

O DIREITO DE AUTOR
E OS DESEJOS DA
TECNOLOGIA DIGITAL



PATRÍCIA AKESTER

Principia

**O DIREITO DE AUTOR E OS
DESAFIOS DA TECNOLOGIA DIGITAL**

Título

O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital

Autora

Patrícia Akester

Edição

PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas

Cascais, Março de 2004 – 1.ª edição

Design da capa

Maia Moura Design

Composição e Paginação

Xis e Érre, Lda.

Execução Gráfica

Tipografia Peres

ISBN 972-8818-22-X

Depósito Legal 204202/03

Principia, Publicações Universitárias e Científicas

Avenida Marques Leal, 21, 2.º — 2765-495 S. João do Estoril

Telefone 214 678 710 • Fax 214 678 719 • e-mail principia@principia.pt • www.principia.pt

Patrícia Akester

Investigadora e docente de Direito da Propriedade Intelectual
na Universidade de Cambridge

**O DIREITO DE AUTOR E OS
DESAFIOS DA TECNOLOGIA DIGITAL**

Esta publicação conta com o apoio do III Quadro Comunitário de Apoio, participado pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do Ministério da Ciência e do Ensino Superior.

Para o Lawrence

PREFÁCIO

.....

Doctor Patricia Akester's work here presented takes the whole field of the impact of digital technology on the national, international and regional law of copyright as its province. It sets out to provide a structured approach to identifying the ways in which the new means of communication challenge the basic concepts and application of the traditional principles of protection of the works of authors.

In a sense, a book on law and digital technology should provide a map for the voyager into the known and the unknown, and should read the landscape it surveys, just as the camera in Space records images both known and previously unknown. No one can tell what tomorrow's images will be, but the gifted thinker will provide us with a structured assessment into which the past, the present and the future may be fitted, together with proposals for practical solutions to the challenges which are to be met. This is what Doctor Akester has achieved in this remarkable and highly readable survey. The long journey is made pleasant at many points by the illustrative cases, which at once stimulate and clarify the issues laid before us. The appendices to the work contain a mine of relevant legal, technological and practical information, and an extensive bibliography.

Doctor Akester has given us a sure guide in this field, based on a technique of legal analysis which covers the civil law and the common law traditions, and the relevant international and regional instruments, and which leaves us well equipped to journey into the borderless society created by the Internet and modern communication systems. At the centre of the work is the concern for recognition of

the need to preserve the status and rights of the author in the new environment. Doctor Akester provides a particularly bold and creative proposal for an International Digital Copyright Protection System, covering the challenges of law and technology in this area. In this way, Doctor Akester presents us with a practical proposal as the answer to the crucial question «Author, what now?».

J. A. L. Sterling*

* Professor do Queen Mary Intellectual Property Research Institute, University of London e orientador da tese de doutoramento que deu origem a esta obra.

APRESENTAÇÃO

.....

Neste início de milênio, são de todos conhecidos os dados da chamada «revolução digital», que permite disponibilizar o conhecimento em linha ou através de múltiplos suportes. O fenómeno abre possibilidades à criação e à exploração das obras e prestações protegidas, mas redobra as preocupações dos titulares de direitos, confrontados com uma acessibilidade crescente e incontrolada, intensifica as reivindicações do público em geral e contribui para diluir a própria noção de direito de autor.

As questões surgem de imediato: estará a legislação existente adaptada à emergência do digital? E, não estando, terão os princípios em que se funda o edifício da protecção a plasticidade suficiente para responder à nova realidade? Ou será necessário outro edifício? Se as novas técnicas são geradoras de novos problemas, poderão elas trazer também as soluções? E essas soluções serão neutras? Terão elas tendência para pôr em causa os equilíbrios que o direito de autor garante? Em poucas palavras: uma «revolução digital» provoca uma «revolução jurídica»?

O estudo da Doutora Patrícia Akester, que numa versão bem mais desenvolvida foi apresentado como tese de doutoramento, tem desde logo o grande mérito da clareza nos seus propósitos: pretende demonstrar, contra uma certa corrente que vai tomando corpo, que a «revolução digital» não implica necessariamente uma revolução jurídica, mas impõe uma reflexão sobre os princípios fundadores do direito de autor para, a partir daí, evoluir em terrenos inexplorados.

A análise do «saber disponível» condensado em certos ordenamentos jurídicos nacionais – português, francês, alemão, inglês e americano – e nos principais instru-

mentos internacionais e regionais permite identificar as principais questões ainda mergulhadas na ambiguidade e dá a noção do «longo caminho a percorrer, a nível mundial, para compatibilizar a defesa do direito de autor com o efeito combinado da digitalização e da existência de uma rede global de comunicação e de informação disponibilizada a pedido do utilizador».

Esse caminho passa pelas respostas a certas questões conceptuais – multimédia, fixação, reprodução, originalidade, publicação, oferta –, bem como aos desafios resultantes da tecnologia digital relativos aos direitos morais, aos direitos patrimoniais e às excepções e limitações, designadamente a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação.

Legislar segundo os princípios, embora necessário, não é suficiente. Há ainda que garantir a «viabilidade da aplicação da lei». E é neste passo que o presente trabalho faz toda a diferença: nele a Doutora Patrícia Akester propõe um sistema de protecção do direito de autor que, ao mesmo tempo, garante a privacidade dos utilizadores no ciberespaço e incentiva o acesso do público à informação nas redes de comunicação.

Acompanhada de inúmeras referências que testemunham a extensão da investigação feita e uma reflexão aprofundada dos temas abordados, esta obra é ainda enriquecida por observações de direito comparado, as quais revestem enorme importância numa altura em que a digitalização induz a utilização internacional e impõe o conhecimento dos vários sistemas de protecção.

A dificuldade do tema escolhido é superada por um trabalho minucioso e sério e a linguagem clara traduz convicções fortes e contagiantes: quem poderá deixar de acompanhar a Doutora Patrícia Akester quando afirma que «a protecção dos criadores é um imperativo pelo qual vale a pena lutar»? Bem haja pela sua mensagem!

Paço de Arcos, Fevereiro de 2004

Margarida Almeida Rocha*

* Presidente da Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual (APEPI), grupo português da Association Littéraire et Artistique Internationale.

AGRADECIMENTOS

.....

Esta foi uma longa e laboriosa travessia, que sempre contou com o apoio oportuno de familiares, amigos, colegas e entidades que muito me ajudaram e incentivaram para que pudesse concluí-la com sucesso.

Agradecida devo estar a todos aqueles que me apoiaram, nomeadamente: ao Sr. Ton Van Den Bremer, proprietário discográfico holandês, pelas suas fascinantes histórias sobre violações de direitos de autor; ao Dr. Miguel Teixeira de Abreu, co-fundador da Abreu Cardigos & Associados – Sociedade de Advogados, por me ter permitido dedicar parte do meu esforço ao direito de autor aquando do estágio que efectuei naquela sociedade; ao Sr. Cardeal-Patriarca, D. José da Cruz Policarpo, antigo reitor da Universidade Católica de Lisboa, que me incentivou a fazer o doutoramento; à Dra. Margarida Telles Romão, do Ministério dos Negócios Estrangeiros, pela legislação que, oportunamente, sempre me facultou; à Dra. Sofia Nunes Pereira, da Linklaters – Portugal, pelos inúmeros artigos jurídicos que me disponibilizou para o Reino Unido; à Dra. Alison Firth, do Instituto de Investigação da Propriedade Intelectual do Queen Mary, pela sua co-orientação do meu doutoramento; ao meu orientador, o Professor Adrian Sterling, do Instituto de Investigação da Propriedade Intelectual do Queen Mary, cujos comentários críticos, método e disciplina me guiaram ao longo deste projecto; e, por último, à sua esposa, a Sra. D. Caroline Sterling, pelas suas incansáveis demonstrações de amizade e apoio.

Agradeço especialmente a ajuda prestada pelo Dr. António Pedro Pereira, da Deloitte & Touche, em sede de tradução da minha tese de doutoramento, na qual

se baseia esta obra, bem como pela Dra. Rosário Alçada Baptista Palha Araújo, escritora, e pela Dra. Margarida Almeida Rocha, presidente do grupo português da Association Littéraire et Artistique Internationale, no que toca à revisão linguística desta obra. A esta última agradeço, ainda, as palavras de incentivo proferidas no referente à concretização desta publicação.

Gostaria, ainda, de agradecer ao pessoal e aos meus colegas do Instituto de Investigação da Propriedade Intelectual do Queen Mary, no seio do qual o meu doutoramento foi levado a cabo, nomeadamente à Sra. D. Swee Ng ao Dr. Spyros Maniatis e à Dra. Caroline Wilson.

Estou ainda grata à Sra. Dra. Janet Ibbotson, do British Copyright Council, pelo tempo e a atenção que devotou a discussões sobre o direito de autor.

Não posso esquecer tão-pouco a Fundação para a Ciência e Tecnologia, que me prestou o apoio financeiro necessário para a execução do doutoramento.

Por último, aos meus pais, Mário e Maria Trindade, agradeço a constância em termos espirituais e materiais, e ao meu marido, Richard, o facto de me ter orientado no reino da computação, assim como os numerosos e esclarecedores momentos de discussão académica.

SUMÁRIO

.....

Presentemente, a tecnologia digital tem vindo a desafiar os princípios tradicionais do direito de autor. Não obstante numerosas opiniões doutrinárias segundo as quais este direito não conseguirá ultrapassar tal desafio, pretende esta obra demonstrar que o direito de autor se adaptará à nova realidade tecnológica ao invés de perante ela poder vir a sucumbir.

Inicia-se este trabalho por um estudo comparado dos sistemas de direito de autor, continental, e de *copyright*, anglo-saxónico, com base nas realidades jurídicas portuguesa, francesa, alemã, britânica e norte-americana, seguindo-se-lhe um exame crítico dos instrumentos jurídicos fundamentais regionais, sejam eles europeus, americanos ou internacionais.

Em seguida, procede-se à investigação do impacto surtido por essa tecnologia na esfera de subsistência e exercício dos direitos de propriedade intelectual, o que assenta no exame dos desafios, questões e problemáticas que para o direito de autor decorrem do digital no que concerne a algumas variáveis, a saber:

- A classificação da obra;
- Os conceitos de fixação e cópia;
- O critério de originalidade;
- A noção de publicação;
- Os direitos morais;
- Os direitos de carácter patrimonial;
- O campo das excepções e limitações;

- A responsabilidade dos prestadores de serviços *on-line*;
- A genuinidade da obra;
- A violação dos direitos de autor;
- A observância dos preceitos de direito de autor; e, por último,
- Os conflitos de leis ocorrentes *on-line*.

Impôs-se ainda, para a prossecução de um estudo mais abrangente deste tema, que se tecessem algumas considerações no que se refere à liberdade de disseminação da obra na Internet, incluindo, necessariamente, um exame sumário da censura no seio desta última.

Acresce que esta investigação versou não apenas sobre a temática jurídica supra-referida, mas ainda sobre múltiplos aspectos tecnológicos que a ela se encontram intrinsecamente ligados, o que determinou a inclusão de um glossário de termos técnicos.

Concluiu-se serem necessárias normas jurídicas internacionais, em sede de direito de autor, dedicadas expressamente à problemática emergente do digital, normas essas que colmatem as lacunas que caracterizam o quadro jurídico internacional neste âmbito, propondo-se diversas soluções para os problemas identificados.

ABREVIATURAS

.....

Instrumentos jurídicos nacionais

Lei alemã de 1965 – Lei de direito de autor, 1965.

Lei norte-americana de 1976 – Lei de *copyright*, 1976.

CDADC de 1985 – Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, 1985.

Lei do Reino Unido de 1988 – Lei de *copyright*, *design* e patentes, 1988.

Código francês de 1992 – Código de direito da propriedade intelectual, 1992.

Digital Millennium Copyright Act (DMCA) – Lei de *copyright* norte-americana referente ao milénio digital, 1998.

Instrumentos jurídicos internacionais

Convenção de Berna – Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas, 1886; acto de Paris, 1971.

Convenção Universal sobre Direito de Autor (CUDA) – Convenção Universal sobre Direito de Autor, 1952; acto de Paris, 1971.

Convenção de Roma – Convenção internacional para protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, Roma, 1961.

Convenção sobre Fonogramas – Convenção para a protecção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada dos seus fonogramas, Genebra, 1971.

Acordo TRIPS – Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, Marraqueche, 1994.

Tratado da OMPI sobre Direito de Autor – Tratado da OMPI sobre direito de autor, Genebra, 1996.

Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas – Tratado da OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas, Genebra, 1996.

Convenção sobre Crimes Cibernéticos – Convenção internacional contra o cibercrime, Budapeste, 2001.

Projecto de Convenção da Haia – Projecto de convenção internacional relativa à competência e ao reconhecimento das decisões estrangeiras, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Instrumentos jurídicos regionais

Convenção de Bruxelas – Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Bruxelas, 1968.

Convenção de Lugano – Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Lugano, 1988.

Acordo NAFTA – Acordo de livre comércio norte-americano, 1992.

Tratado da União Europeia – Tratado da União Europeia, Maastricht, 1992.

Decisão 351 de Cartagena – Decisão 351 do Acordo de Cartagena sobre um regime comum de direito de autor e direitos conexos, 1993.

Directivas comunitárias

Directiva sobre os Programas Semicondutores – Directiva do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de programas semicondutores (Dir. 87/54/CEE).

Directiva sobre os Programas de Computador – Directiva do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (Dir. 91/250/CEE).

Directiva sobre o Direito de Aluguer – Directiva do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (Dir. 92/100/CEE).

- Directiva sobre Radiodifusão por Satélite e Retransmissão por Cabo – Directiva do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (Dir. 93/83/CEE).
- Directiva sobre o Prazo de Protecção – Directiva do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (Dir. 93/98/CEE).
- Directiva sobre as Bases de Dados – Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (Dir. 96/9/CE).
- Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas – Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 1999, relativa ao quadro jurídico das assinaturas electrónicas (Dir. 99/93/CE).
- Directiva sobre o Comércio Electrónico – Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Dir. 2000/31/CE).
- Directiva sobre a Sociedade da Informação – Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (Dir. 2001/29/CE).
- Regulamento 44/2001 – Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em material civil e comercial.

Revistas jurídicas e abreviaturas conexas

AC – Appeal Cases

All ER – All England Law Reports

ALR – Australian Law Reports

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

Bus LR – Business Law Review

Cardozo Arts & Entertainment LJ – Cardozo Arts and Entertainment Law Journal

Ch – Law Reports, Chancery Division

Columbia Law Rev – Columbia Law Review

Comm LJ – Communications Law Journal

Comps & Law – Computers and Law
Copyright-Bulletin – UNESCO Copyright-Bulletin
CL&P – Computer Law & Practice
CL&SR – The Computer Law and Security Report
CW – Copyright World
EBL – Electronic Business Law
ECLR – European Competition Law Review
ECDR – European Copyright and Design Reports
ECJ – European Court of Justice
Eu LF – European Legal Forum
EIPR – European Intellectual Property Review
EMLR – Entertainment and Media Law Review
F. Supp. – Federal Reporter, Supplement
F2d. – Federal Reporter, 2nd Series
F3d. – Federal Reporter, 3rd Series
FSR – Fleet Street Report
Harvard Law Rev. – Harvard Law Review
HL – House of Lords
Houston Law Rev. – Houston Law Review
IP&IT Law – Intellectual Property and Information Technology Law
IIC – International Review of Industrial Property and Copyright Law
IRLCT – International Review of Law Computers and Technology
IPR – Intellectual Property Reports
J On-Line – Journal On-Line
KB – King’s Bench
LR I Eq. – The Law Reports, Equity
Mac CC – Mac Gillivray’s Copyright Cases
MIP – Managing Intellectual Property
Mich. Tel. Tech. L Rev. – Michigan Telecommunications and Technology Law Review
NYUJ Int’l L & Pol. – New York University Journal of International Law and Politics
N Carolina L Rev. – North Carolina Law Review
Nova L Rev. – Nova Law Review
OJ – Official Journal of the European Communities
QB – Queen’s Bench
RIDA – Revue Internationale du Droit d’Auteur
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RPC – Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases

S Ct . – Supreme Court

Tulane Law Rev. – Tulane Law Review

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation

US – United States Reports

USPQ – United States Patent Quarterly

Vanderbilt Law Rev – Vanderbilt Law Review

WLR – Weekly Law Reports

WL – Westlaw

Outras abreviaturas

ALAI – Association Littéraire et Artistique Internationale

CE – Comunidade Europeia

Glossário OMPI – Glossário OMPI de Termos de Direito de Autor e Direitos Conexos,
Genebra, 1980

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

Relatório Lehman – *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Lehman, B. A. and the Information Infrastructure Task Force, Office of Legislative and International Affairs, United States Patent and Trade Mark Office, 1995

PROLEGÓMENOS

.....

Jane Schurtz-Taylor¹ chama a atenção para o facto de a Internet se caracterizar pela colaboração espontânea entre países e culturas, pela troca gratuita de conhecimentos e informações – todos podem aderir a tal meio, o qual é postulado pela ausência de discriminação, seja ela etária, étnica ou sexual.

Todavia, o digital comporta alguns perigos para o direito de autor². A informação contida em formato digital é intangível, podendo ser copiada *ad aeternum* sem detrimento da qualidade das cópias daí decorrentes. Mais, as obras em formato digital podem ser reproduzidas instantaneamente e, ao contrário do que sucede com a cópia efectuada através de meios técnicos tradicionais, essa reprodução é realizada

¹ J. Schurtz-Taylor, «The Internet Experience and Authors' Rights», *International Journal of Legal Information*, 24: 2, 1996, p. 117.

² Vide, *inter alia*, N. Highman, «The New Challenges of Digitisation», *EIPR*, 10, 1993, p. 355; E. Samuels, «Copyright Concerns on the Information Superhighway», *Annual Survey of American Law*, 1994, p. 383; F. H. Cate, «Law in Cyberspace», *Howard Law Journal*, 39: 531, 1996, p. 565; J. C. Ginsburg, «Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace», in P. B. Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996, p. 189; A. Johnson-Laird, «The Anatomy of the Internet Meets the Body of the Law», *University of Dayton Law Review*, 22: 3, 1997, p. 467; R. A. Kurz e C. M. Jimenez, «Copyrights On-Line», 39: 2, *Howard Law Journal*, 1996, p. 53; A. Mille, «Copyright in the Cyberspace Era», *EIPR*, 10, 1997, p. 570.

6.2.1	Introdução	189
6.2.2	Um problema de qualidade	189
6.2.3	O imperativo do direito de autor no terceiro milénio	190
6.3	Perspectivas económica e política	190
6.3.1	A dimensão económica	190
6.3.2	A dimensão política	192
6.3.2.1	Introdução	192
6.3.2.2	Controlo governamental da Internet	192
6.3.2.3	Controlo exercido por entidades privadas	194
6.3.2.4	Conclusão	194
Capítulo VII – Sumário e conclusões	195
7.1	Introdução	195
7.2	Sumário	195
7.3	Conclusões	197
Apêndice A – História da Internet	201
Apêndice B – Glossário de termos técnicos	203
Apêndice C – Quadro sobre os intermediários na Internet	207
Instrumentos jurídicos nacionais	209
Acordos multilaterais	211
Instrumentos jurídicos regionais	213
Jurisprudência	215
Bibliografia	219
	Livros, monografias e artigos	219
	Actas de conferências internacionais	236
	Relatórios	236
Índice remissivo	239
Índice geral	243



Alegando que "a protecção dos criadores é um imperativo pelo qual vale a pena lutar", a Autora pretende analisar, nesta sua tese de doutoramento, as possibilidades de compatibilização entre, por um lado, a revolução digital e a globalização das comunicações e da informação que imperam actualmente nas nossas sociedades e, por outro, o direito de autor tal como ele se encontra consagrado em diversos ordenamentos jurídicos e nos principais instrumentos internacionais, nacionais e regionais.

Embora reconhecendo que a tecnologia digital tem vindo a desafiar os princípios tradicionais do direito de autor, este estudo propõe-se demonstrar que um tal direito é passível de ser adaptado à nova realidade tecnológica, ao invés de perante ela poder vir a sucumbir.

Patrícia Akester licenciou-se em Direito pela Universidade Católica de Lisboa e doutorou-se em Direito de Autor no Instituto de Investigação da Propriedade Intelectual do Queen Mary College, sendo investigadora e docente na Universidade de Cambridge.

ISBN 972-8818-22-X



9789728818227

