, o problema não pode ser ignorado.

⁽⁵⁾ Cfr. Dixon/Self, *Copyright protection for the information superhighways*, EIPR 11(1994), 465. Também no Livro verde norte-americano sobre a infra-estrutura nacional da informação (Julho de 1994) se observa logo de início que o êxito da sociedade da informação depende de se assegurar o acesso a uma grande variedade de obras em termos e condições razoáveis, bem como da integridade dessas obras.

5. Utilização de obras em rede e direitos intelectuais

Suscitou um grande debate determinar qual a faculdade de direito autoral que seria atingida pela colocação em rede de mensagens com conteúdo protegido.

A diversidade das posições expendidas foi máxima. Podemos dizer que praticamente todas as faculdades contidas no direito de autor já individualizadas foram convocadas para cobrir esta situação nova.

Falou-se num *direito de reprodução*, acenando para as reproduções meramente técnicas que estão implicadas na recepção por computador. Alargou-se o conteúdo do direito autoral de reprodução para procurar abrangê-las.

Invocou-se o *direito de distribuição*, falando-se numa distribuição digital.

Até o *direito de aluguer* foi surpreendentemente propugnado pela Comunidade Europeia!

Porquê estas posições, aparentemente até insensatas?

Porque os autores preferiram partir do conhecido para o desconhecido, e por isso forçaram antes de mais a entrada desta nova situação numa das categorias que conheciam já.

A Comunidade Europeia recorreu ao *direito de aluguer* porque havia pouco antes emitido uma directiva a este respeitante. Com isto procurava evitar o esforço de construção duma figura nova.

Para além disso, o recurso a figura já conhecida permitia sempre afirmar que o direito já estaria consagrado, pelo que qualquer novo instrumento seria apenas declarativo. Permitia-se assim uma espécie de aplicação retroactiva; e para além disso não se deixava a aplicação efectiva do novo direito dependente de um movimento, necessariamente lento, de ratificações.

Mas estas preocupações não eliminam o absurdo de muitas das propostas.

Nomeadamente, quer se fale em direito de reprodução, quer de distribuição, quer de aluguer, incorre-se num pecado mortal: estes direitos ou faculdades referem-se a modos de utilização de *exemplares*: supõem suportes materiais. Nada disto se encontra quando se trata da utilização das obras em rede.

Por outro lado, o recurso a categorias clássicas é inadequado às características da figura a regular.

Vai-lhe impor um tipo que não é o seu, e nomeadamente sujeitá-lo a limites ou restrições que foram estabelecidas para outras situações, sem a contrapartida, que seria necessária, da pesquisa das restrições que correspondem à sua natureza.

Eram mais felizes as posições que defendiam a criação de um direito específico. Seja o caso do direito de transmissão electrónica que tem a curiosidade de nos reaproximar da “transmissão” que aparece como epígrafe do tema que nos foi confiado. O relatório Bruce Lehman prevê um direito de “difusão digital”, baseado seguramente na actividade técnica do operador da rede, que apareceria como uma transmissão ou difusão; fala-se ainda em disseminação digital. Todavia, esta difusão não se confunde com a radiodifusão, pelo que estará necessariamente sujeita a regime diferente ⁽⁶⁾.

Perante tudo isto, o que acabou por ficar consagrado?

Podemos dizer que se seguiu uma posição mista.

Por um lado, desenha-se um direito de colocação à disposição do público. É um direito novo: não constava do elenco dos direitos internacionalmente consagrados.

Por outro lado, porém, no que respeita ao Tratado da OMPI sobre o direito de autor, integra-se esse direito de colocação à disposição do público no direito de comunicação ao público (art. 8.º). Busca-se assim o guarda-chuva de um direito conhecido que permitiria a apropriação da disciplina estabelecida para este.

Os dois aspectos serão versados nos números seguintes.

6. O direito de colocar à disposição do público

A consagração do direito de colocar à disposição do público é, a nosso ver, feliz.

A especificidade, e novidade, desta situação, tal como resultava do problema prático a resolver, consistia exactamente nisto: a

⁽⁶⁾ Cfr. sobre esta matéria Michel Walter, *Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung*, “Medien und Recht” 4/95, 125.

obra ou prestação é colocada numa situação que permitirá a cada um a ela individualmente aceder, por meios técnicos.

Uma situação desta ordem não estava prevista nos tratados existentes. A criação desta possibilidade de acesso generalizado, mas não obstante individual, representava o elemento novo.

Semelhante colocação à disposição não pode deixar de ser considerada uma actividade reservada. Cabe ao titular determinar antes de mais se a obra ou prestação deve ser ou não ser explorada, e a seguir se deve ser explorada por aquele modo. Se o titular não interviesse aqui, a possibilidade de determinar o controlo da utilização fugia-lhe das mãos.

Por isso, é realmente este o momento exacto em que a intervenção do titular se torna necessária. É este também o momento em que pode negociar a sua remuneração. Esta remuneração, como veremos, pode estar ou não dependente da utilização efectiva que realmente se fizer.

Com isto cria-se realmente um novo direito ou faculdade. Nada adiantaria chamar-lhe *sui generis*, como também se pretendeu. É um direito ao lado dos outros. É um direito justificado pela peculiar natureza do meio técnico implicado.

O art. 8.º do Tratado da OMPI sobre direito de autor acentua devidamente (tal como depois o art. 10.º do Tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas) a característica de cada um poder aceder à obra, embora de lugares e em tempos individualmente escolhidos. Com isto se afasta a noção tradicional de público. Mas voltaremos a este ponto.

Esclarece-se ainda que esse direito exclusivo de pôr à disposição do público é “com fio ou sem fio”. Com isto se consagra afinal a irrelevância do processo técnico. Mas, pela tendência assimiladora e englobadora já atrás apontada, não se diferencia em nada o processo digital do analógico.

7. A integração no direito de comunicação pública

Este é o direito fundamental que ficou afinal consagrado. Mas temos de perguntar se a utilização de obras em rede não atinge

ainda outros direitos, compreendidos no direito de autor ou direitos conexos. Podem estar em causa o:

- direito de comunicação pública
- direito de transmissão
- direito de recepção
- direito de reprodução.

Há aqui que colocar a problemática relacionada com os dispositivos técnicos de protecção das emissões.

Vamos examiná-los sucessivamente, começando pelo direito de comunicação pública.

Como dissemos, o art. 8.º do Tratado da OMPI sobre direito de autor (1996) integra este direito no direito de comunicação pública; é mesmo esta a epígrafe do artigo.

Mas achou-se que era demais atribuir aos titulares de direitos conexos um direito de tal vastidão. Por isso, os arts. 10.º e 14.º do Tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas concernem apenas ao direito de colocar à disposição do público.

Vejamus o que respeita àquele art. 8.º. A consagração em tratados internacionais de um direito de comunicação pública é uma novidade. Até agora, asseguravam-se modalidades concretas de comunicação pública, não figuras de cúpula como um vastíssimo direito de comunicação. Este representa praticamente 50% do conteúdo patrimonial do direito de autor.

Apesar da vastidão de que se reveste, não foi objecto de nenhuma elaboração autónoma. O próprio art. 8.º recapitula disposições da Convenção de Berna em que modalidades concretas estavam contidas; e não se desenham restrições novas, antes se remete para a fórmula geral do art. 10.º

Mas é o que respeita à relação com o direito de colocação à disposição do público que particularmente interessa. E estabelecido na parte final do artigo: “compreendendo-se [na comunicação pública] a colocação à disposição do público das suas obras de maneira que cada um possa aceder a elas de lugar e em tempos por eles individualmente escolhidos”.

Como dissemos, a finalidade principal desta integração num direito de comunicação pública seria a de sustentar a tese de que o

direito de colocar à disposição do público em rede era um direito já tutelado pelas convenções internacionais.

Mas o resultado não é atingido. As faculdades asseguradas como mínimos convencionais são típicas: devem ser individualmente previstas. Mas as convenções internacionais não asseguravam o direito de comunicação pública em geral. Asseguravam faculdades menores compreendidas naquele conceito, como a representação ou a radiodifusão, mas nunca um direito de tal vastidão que abrangesse o direito de colocação à disposição do público.

A própria afirmação de que o direito de comunicação pública compreende o direito de colocação à disposição do público não pode ser aceite.

O direito de comunicação pública nasceu para englobar comunicações presenciais colectivas da obra.

Recebeu duas extensões, facultadas por meios técnicos:

- 1) A extensão da apresentação ao vivo a público diferente, através de alto-falantes ou sistema análogo;
- 2) A comunicação por radiodifusão.

Mas continuou sempre a ter por pressuposto uma noção de *público* que engloba a simultaneidade na recepção da comunicação.

Quando agora se pretende um conceito novo, em que se prescindia daquela simultaneidade, está-se impondo uma pura construção doutrinária.

As convenções vinculam pelo regime que trazem, e não pelas construções doutrinárias. Os Estados que aderirem ao Tratado são livres de considerar a nova faculdade englobada ou não no direito de comunicação pública.

A integração forçada do direito de colocação à disposição do público no direito de comunicação pública é um artifício que bem poderia ter sido evitado.

Repare-se que o Tratado não foi ao ponto de alterar a noção de *público* consagrada na Convenção de Berna. Propostas feitas nesse sentido não tiveram seguimento. Mas se o não faz expressamente fê-lo implicitamente. O direito de colocação à disposição do *público* tem implícita uma noção de público em que a simultaneidade da recepção da mensagem foi eliminada.

8. O direito de transmissão

Falou-se e fala-se num direito de transmissão. No debate que antecedeu a Conferência Diplomática de Genebra muitos viram a essência do acto reservado justamente nesta transmissão para o utente. Porque a obra ou prestação só estará disponível se houver uma transmissão entre computadores, o que supõe um impulso dado pelo operador da rede. De facto, o acto de comunicação, em geral, supõe uma emissão de sinais, contendo uma mensagem destinada a ser recebida. Se não há recepção, a comunicação é frustrada. Entre a emissão e a recepção está a transmissão, que nos dá a ponte de uma para outra.

É por haver necessariamente esta vicissitude técnica de transmissão que se preconizou o direito de transmissão.

Sustentou-se que haveria uma transmissão entre computadores, portanto a sujeição da mensagem a uma vicissitude técnica de que resultava a sua comunicação. Por isso se preconizou um direito de transmissão.

Consagrado agora o direito de colocação à disposição do público, qual o significado jurídico dessa transmissão posterior?

Começamos por observar que seria inadmissível considerar este acto reservado, e sujeito por exemplo a nova autorização do autor. Então, a autorização para a colocação da obra à disposição do público não valeria de nada. Na realidade, na primeira autorização estão já compreendidas as transmissões por que ela necessariamente se concretiza.

Diríamos então que a transmissão subsequente à colocação da obra em rede à disposição do público não representa em termos de Direito Intelectual uma nova utilização. É assim por parte do fornecedor de serviços, por força da *Zweckübertragungstheorie* ou teoria da disposição funcional, que permite concluir que o acto de autorização abrange tudo aquilo que for necessário para a obtenção do fim prático visado naquele negócio (?).

(?) Cfr. o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1992, n.º 293.

9. O acto individual de utilização

A concretização do processo dá-se com o acto de utilização final do destinatário.

Devemos considerar esse acto reservado? Seria a ideia que estaria implícita na referência que se fazia antes à utilização de obras por computadores.

Mas não é assim. O acto normal de utilização e o desfrute da obra ou prestação transmitida é, pelo prisma do Direito Intelectual, acto de uso privado.

O chamamento de uma obra ao visor, para análise ou desfrute, a transformação que se realize, até a reprodução, são actos privados, que escapam ao exclusivo de utilização pública em que consiste o direito patrimonial de autor.

É claro que a partir dessa licitude pode surgir o abuso. Posso por exemplo multiplicar os exemplares, a partir do que foi licitamente reproduzido, e fazer exploração comercial. Mas isso pode acontecer em todos os casos. A leitura dum livro é uso privado; não obstante, posso a partir desse livro fazer exploração comercial indevida.

Para excluir do domínio reservado a posição do utente, basta observar que cada utilização por si não consubstancia uma utilização pública da obra.

10. A criptagem ou codificação

Esta conclusão poderá parecer paradoxal. Se o acto é livre, dir-se-á, qualquer um o pode praticar. Mas isso é justamente o que se quis evitar com todo este processo. Por isso, o acesso à rede, ou à base de dados, é em todo o mundo reservado. E a atenção volta-se para os processos de criptagem ou de codificação, procurando evitar que sejam torneados. Assim se procede nos recentes tratados da OMPI, em que se criaram obrigações relativas às providências técnicas⁽⁸⁾.

(8) Art. 11 do Tratado sobre o direito de autor e art. 18.º do outro Tratado.

É verdade. Mas, pensando bem, essa matéria, por si, é alheia ao direito de autor.

A restrição do acesso não garante o direito do autor; garante a remuneração do produtor.

O produtor da base de dados, ou mais amplamente, a empresa da comunicação que explora a rede fornecendo os serviços, realiza uma prestação organizativa-financeira, pela qual obviamente quer ser remunerada. Para isso, reserva o acesso à rede, pois doutra maneira não teria controlo das utilizações feitas.

Mas essa reserva nada tem que ver com o Direito Intelectual. A utilização da obra supõe-se já genericamente autorizada, permitindo que a obra fosse colocada à disposição do público.

Tanto não respeita ao Direito Intelectual que a reserva é exactamente a mesma, ainda que a mensagem não contenha nenhuma obra ou prestação protegida. Não protege o direito de autor. Por isso, coerentemente, este aspecto não recebe, como direito intelectual, nenhuma referência nos tratados.

Pode o titular dos direitos intelectuais ter interesse económico nos resultados da exploração da obra. Assim acontece, por exemplo, se a sua remuneração for calculada em função do número das utilizações que forem feitas.

Mas nesse caso, não está em causa o direito de autor, mas apenas o cálculo da remuneração. Procura-se assegurar a contrapartida estabelecida, evitando que seja esvaziada por utilizações clandestinas. É um problema de execução do contrato: não é um problema do direito de autor.

Todavia, porque a viabilidade financeira de todo o sistema está dependente da reserva que efectivamente se conseguir impor, compreende-se que os tratados se tenham debruçado, embora já a título acessório, sobre estas matérias. Limitam-se à previsão de um sistema de sanções.

Pode surgir aqui um problema prático-jurídico considerável. Se alguém contorna dispositivos de codificação e utiliza obra ou prestação protegida sem se sujeitar às regras de utilização, violou direitos intelectuais do titular?

Pensamos que não. O titular autorizou a utilização, genericamente. Quaisquer direitos que possam estar em causa serão do produtor. E se a remuneração do titular de direitos intelectuais for atin-

gida com isso este tem um direito a indemnização ou complementação, que se dirige directamente contra o produtor. Só por sub-rogação deste se poderá dirigir contra o violador.

11. O direito de reprodução

Falou-se muito no direito de reprodução, que seria afectado pela utilização de obras em rede. Dissemos já que se procurou neste direito a explicação unitária da faculdade do autor ou titular dos direitos conexos que estaria em causa nestes casos.

Falando-se em reprodução, poderiam ter-se em vista duas figuras:

- a produção de exemplares em rede
- as reproduções informáticas, que seriam realizadas sempre que houvesse o chamamento das mensagens ao computador destinatário.

No primeiro caso, há uma verdadeira reprodução: nada permite excluir deste conceito as reproduções por via informática. Mas é uma hipótese meramente eventual.

Quando acontecer, o acto é submetido aos princípios gerais do direito de reprodução. Mas não tem nada que ver com a problemática geral da colocação das obras em rede.

Passemos então à reprodução técnica ou informática, que é a que interessa, e que acontece sempre. Tocará essa direitos intelectuais reservados?

A posição foi defendida na própria Conferência Diplomática da OMPI, em 1966. Mas foi rejeitada.

Isto significa que a exacerbação que se estava a fazer de maneira a fazer integrar estas reproduções meramente técnicas no direito de reprodução, e transformar este no direito-base do titular, perdeu sentido.

O direito-base é o direito de colocação na rede à disposição do público. A reprodução, a existir, é um acto de uso privado, que tem de ser considerado abrangido pela autorização dada para a colocação em rede.

Isto significa também que o art. 9.º da Convenção de Berna, que consagra o direito de reprodução, deve ser hoje lido no seu conteúdo normal. A reprodução contemplada é a que se caracteriza pela produção de exemplares. As reproduções meramente técnicas não estão compreendidas, salvo previsão especial.

12. A problemática em matéria de direitos conexos

Uma palavra final sobre a situação dos direitos conexos ao direito de autor.

Vemos que se adoptou nos Tratados da OMPI um paralelismo que fez com que disposições do Tratado do direito de autor fossem repetidas no que respeita aos artistas no tratado respectivo, e ulteriormente repetidas no que respeita aos produtores de fonogramas.

Mas a assimilação continua a não ser completa. Está-se longe da atribuição de um exclusivo de exploração económica aos titulares de direitos conexos. Por isso, não se chegou até à consagração em benefício destes de um direito com a vastidão do direito de comunicação pública (9).

Porém, se não se verifica uma generalização da protecção, também é certo que, no que respeita à sociedade da informação, as posições ficaram completamente equiparadas. Através do sistema de remissões a protecção estabelecida vai desde os autores a meros empresários, como os produtores de fonogramas.

Deu-se assim um passo muito importante no caminho da assimilação, pretendida pelas entidades de cúpula em matéria de direitos intelectuais, do direito de autor e dos direitos conexos. Assimilação em que se divisa uma vitória do sistema de *copyright*, virado para o empresário, sobre o sistema de direito de autor, centrado na criação intelectual.

Neste panorama, ficou em crise a posição dos organismos de radiodifusão. Os produtores de fonogramas e no seu seguimento os

(9) Mesmo no instrumento ADPIC (ou TRIPS) a obrigação de tratamento nacional é restrita às faculdades especificamente asseguradas, no que respeita aos direitos conexos.

artistas conseguiram descolar deles, quebrando o equilíbrio estabelecido na Convenção de Roma de 1961.

É natural que um dos passos seguintes, no plano internacional, seja a disciplina da actividade dos radiodifusores, perante as exigências da sociedade da informação ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Em todo o caso, esta definitivamente perdida a força de pressão que resultaria de se condicionar à protecção aos radiodifusores a outorga de protecção internacional às outras categorias de interessados.