

ARTE, TECNOLOGIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Apresentação

- § 1. O acolhimento da teoria dos *property rights* na directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação
- § 2. A problemática natureza jurídica dos direitos de autor
- § 3. Arte, técnica e propriedade intelectual
- § 4. Segredos de empresa, propriedade e concorrência desleal
- § 5. *Right of Publicity*, bens da personalidade e propriedade
- § 6. Direitos conexos ao direito de autor e liberdade de criação cultural
- § 7. Os dois ramos da propriedade intelectual na árvore proprietária do Código Civil
- § 8. Um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual?
- § 9. A fragmentação conceptual da propriedade. *Abstract*

Apresentação

Este estudo analisa a recepção da teoria dos direitos de propriedade pela directiva europeia sobre direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação.

Para começar, é focado o problema da natureza jurídica do direito de autor e de outros direitos de propriedade intelectual, tendo em conta a dicotomia tradicional entre a protecção das criações artísticas e literárias pelo direito de autor e a protecção das invenções técnicas e utilitárias e dos sinais distintivos pela propriedade industrial.

Além disso, questiona-se a existência de um sistema aberto de direitos de propriedade intelectual reforçado pela protecção da concorrência desleal, abrangendo nomeadamente os segredos de negócios.

Por outro lado, aborda-se também o relacionamento entre a protecção dos direitos de personalidade nos sistemas de *Civil Law* e os direitos de propriedade intelectual, tendo em vista o chamado *Right of Publicity*, e procura ligar-se a protecção dos direitos conexos à protecção constitucional da liberdade de criação cultural.

Finalmente, sustenta-se que os dois ramos da propriedade intelectual da árvore da propriedade do Código Civil Português não esgotam todas as formas de direitos de propriedade intelectual, considerando um emergente *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo de uma fragmentação conceptual da propriedade.

Uma palavra ainda para referir que este estudo corresponde, com ligeiras alterações e sem notas, ao artigo publicado, sob o mesmo título, na Revista da Ordem dos Advogados (Ano 62, 2002, 467-485), acompanhando sinteticamente alguns passos da

nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Intelectual* (Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2001), para cujas referências bibliográficas se remete.

§ 1. O acolhimento da teoria dos *property rights* na directiva sobre direitos de autor sociedade da informação

A directiva sobre aspectos dos direitos de autor e conexos na sociedade da informação (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001) harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção de direitos. Este acto de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor e conexos como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado” (Livro Verde, COM(95) 382 final).

A propriedade surge, neste contexto, como a forma jurídica capaz de adequar os direitos de autor à sua relevante função política na construção da sociedade da informação. Sendo os direitos de autor (e conexos) formas de propriedade intelectual, entende-se que esta “é reconhecida como parte integrante da propriedade” (cons. 9), acolhendo a nível comunitário o entendimento segundo o qual “o processo intelectual mais significativo, que se afirmou no pensamento do direito de autor, foi a superação da teoria dos privilégios pela teoria da propriedade intelectual” (Ulmer).

§ 2. A problemática natureza jurídica dos direitos de autor

Todavia, a consideração do direito de autor como propriedade é susceptível de colocar obstáculos às medidas de harmonização comunitária neste domínio, uma vez que segundo o princípio firmado no Tratado de Roma (Art. 222.º), os Estados-membros não teriam atribuído poderes às instâncias comunitárias de ordenação jurídica da propriedade. Não obstante, as cláusulas gerais deste Tratado permitiriam intervenções comunitárias ao nível do exercício e da disposição privada da propriedade, sendo de

destacar que a consideração do direito de autor como direito de propriedade ou análogo à propriedade tornaria possível interpretar o Art. 222.º no sentido da admissibilidade de especiais configurações ou limites do direito de autor, por ex., no que respeita aos limites do direito de autor ou à exploração exclusiva de determinados direitos de utilização pelos organismos de gestão do direito de autor.

Por outro lado, a teoria da propriedade intelectual não é consensual, uma vez que seria susceptível de confundir o direito de autor com o direito de propriedade, o qual, segundo a construção pandectística devida a Puchta, recairia apenas sobre objectos corpóreos. Essa é, aliás, a teoria que informa a noção de coisa da lei civil germânica, que posteriormente influenciaria outras codificações. “Coisas no sentido da lei são apenas objectos corpóreos”, assim dispõe o § 90 do BGB.

Ora, as obras literárias e artísticas não seriam objectos corpóreos, pelo que, em rigor, não poderiam ser coisas. Com efeito, na anotação de Palandt a este preceito escreve-se que não seriam coisas, inter alia, a luz (mas não a energia eléctrica), os programas de computador, não podendo, por isso, ser objecto de direitos de propriedade e de posse; sendo que, a aplicação dos preceitos destes institutos aos objectos corpóreos seria “questão do caso concreto”.

Assim, esta breve excursão pelo direito alemão permite-nos compreender que a directiva comunitária é susceptível de levantar alguns problemas ao nível do enquadramento dogmático do direito de autor, uma vez que apesar de este direito gozar de protecção constitucional como direito de propriedade, já semelhante qualificação na lei civil germânica depara com o conceito de coisa do BGB.

Além do mais, apesar de o legislador comunitário fundar o direito de autor na propriedade de modo a justificar um elevado nível de protecção, não deixe de se referir que as medidas de harmonização adoptadas neste domínio são comentadas no sentido de gerarem o “enfraquecimento tendencial do estatuto do autor no decurso da harmonização do direito de autor” (Dietz), aproximando «perversamente» a concepção de *droit d’auteur* ao modelo de *copyright*.

§ 3. Arte, técnica e propriedade intelectual

Um outro aspecto que interessa considerar é o facto de o direito de autor ser englobado na figura da propriedade intelectual, a qual abrange também os direitos de

propriedade industrial e o instituto da concorrência desleal. Será legítima a aproximação do direito de autor à propriedade industrial?

Tradicionalmente, na doutrina germânica, considera-se que, apesar de estarem próximos dos direitos de propriedade industrial, “os direitos de autor são puros direitos intelectuais de protecção e distinguem-se por isso dos direitos de protecção técnico-industrial” (Baumach / Hefermehl). Por outro lado, o direito da concorrência teria aí, quando muito, um significado apenas “complementar” (Ulmer). Na base disto estaria a distinção entre técnica e arte: as “invenções seriam prestações técnicas, mas não criações”, no sentido de que não resultariam da “expressão criadora de um espírito individual” (Rehbinder).

Actualmente, porém, como destaca Schricker, é forte a tendência para o esbatimento dos termos desta dicotomia, podendo dizer-se que a aproximação entre os dois institutos resulta de uma “mudança de paradigma” do direito de autor, se é que no moderno ambiente tecnológico não estará reservado ao direito de autor o papel de um “mero direito industrial” (Dietz). Um exemplo claro da aproximação destes dois institutos é o seu tratamento conjunto numa óptica comercial no acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS, 1994), embora se entenda que sob a designação propriedade intelectual “é abrangida não apenas a propriedade espiritual (*geistiges Eigentum*), mas tudo o que nós em alemão chamamos direito de protecção industrial (*gewerbliche Rechtsschutz*) e direito de autor (*Urheberrecht*)” (Reinbothe).

Não obstante, como pólo aglutinador, parece afirmar-se neste país a teoria dos «property rights», entendidos como “restrições temporárias e específicas à concorrência que, a longo prazo, servem para melhorar o bem estar de um sistema de economia de mercado: são restrições da concorrência criadas artificialmente para promover a concorrência e a produção de bens especialmente desejados pela sociedade” (Lehmann).

Assim, parece que a aplicação da análise económica do direito aos direitos de propriedade intelectual, traduzida na reabilitação do sistema de recompensas de A. Smith, é acolhida pelo legislador comunitário.

Todavia, será importante destacar, sob pena de cairmos numa pura economização tecnológica do direito, que existe um princípio de justiça que se sobrepõe a uma pura fundamentação económica dos regimes jurídicos. Esse princípio está presente na filosofia de John Locke, no sentido da justa atribuição ao criador da propriedade dos frutos do seu trabalho intelectual, e de, resto, constava já do pedido de concessão de

privilégio apresentado por Galileu, ou mesmo, retomando princípios porventura já constantes da *Lex Fabia de plagiariis* dos romanos, na decisão do Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”.

Com efeito, não se trata apenas de saber se o modelo é economicamente sustentável na sociedade, mas desde logo se é adequado em face dos valores vigentes numa comunidade histórica. Este princípio fundamental parece subjazer ao direito de autor alemão, protegendo a obra enquanto expressão de uma personalidade criadora individual, em termos de unidade infrangível entre a autoria e a titularidade originária do direito (§ 2(2), § 7 UrhG). Sendo que, neste país, o direito de autor é constitucionalmente garantido como propriedade (Art. 14 GG), encontrando-se sujeito ao princípio da *Sozialbindung*.

De resto, esse princípio permite afirmar, como o fez o Supremo Tribunal dos EUA no caso *Ruckelshaus v. Monsanto* (1984), a natureza jurídica do *trade secret* como direito de propriedade, pois que é “produto do trabalho e do engenho de um indivíduo”; ou, na formulação do caso *In re Iowa Freedom of Information Council* (2d. Cir. 1984): “Trade secrets are a peculiar kind of property. Their only value consists in their being kept secret. If they are disclosed or revealed, they are destroyed”.

§ 4. Segredos de empresa, propriedade e concorrência desleal

O Acordo ADPIC aponta no sentido da protecção dos “trade-secrets”, incluindo-os juntamente com o “direito industrial” e o “direito de autor” e direitos conexos, no *gurgite vasto* da propriedade intelectual.

O saber-fazer constitui objecto de diversos tipos de acordos de extrema importância no universo da praxis negocial. Prova disso mesmo fazem certos regulamentos comunitários. O regulamento sobre acordos de transferência de tecnologia (Reg. (CE) 240/96 da Comissão, art. 10.º, 1 a 4) caracteriza em termos pormenorizados o saber-fazer, definindo-o como um conjunto de informações técnicas, que são secretas, substanciais e identificáveis. Sucintamente:

- o carácter secreto significa que o saber-fazer, enquanto conjunto globalmente considerado ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso, não se exigindo, porém, que cada componente

individual seja totalmente desconhecido ou não susceptível de obter fora da empresa do licenciante;

- o carácter substancial significa que o saber-fazer deve abranger informações úteis, em termos de poder razoavelmente esperar-se, à data da conclusão do acordo que sejam susceptíveis, por ex., de melhorar a posição concorrencial do licenciado, ajudando-o a penetrar num novo mercado;

- o carácter identificável significa que o saber-fazer deve ser descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se, nomeadamente, preenche os critérios de segredo e de substância.

Ora, no quadro do Código da Propriedade Industrial de 2003, o saber-fazer (informações não divulgadas: art. 318.º) é agora protegido autonomamente enquanto segredo de negócios de concorrentes, contra actos de aquisição, utilização ou divulgação sem o consentimento do concorrente. Todavia, a autonomização da protecção dos segredos de negócios implicará ainda um acto de concorrência desleal, o que pressupõe a contrariedade a actos e usos honestos do comércio e da indústria. Nesse sentido, não se tratará de um direito absoluto *tout court*, podendo a sua prática continuar a ser apontada como uma das formas da 2.ª variante da ilicitude ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil (Antunes Varela).

Parece-nos que o saber-fazer será uma coisa incorpórea, que nem está no domínio público, nem é, por sua natureza, insusceptível de apropriação individual, podendo, por isso, ser objecto de direitos privados, ou seja, não é uma *res extra commercium*. Além disso, parece agora claro que o preceito visa “tutelar o próprio segredo de indústria ou comércio, suprimindo a lacuna da ordem jurídica portuguesa na matéria” (Oliveira Ascensão).

Mas, tratar-se-á de um direito de propriedade intelectual? Numa breve abordagem de direito comparado, constatamos que, enquanto uns negam a tutela geral mediante um direito absoluto dos segredos enquanto tais (Ascarelli), outros sustentam a protecção do saber-fazer (segredo) através de um direito de exclusivo “imperfeito” (Troller).

No direito alemão, apesar de a jurisprudência superior do BGH qualificar esta figura como um direito de exclusão, a doutrina que nega o *Recht am Unternehmen*, seja como direito subjectivo absoluto, seja como direito especial (§ 823 I BGB), considera que se trata aqui de uma forma de protecção jurídico-empresarial dos segredos de empresa, apelando, recorrentemente, a um critério de ponderação de interesses (Baumach/Hefermehl).

No sistema de *Common Law*, aceita-se que o saber-fazer tecnológico, pelo menos no que respeita aos segredos de comércio e indústria, poderá ser tratado como uma forma de propriedade intelectual, uns abertamente (Bainbridge), outros, porém, com reservas (Cornish); sendo de referir, ainda, nos EUA, a “doutrina dos segredos de comércio” que aproxima esta figura do “direito da moralidade comercial”, embora alguns pareçam inclinar-se para a concepção do direito exclusivo de propriedade intelectual (Alces/See).

O saber-fazer goza de economicidade e individualidade próprias para poder ser considerado coisa. Nessa medida, não se resume a uma mera actividade de comunicação. O conjunto de informações que o compõem tem um valor económico autónomo. Além disso, o saber-fazer é concebido como possível objecto de relações jurídicas, considerando que se trata de uma coisa que, por sua natureza, não é insusceptível de apropriação individual nem está no domínio público. Nessa medida, o saber-fazer não é *res extra-commercium* podendo constituir objecto de direitos privados.

Por outro lado, os actos de aquisição, utilização ou divulgação de segredos de negócios não serão ilícitos se tiverem sido autorizados, por contrato ou por lei. Por exemplo, as regras de descompilação dos programas de computador impõem a licitude da obtenção e utilização das informações tecnológicas imbuídos no programa para fins de interoperabilidade, isto é, o titular dos direitos não poderá contornar o imperativo da interoperabilidade por via contratual e/ou da concorrência desleal.

§ 5. *Right of Publicity*, bens da personalidade e propriedade

A existência de direitos de propriedade também é reconhecida num outro domínio, porventura ainda mais problemático. Trata-se de direitos sobre aspectos da personalidade, já antes reconhecidos pela doutrina de Manuel de Andrade como susceptíveis de constituírem coisas. Porém, saber se estes bens da personalidade que se consideram coisas incorpóreas podem ser objecto de um direito de propriedade já é mais complexo.

Na verdade, em princípio, os bens da personalidade serão objecto do direito de personalidade, uma vez que, como escrevem Baumach e Hefermehl: “Das Persönlichkeitsrecht ist kein Herrschaftsrecht wie das Eigentum”.

Não obstante, existe uma corrente favorável à afirmação de um direito de propriedade sobre aspectos da personalidade. No sistema de *Common Law*, ao lado do chamado

right of privacy, de natureza pessoal e intransmissível, afirmou-se a categoria do *right of publicity*, isto é, “o direito exclusivo de controlar o aproveitamento do valor comercial das características da personalidade. Abrange a pretensão negativa de recusar aos outros a exploração não autorizada de características da identidade e a pretensão positiva de configurar a sua exploração por terceiros e de com eles realizar o seu valor de exploração associado. O Right of Publicity é um direito de propriedade transferível... o Right of Publicity é ao mesmo tempo o equivalente antitético do Right of Privacy, porque ao contrário deste não é dirigido à protecção de interesses ideais, mas antes de interesses económicos” (Götting).

Entre nós, essa caracterização é sustentada para certos bens que se ligam a aspectos da personalidade, como sejam o direito à firma (Oliveira Ascensão, Coutinho de Abreu). Enquanto para esta última orientação está em causa, sobretudo, recusar o entendimento de que, por se ligar a um bem da personalidade, o direito à firma seria um puro direito de personalidade, já a doutrina do *Right of Publicity* defende que a natureza deste bem não é pessoal, mas antes real, sustentando-se a tese da propriedade.

Isto permite compreender, por um lado, que mesmo em relação a certos bens ligados à personalidade, como o nome (que integra a firma), a doutrina não apenas admite a sua coisificação como, inclusivamente, propõe a qualificação deste direito como direito de propriedade; e, por outro, que mesmo que se recuse esta orientação sempre se concluirá que a natureza jurídica da firma se aproxima, em certos termos, da do direito de autor (Canaris), o qual se pode enquadrar no direito de propriedade.

§ 6. Direitos conexos ao direito de autor e liberdade de criação cultural

Uma outra forma de propriedade intelectual de enquadramento sistemático complexo é constituída pelos chamados direitos conexos ao direito de autor. Quer o texto constitucional quer o código civil são omissos relativamente a referências aos direitos conexos.

É verdade que ao tempo da aprovação do Código Civil, estes direitos não eram atribuídos na ordem jurídica portuguesa, desde logo porque Portugal não ratificara então a Convenção de Roma (1961) sobre a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Todavia, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966 dava conta destes direitos no

preâmbulo (§ 9). Por seu turno, no que respeita ao texto constitucional, mantém-se ainda hoje a redacção originária “direitos de autor”, acentuando-se a inércia legislativa em actualizar a letra da Constituição e do Código Civil. Ou tratar-se-á antes de uma lacuna voluntária quanto ao enquadramento dos direitos conexos?

Temos sustentado que os direitos conexos constituem uma forma de propriedade intelectual e que poderão colher fundamento na liberdade de criação cultural, configurando, fundamentalmente, uma terceira via de direitos sobre bens imateriais, a meio caminho entre o direito de autor e a propriedade industrial.

A liberdade de criação cultural está consagrada no art. 42.º da Constituição, o qual se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no sentido de reconhecer a todos o “direito à protecção dos interesses materiais e morais correspondentes às produções cinematográficas, literárias ou artísticas de que são autores” (art. 27.º, 2). Nesse sentido, a liberdade de criação cultural faz parte do catálogo dos direitos fundamentais do homem e os direitos de autor participam dessa dignidade constitucional.

Isto significa, nomeadamente, que os “direitos de autor” são orientados por princípios que informam constitucionalmente o instituto, em termos de o fundamento de promoção da liberdade de criação cultural contrapor a protecção da personalidade do criador de obras literárias e artísticas à mera tutela do investimento em “bens culturais” transformados em “objectos dum «consumo de cultura»” (Rogério Soares), num cenário de concorrência mercantil.

Porém, os direitos conexos destinam-se a proteger prestações artísticas e prestações empresariais, como sejam, por exemplo, as dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão. Apesar disso, parece-nos que se poderá interpretar extensivamente o art. 42.º, 2, da Constituição, no sentido de abranger os direitos conexos no quadro da “protecção legal dos direitos de autor” prevista no contexto da liberdade de criação cultural.

Esta liberdade está intrinsecamente ligada a uma dimensão fundamental da pessoa humana, que é a liberdade de expressão e de pensamento, sendo porém protegida em termos reforçados em relação a esta última liberdade. Os direitos conexos deverão ser acolhidos no preceito relativo à liberdade de criação cultural, uma vez que a actividade exercida pelos sujeitos destes direitos se situa na esfera da “irradiação do produto cultural”, justificando, nessa medida, a extensão da garantia constitucional, que abrange todas as formas de “mediação comunicativa”, para além de se traduzir numa utilização

do produto da criação cultural criadora de valor económico (Gomes Canotilho / Vital Moreira)

§ 7. Os dois ramos da propriedade intelectual na árvore proprietária do Código Civil

Os “direitos de autor” são previstos no Código Civil como uma forma de propriedade intelectual sujeita a legislação especial (art. 1303.º). Isto permite-nos afirmar que a “protecção legal dos direitos de autor” traduzir-se-á na atribuição de uma forma especial de propriedade sobre criações culturais de pessoas humanas geradas no exercício daquela liberdade fundamental.

A qualificação legal dos “direitos de autor”, juntamente com a propriedade industrial, como dois tipos de “propriedade intelectual” não será afastada, em virtude de o “objecto do direito de propriedade” ser definido em termos de só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, poderem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil (art. 1302.º CC), uma vez que o legislador terá aderido ao conceito de *res unita corporalis* para definir, apenas, o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil e mesmo aí em termos não absolutos.

Ao mesmo tempo, porém, terá admitido outras formas de propriedade, de que é expressão a “propriedade intelectual”, e não identificou, sequer, a noção de coisa com o objecto destes direitos, consagrando ao lado da categoria das coisas corpóreas a figura das coisas incorpóreas, que podem ser, igualmente, objecto de direitos de propriedade em determinados casos.

Assim, podemos afirmar com algum grau de segurança que, sob o *nomen* propriedade intelectual, o art. 1303.º do Código Civil designa tipos de propriedade sobre coisas incorpóreas previstos e regulados em legislação especial, estando estes casos agrupados *maxime* em dois institutos típicos vertidos *sub specie codicis*.

Por um lado, relativamente aos objectos dos direitos de autor, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as obras literárias e artísticas, uma vez que a lei refere expressamente os “direitos de autor”. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para as prestações dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão, previstas no capítulo atinente aos direitos conexos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, bem como para certas

figuras afins aos direitos conexos (por ex., o direito do empresário de espectáculos públicos).

Por outro lado, relativamente aos objectos da propriedade industrial, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as patentes, os modelos de utilidade, os modelos e desenhos industriais, as marcas, as recompensas, o nome e insígnia de estabelecimento, os logótipos, as denominações de origem e as indicações geográficas, previstos e regulados no Código da Propriedade Industrial; além disso, a tutela da concorrência desleal parece atribuir uma forma especial de propriedade intelectual mais delicada em relação a certos objectos, em especial os segredos de negócios.

Finalmente, outros casos especiais de propriedade intelectual são previstos e regulados em diplomas avulsos, tal como sucede relativamente aos programas de computador (Decreto-Lei n.º 242/94, de 20 de Outubro) e às bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho). Estes casos parecem constituir um *tertium genus*, embora possam ainda ser ordenados segundo o dualismo da referida “série de tipos” (Larenz/Canaris) de objectos da propriedade intelectual. Outros exemplos paradigmáticos de casos que reclamam a construção de uma “terceira via” de propriedade intelectual são oferecidos pelo regime de protecção jurídica dos produtores de bases de dados e pela tutela de obras geradas por computador.

Não obstante, os cânones tradicionais parecem ser, ainda, susceptíveis de adequação à novidade destes casos, ainda que se opte, em termos de técnica legislativa, pela adopção de diplomas especiais avulsos. Por exemplo, relativamente ao direito *sui generis* instituído a nível comunitário para proteger os produtores de bases de dados contra actos de extracção e/ou reutilização do seu conteúdo (Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996), tem predominado a entendimento que os equipara, em termos de inserção sistemática, aos direitos conexos, ainda que os não subordinando ao princípio do tratamento nacional. Não obstante, o legislador português optou pela autonomização deste novo direito (Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, Capítulo III sobre protecção especial do fabricante de bases de dados).

Porém, nada obsta a que numa futura revisão do Código do Direito de Autor os regimes especiais dos programas de computador e das bases de dados sejam integrados, com as respectivas notas especiais, no referido Código. Foi isso, aliás, o que sucedeu com a protecção das topografias de produtos semicondutores, segundo a respectiva directiva comunitária. Inicialmente transposta em diploma autónomo, em razão da

“natureza híbrida” do regime estabelecido, acabaria por ser integrada no novo Código da Propriedade Industrial.

§ 8. Um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual?

De todo o modo, interessa destacar que as formas de propriedade intelectual não se encontram taxativamente tipificadas no art. 1303.º, 1, do Código Civil, ao estilo de um *tertium non datur*. Porém, estes casos *ex codice* não apresentam identidade e unidade suficientes para formarem uma figura autónoma, um *tertium genus*, antes sendo, pelo contrário, derivados impróprios ou “anómalos” dos institutos tradicionais típicos, no quadro da propriedade intelectual.

Mas deve reconhecer-se que a natureza híbrida das novas tecnologias conduz progressivamente a uma aproximação entre os institutos tradicionais, apesar de não existirem já casos *sub legem* que constituam um *tertium genus* ou que, pelo menos, esboquem os traços, com suficiente identidade e unidade, de uma figura autónoma emergente no quadro dogmático da propriedade intelectual, capaz de superar o dualismo tradicional de oitocentos.

Propõe-se, a este propósito, a figura do “arquipélago” de direitos de propriedade intelectual, entendendo-se que “tal é bem o caso das propriedades intelectuais. Contra todos os integralismos... sustentamos que há, atravessando todas as propriedades intelectuais, elementos comuns e em larga medida uma filosofia comum que transcendem a diversidade técnica remetendo-a a não ser mais do que técnica” (Vivant).

Na verdade, à abertura sistemática da propriedade intelectual junta-se uma ideia de unidade funcional, no sentido de que a propriedade intelectual não se confunde com, nem resulta da mera adição dos princípios e das regras dos direitos de autor e da propriedade industrial, somando-lhes os regimes especiais que gravitam em torno dos respectivos Códigos, pois que ao utilizar a expressão propriedade intelectual, o legislador não está a remeter o intérprete, nem para uma colectânea de legislação desconexa e fragmentária, nem para dois direitos codificados com indexação de respectivos diplomas avulsos, mas antes para uma categoria autónoma, com identidade e unidade suficientes para figurar a *se stante* no quadro dogmático do direito privado.

Sendo que a especial natureza dos direitos de propriedade intelectual decorre, desde logo, da incorporalidade do seu objecto, uma vez que estas coisas não se confundem

com o *corpus mechanicum* em que virtualmente se expõem. Ademais, os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, que decorre do valor comunitário constitucionalmente consagrado no princípio da liberdade de criação cultural, embora não nos parece que a utilização da figura da propriedade neste domínio resulte necessariamente da natureza das coisas.

A propriedade intelectual tem por função essencial a promoção da ontogenia do espírito humano, ao nível da originalidade literária e artística, da novidade inventiva e, até, da capacidade distintiva empresarial, bem como, ainda, de prestações de outros agentes do processo económico relativo à criação cultural. Pelo que nos parece razoável sustentar a unidade dos direitos de propriedade intelectual com base na identidade comum, quer da natureza incorpórea do objecto, quer do fim de promoção da liberdade de criação cultural que os anima, entendida esta em sentido amplo.

Deste modo, a expressão propriedade intelectual poderá ser utilizada com o sentido amplo consagrado no art. 1303.º do Código Civil, em termos de o quadro dos objectos da propriedade intelectual ser constituído, grosso modo, pelos “direitos de autor” (obras literárias e artísticas), incluindo os direitos conexos (prestações artísticas e empresariais), e pela propriedade industrial (por ex., patentes, marcas, modelos de utilidade), aos quais se assimilarão modernas criações do espírito, como sejam, respectivamente, os programas de computador, as topografias de produtos semicondutores, os conteúdos de bases de dados e, mesmo, as obras geradas por computador.

De resto, e pondo de parte questões específicas como os “segredos de empresa” e a própria empresa como objecto de direitos, ainda que de gestão sustentável, nesse quadro não será ainda autonomizável, senão formalmente, um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, como figura a *se stante*, provida de identidade e unidade suficientes, uma vez que, mesmo os casos mais “rebeldes” de propriedade de coisas incorpóreas *sub legem* podem ser acolhidos no seio dos institutos tradicionais.

§ 9. A fragmentação conceptual da propriedade

Esta operação de enquadramento sistemático implica recusar a estabilidade de um conceito unitário de direito de propriedade, aplicando-o, indistintamente, a todos os casos.

A única variável dependente seria a natureza corpórea ou incorpórea do objecto. De resto, o conceito de propriedade seria unitário, dele excluindo situações atípicas de tutela de “interesses difusos”, isto é, os direitos cujo *licere* não integrasse todas as faculdades típicas do direito de propriedade, não se podendo falar em relação a eles senão de uma “quase-propriedade”.

Porém, a “unidade do sistema jurídico” que assim se perde só seria todavia alcançada à custa de um método de inversão, que extrairia da natureza corpórea da coisa um elemento essencial do conceito de propriedade.

É verdade que a via que propomos se traduz numa noção de propriedade aberta e porventura fragmentária, com eventual prejuízo da tranquilizante segurança do sistema oferecida pelos conceitos dogmáticos tradicionais. Todavia, o pensamento jurídico aponta justamente o “carácter «aberto» e fragmentário do sistema «interno»”, sustentando que o sistema interno “não é em si fechado, mas antes um sistema «aberto» no sentido de que são possíveis as modificações quer na maneira do jogo de concordância dos princípios, do seu alcance e recíproca limitação, quer no encontro de novos princípios; seja com fundamento em alterações da legislação, seja com fundamento em novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência” (Larenz / Canaris).

Além do mais, a arrumação sistemática que propomos, procurando apreender “o fenómeno da criação do espírito na sua unidade” (Vivant), pretende afirmar a unidade e autonomia de uma figura do direito privado, a propriedade intelectual, concebendo-a como uma árvore com dois ramos principais, segundo o dualismo de oitocentos: os direitos de autor e a propriedade industrial.

Unidade essa que se funda, por um lado, na natureza incorpórea das coisas sobre as quais incidem estes direitos e, por outro, numa intenção de justiça protectora de bens gerados pelo espírito humano e de investimentos realizados na sua produção ou divulgação. Esta intenção de justiça permite assimilar uma série de casos gerados pelas tecnologias da informação aos objectos tradicionais da propriedade intelectual.

Para concluir, os novos direitos de propriedade intelectual apontam fortemente no sentido da aproximação dos direitos de autor à propriedade industrial e vice-versa, tendo em conta a natureza híbrida das criações do espírito humano cujo domínio regulam. Com esta aproximação parece diluir-se, pelo menos em termos normativos, a tradicional dicotomia entre arte e técnica, pois que se equiparam, ao menos para efeitos de

regulamentação legal no quadro da propriedade intelectual, os programas de computador aos textos literários, nomeadamente.

Embora muito dificilmente um programador informático possa ser admitido como candidato elegível a um prémio literário, deve reconhecer-se, não obstante, que não foram as modernas tecnologias da informação que evidenciaram a dimensão técnica da arte nem a dimensão artística da técnica, embora tenham contribuído decisivamente para a sua afirmação no quadro dos frutos do espírito criador protegidos pelo direito de autor e por outras formas de propriedade intelectual.

Abstract - *Art, Technology and Intellectual Property*: This article explores the reception of the theory of property rights by the European directive on copyright and related rights in the information society. It addresses the problem of the legal nature of copyright and other intellectual property rights, having in consideration the traditional dichotomy of copyright protection for arts and literature, on one hand, and industrial property protection for technical and utilitarian creations and distinctive signs, on the other. Moreover, it questions the existence of an open system of intellectual property rights reinforced by the protection of unfair competition, covering namely trade-secrets and business good-will. Another issue addressed in this paper is the relationship between the protection of personality rights in Civil Law systems and intellectual property rights, considering the so-called *right of publicity*. Furthermore, it is essayed to attach the protection of neighbouring rights to the protection of the constitutional freedom of cultural creation. Finally, it is argued that the two branches of intellectual property of the Portuguese Civil Code proprietary tree do not exhaust all forms of intellectual property rights, having in mind an emerging *tertium genus* of IP rights. Nonetheless, it is admitted that a conceptual fragmentation of property may come as a result of this process.

ARTE, TECNOLOGIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Apresentação

- § 1. O acolhimento da teoria dos *property rights* na directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação
- § 2. A problemática natureza jurídica dos direitos de autor
- § 3. Arte, técnica e propriedade intelectual
- § 4. Segredos de empresa, propriedade e concorrência desleal
- § 5. *Right of Publicity*, bens da personalidade e propriedade
- § 6. Direitos conexos ao direito de autor e liberdade de criação cultural
- § 7. Os dois ramos da propriedade intelectual na árvore proprietária do Código Civil
- § 8. Um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual?
- § 9. A fragmentação conceptual da propriedade. *Abstract*

Apresentação

Este estudo analisa a recepção da teoria dos direitos de propriedade pela directiva europeia sobre direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação.

Para começar, é focado o problema da natureza jurídica do direito de autor e de outros direitos de propriedade intelectual, tendo em conta a dicotomia tradicional entre a protecção das criações artísticas e literárias pelo direito de autor e a protecção das invenções técnicas e utilitárias e dos sinais distintivos pela propriedade industrial.

Além disso, questiona-se a existência de um sistema aberto de direitos de propriedade intelectual reforçado pela protecção da concorrência desleal, abrangendo nomeadamente os segredos de negócios.

Por outro lado, aborda-se também o relacionamento entre a protecção dos direitos de personalidade nos sistemas de *Civil Law* e os direitos de propriedade intelectual, tendo em vista o chamado *Right of Publicity*, e procura ligar-se a protecção dos direitos conexos à protecção constitucional da liberdade de criação cultural.

Finalmente, sustenta-se que os dois ramos da propriedade intelectual da árvore da propriedade do Código Civil Português não esgotam todas as formas de direitos de propriedade intelectual, considerando um emergente *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo de uma fragmentação conceptual da propriedade.

Uma palavra ainda para referir que este estudo corresponde, com ligeiras alterações e sem notas, ao artigo publicado, sob o mesmo título, na Revista da Ordem dos Advogados (Ano 62, 2002, 467-485), acompanhando sinteticamente alguns passos da

nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Intelectual* (Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2001), para cujas referências bibliográficas se remete.

§ 1. O acolhimento da teoria dos *property rights* na directiva sobre direitos de autor sociedade da informação

A directiva sobre aspectos dos direitos de autor e conexos na sociedade da informação (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001) harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção de direitos. Este acto de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor e conexos como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado” (Livro Verde, COM(95) 382 final).

A propriedade surge, neste contexto, como a forma jurídica capaz de adequar os direitos de autor à sua relevante função política na construção da sociedade da informação. Sendo os direitos de autor (e conexos) formas de propriedade intelectual, entende-se que esta “é reconhecida como parte integrante da propriedade” (cons. 9), acolhendo a nível comunitário o entendimento segundo o qual “o processo intelectual mais significativo, que se afirmou no pensamento do direito de autor, foi a superação da teoria dos privilégios pela teoria da propriedade intelectual” (Ulmer).

§ 2. A problemática natureza jurídica dos direitos de autor

Todavia, a consideração do direito de autor como propriedade é susceptível de colocar obstáculos às medidas de harmonização comunitária neste domínio, uma vez que segundo o princípio firmado no Tratado de Roma (Art. 222.º), os Estados-membros não teriam atribuído poderes às instâncias comunitárias de ordenação jurídica da propriedade. Não obstante, as cláusulas gerais deste Tratado permitiriam intervenções comunitárias ao nível do exercício e da disposição privada da propriedade, sendo de

destacar que a consideração do direito de autor como direito de propriedade ou análogo à propriedade tornaria possível interpretar o Art. 222.º no sentido da admissibilidade de especiais configurações ou limites do direito de autor, por ex., no que respeita aos limites do direito de autor ou à exploração exclusiva de determinados direitos de utilização pelos organismos de gestão do direito de autor.

Por outro lado, a teoria da propriedade intelectual não é consensual, uma vez que seria susceptível de confundir o direito de autor com o direito de propriedade, o qual, segundo a construção pandectística devida a Puchta, recairia apenas sobre objectos corpóreos. Essa é, aliás, a teoria que informa a noção de coisa da lei civil germânica, que posteriormente influenciaria outras codificações. “Coisas no sentido da lei são apenas objectos corpóreos”, assim dispõe o § 90 do BGB.

Ora, as obras literárias e artísticas não seriam objectos corpóreos, pelo que, em rigor, não poderiam ser coisas. Com efeito, na anotação de Palandt a este preceito escreve-se que não seriam coisas, inter alia, a luz (mas não a energia eléctrica), os programas de computador, não podendo, por isso, ser objecto de direitos de propriedade e de posse; sendo que, a aplicação dos preceitos destes institutos aos objectos corpóreos seria “questão do caso concreto”.

Assim, esta breve excursão pelo direito alemão permite-nos compreender que a directiva comunitária é susceptível de levantar alguns problemas ao nível do enquadramento dogmático do direito de autor, uma vez que apesar de este direito gozar de protecção constitucional como direito de propriedade, já semelhante qualificação na lei civil germânica depara com o conceito de coisa do BGB.

Além do mais, apesar de o legislador comunitário fundar o direito de autor na propriedade de modo a justificar um elevado nível de protecção, não deixe de se referir que as medidas de harmonização adoptadas neste domínio são comentadas no sentido de gerarem o “enfraquecimento tendencial do estatuto do autor no decurso da harmonização do direito de autor” (Dietz), aproximando «perversamente» a concepção de *droit d’auteur* ao modelo de *copyright*.

§ 3. Arte, técnica e propriedade intelectual

Um outro aspecto que interessa considerar é o facto de o direito de autor ser englobado na figura da propriedade intelectual, a qual abrange também os direitos de

propriedade industrial e o instituto da concorrência desleal. Será legítima a aproximação do direito de autor à propriedade industrial?

Tradicionalmente, na doutrina germânica, considera-se que, apesar de estarem próximos dos direitos de propriedade industrial, “os direitos de autor são puros direitos intelectuais de protecção e distinguem-se por isso dos direitos de protecção técnico-industrial” (Baumach / Hefermehl). Por outro lado, o direito da concorrência teria aí, quando muito, um significado apenas “complementar” (Ulmer). Na base disto estaria a distinção entre técnica e arte: as “invenções seriam prestações técnicas, mas não criações”, no sentido de que não resultariam da “expressão criadora de um espírito individual” (Rehbinder).

Actualmente, porém, como destaca Schricker, é forte a tendência para o esbatimento dos termos desta dicotomia, podendo dizer-se que a aproximação entre os dois institutos resulta de uma “mudança de paradigma” do direito de autor, se é que no moderno ambiente tecnológico não estará reservado ao direito de autor o papel de um “mero direito industrial” (Dietz). Um exemplo claro da aproximação destes dois institutos é o seu tratamento conjunto numa óptica comercial no acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS, 1994), embora se entenda que sob a designação propriedade intelectual “é abrangida não apenas a propriedade espiritual (*geistiges Eigentum*), mas tudo o que nós em alemão chamamos direito de protecção industrial (*gewerbliche Rechtsschutz*) e direito de autor (*Urheberrecht*)” (Reinbothe).

Não obstante, como pólo aglutinador, parece afirmar-se neste país a teoria dos «property rights», entendidos como “restrições temporárias e específicas à concorrência que, a longo prazo, servem para melhorar o bem estar de um sistema de economia de mercado: são restrições da concorrência criadas artificialmente para promover a concorrência e a produção de bens especialmente desejados pela sociedade” (Lehmann).

Assim, parece que a aplicação da análise económica do direito aos direitos de propriedade intelectual, traduzida na reabilitação do sistema de recompensas de A. Smith, é acolhida pelo legislador comunitário.

Todavia, será importante destacar, sob pena de cairmos numa pura economização tecnológica do direito, que existe um princípio de justiça que se sobrepõe a uma pura fundamentação económica dos regimes jurídicos. Esse princípio está presente na filosofia de John Locke, no sentido da justa atribuição ao criador da propriedade dos frutos do seu trabalho intelectual, e de, resto, constava já do pedido de concessão de

privilégio apresentado por Galileu, ou mesmo, retomando princípios porventura já constantes da *Lex Fabia de plagiariis* dos romanos, na decisão do Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”.

Com efeito, não se trata apenas de saber se o modelo é economicamente sustentável na sociedade, mas desde logo se é adequado em face dos valores vigentes numa comunidade histórica. Este princípio fundamental parece subjazer ao direito de autor alemão, protegendo a obra enquanto expressão de uma personalidade criadora individual, em termos de unidade infrangível entre a autoria e a titularidade originária do direito (§ 2(2), § 7 UrhG). Sendo que, neste país, o direito de autor é constitucionalmente garantido como propriedade (Art. 14 GG), encontrando-se sujeito ao princípio da *Sozialbindung*.

De resto, esse princípio permite afirmar, como o fez o Supremo Tribunal dos EUA no caso *Ruckelshaus v. Monsanto* (1984), a natureza jurídica do *trade secret* como direito de propriedade, pois que é “produto do trabalho e do engenho de um indivíduo”; ou, na formulação do caso *In re Iowa Freedom of Information Council* (2d. Cir. 1984): “Trade secrets are a peculiar kind of property. Their only value consists in their being kept secret. If they are disclosed or revealed, they are destroyed”.

§ 4. Segredos de empresa, propriedade e concorrência desleal

O Acordo ADPIC aponta no sentido da protecção dos “trade-secrets”, incluindo-os juntamente com o “direito industrial” e o “direito de autor” e direitos conexos, no *gurgite vasto* da propriedade intelectual.

O saber-fazer constitui objecto de diversos tipos de acordos de extrema importância no universo da praxis negocial. Prova disso mesmo fazem certos regulamentos comunitários. O regulamento sobre acordos de transferência de tecnologia (Reg. (CE) 240/96 da Comissão, art. 10.º, 1 a 4) caracteriza em termos pormenorizados o saber-fazer, definindo-o como um conjunto de informações técnicas, que são secretas, substanciais e identificáveis. Sucintamente:

- o carácter secreto significa que o saber-fazer, enquanto conjunto globalmente considerado ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso, não se exigindo, porém, que cada componente

individual seja totalmente desconhecido ou não susceptível de obter fora da empresa do licenciante;

- o carácter substancial significa que o saber-fazer deve abranger informações úteis, em termos de poder razoavelmente esperar-se, à data da conclusão do acordo que sejam susceptíveis, por ex., de melhorar a posição concorrencial do licenciado, ajudando-o a penetrar num novo mercado;

- o carácter identificável significa que o saber-fazer deve ser descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se, nomeadamente, preenche os critérios de segredo e de substância.

Ora, no quadro do Código da Propriedade Industrial de 2003, o saber-fazer (informações não divulgadas: art. 318.º) é agora protegido autonomamente enquanto segredo de negócios de concorrentes, contra actos de aquisição, utilização ou divulgação sem o consentimento do concorrente. Todavia, a autonomização da protecção dos segredos de negócios implicará ainda um acto de concorrência desleal, o que pressupõe a contrariedade a actos e usos honestos do comércio e da indústria. Nesse sentido, não se tratará de um direito absoluto *tout court*, podendo a sua prática continuar a ser apontada como uma das formas da 2.ª variante da ilicitude ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil (Antunes Varela).

Parece-nos que o saber-fazer será uma coisa incorpórea, que nem está no domínio público, nem é, por sua natureza, insusceptível de apropriação individual, podendo, por isso, ser objecto de direitos privados, ou seja, não é uma *res extra commercium*. Além disso, parece agora claro que o preceito visa “tutelar o próprio segredo de indústria ou comércio, suprimindo a lacuna da ordem jurídica portuguesa na matéria” (Oliveira Ascensão).

Mas, tratar-se-á de um direito de propriedade intelectual? Numa breve abordagem de direito comparado, constatamos que, enquanto uns negam a tutela geral mediante um direito absoluto dos segredos enquanto tais (Ascarelli), outros sustentam a protecção do saber-fazer (segredo) através de um direito de exclusivo “imperfeito” (Troller).

No direito alemão, apesar de a jurisprudência superior do BGH qualificar esta figura como um direito de exclusão, a doutrina que nega o *Recht am Unternehmen*, seja como direito subjectivo absoluto, seja como direito especial (§ 823 I BGB), considera que se trata aqui de uma forma de protecção jurídico-empresarial dos segredos de empresa, apelando, recorrentemente, a um critério de ponderação de interesses (Baumach/Hefermehl).

No sistema de *Common Law*, aceita-se que o saber-fazer tecnológico, pelo menos no que respeita aos segredos de comércio e indústria, poderá ser tratado como uma forma de propriedade intelectual, uns abertamente (Bainbridge), outros, porém, com reservas (Cornish); sendo de referir, ainda, nos EUA, a “doutrina dos segredos de comércio” que aproxima esta figura do “direito da moralidade comercial”, embora alguns pareçam inclinar-se para a concepção do direito exclusivo de propriedade intelectual (Alces/See).

O saber-fazer goza de economicidade e individualidade próprias para poder ser considerado coisa. Nessa medida, não se resume a uma mera actividade de comunicação. O conjunto de informações que o compõem tem um valor económico autónomo. Além disso, o saber-fazer é concebido como possível objecto de relações jurídicas, considerando que se trata de uma coisa que, por sua natureza, não é insusceptível de apropriação individual nem está no domínio público. Nessa medida, o saber-fazer não é *res extra-commercium* podendo constituir objecto de direitos privados.

Por outro lado, os actos de aquisição, utilização ou divulgação de segredos de negócios não serão ilícitos se tiverem sido autorizados, por contrato ou por lei. Por exemplo, as regras de descompilação dos programas de computador impõem a licitude da obtenção e utilização das informações tecnológicas imbuídos no programa para fins de interoperabilidade, isto é, o titular dos direitos não poderá contornar o imperativo da interoperabilidade por via contratual e/ou da concorrência desleal.

§ 5. *Right of Publicity*, bens da personalidade e propriedade

A existência de direitos de propriedade também é reconhecida num outro domínio, porventura ainda mais problemático. Trata-se de direitos sobre aspectos da personalidade, já antes reconhecidos pela doutrina de Manuel de Andrade como susceptíveis de constituírem coisas. Porém, saber se estes bens da personalidade que se consideram coisas incorpóreas podem ser objecto de um direito de propriedade já é mais complexo.

Na verdade, em princípio, os bens da personalidade serão objecto do direito de personalidade, uma vez que, como escrevem Baumach e Hefermehl: “Das Persönlichkeitsrecht ist kein Herrschaftsrecht wie das Eigentum”.

Não obstante, existe uma corrente favorável à afirmação de um direito de propriedade sobre aspectos da personalidade. No sistema de *Common Law*, ao lado do chamado

right of privacy, de natureza pessoal e intransmissível, afirmou-se a categoria do *right of publicity*, isto é, “o direito exclusivo de controlar o aproveitamento do valor comercial das características da personalidade. Abrange a pretensão negativa de recusar aos outros a exploração não autorizada de características da identidade e a pretensão positiva de configurar a sua exploração por terceiros e de com eles realizar o seu valor de exploração associado. O Right of Publicity é um direito de propriedade transferível... o Right of Publicity é ao mesmo tempo o equivalente antitético do Right of Privacy, porque ao contrário deste não é dirigido à protecção de interesses ideais, mas antes de interesses económicos” (Götting).

Entre nós, essa caracterização é sustentada para certos bens que se ligam a aspectos da personalidade, como sejam o direito à firma (Oliveira Ascensão, Coutinho de Abreu). Enquanto para esta última orientação está em causa, sobretudo, recusar o entendimento de que, por se ligar a um bem da personalidade, o direito à firma seria um puro direito de personalidade, já a doutrina do *Right of Publicity* defende que a natureza deste bem não é pessoal, mas antes real, sustentando-se a tese da propriedade.

Isto permite compreender, por um lado, que mesmo em relação a certos bens ligados à personalidade, como o nome (que integra a firma), a doutrina não apenas admite a sua coisificação como, inclusivamente, propõe a qualificação deste direito como direito de propriedade; e, por outro, que mesmo que se recuse esta orientação sempre se concluirá que a natureza jurídica da firma se aproxima, em certos termos, da do direito de autor (Canaris), o qual se pode enquadrar no direito de propriedade.

§ 6. Direitos conexos ao direito de autor e liberdade de criação cultural

Uma outra forma de propriedade intelectual de enquadramento sistemático complexo é constituída pelos chamados direitos conexos ao direito de autor. Quer o texto constitucional quer o código civil são omissos relativamente a referências aos direitos conexos.

É verdade que ao tempo da aprovação do Código Civil, estes direitos não eram atribuídos na ordem jurídica portuguesa, desde logo porque Portugal não ratificara então a Convenção de Roma (1961) sobre a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Todavia, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966 dava conta destes direitos no

preâmbulo (§ 9). Por seu turno, no que respeita ao texto constitucional, mantém-se ainda hoje a redacção originária “direitos de autor”, acentuando-se a inércia legislativa em actualizar a letra da Constituição e do Código Civil. Ou tratar-se-á antes de uma lacuna voluntária quanto ao enquadramento dos direitos conexos?

Temos sustentado que os direitos conexos constituem uma forma de propriedade intelectual e que poderão colher fundamento na liberdade de criação cultural, configurando, fundamentalmente, uma terceira via de direitos sobre bens imateriais, a meio caminho entre o direito de autor e a propriedade industrial.

A liberdade de criação cultural está consagrada no art. 42.º da Constituição, o qual se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no sentido de reconhecer a todos o “direito à protecção dos interesses materiais e morais correspondentes às produções cinematográficas, literárias ou artísticas de que são autores” (art. 27.º, 2). Nesse sentido, a liberdade de criação cultural faz parte do catálogo dos direitos fundamentais do homem e os direitos de autor participam dessa dignidade constitucional.

Isto significa, nomeadamente, que os “direitos de autor” são orientados por princípios que informam constitucionalmente o instituto, em termos de o fundamento de promoção da liberdade de criação cultural contrapor a protecção da personalidade do criador de obras literárias e artísticas à mera tutela do investimento em “bens culturais” transformados em “objectos dum «consumo de cultura»” (Rogério Soares), num cenário de concorrência mercantil.

Porém, os direitos conexos destinam-se a proteger prestações artísticas e prestações empresariais, como sejam, por exemplo, as dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão. Apesar disso, parece-nos que se poderá interpretar extensivamente o art. 42.º, 2, da Constituição, no sentido de abranger os direitos conexos no quadro da “protecção legal dos direitos de autor” prevista no contexto da liberdade de criação cultural.

Esta liberdade está intrinsecamente ligada a uma dimensão fundamental da pessoa humana, que é a liberdade de expressão e de pensamento, sendo porém protegida em termos reforçados em relação a esta última liberdade. Os direitos conexos deverão ser acolhidos no preceito relativo à liberdade de criação cultural, uma vez que a actividade exercida pelos sujeitos destes direitos se situa na esfera da “irradiação do produto cultural”, justificando, nessa medida, a extensão da garantia constitucional, que abrange todas as formas de “mediação comunicativa”, para além de se traduzir numa utilização

do produto da criação cultural criadora de valor económico (Gomes Canotilho / Vital Moreira)

§ 7. Os dois ramos da propriedade intelectual na árvore proprietária do Código Civil

Os “direitos de autor” são previstos no Código Civil como uma forma de propriedade intelectual sujeita a legislação especial (art. 1303.º). Isto permite-nos afirmar que a “protecção legal dos direitos de autor” traduzir-se-á na atribuição de uma forma especial de propriedade sobre criações culturais de pessoas humanas geradas no exercício daquela liberdade fundamental.

A qualificação legal dos “direitos de autor”, juntamente com a propriedade industrial, como dois tipos de “propriedade intelectual” não será afastada, em virtude de o “objecto do direito de propriedade” ser definido em termos de só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, poderem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil (art. 1302.º CC), uma vez que o legislador terá aderido ao conceito de *res unita corporalis* para definir, apenas, o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil e mesmo aí em termos não absolutos.

Ao mesmo tempo, porém, terá admitido outras formas de propriedade, de que é expressão a “propriedade intelectual”, e não identificou, sequer, a noção de coisa com o objecto destes direitos, consagrando ao lado da categoria das coisas corpóreas a figura das coisas incorpóreas, que podem ser, igualmente, objecto de direitos de propriedade em determinados casos.

Assim, podemos afirmar com algum grau de segurança que, sob o *nomen* propriedade intelectual, o art. 1303.º do Código Civil designa tipos de propriedade sobre coisas incorpóreas previstos e regulados em legislação especial, estando estes casos agrupados *maxime* em dois institutos típicos vertidos *sub specie codicis*.

Por um lado, relativamente aos objectos dos direitos de autor, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as obras literárias e artísticas, uma vez que a lei refere expressamente os “direitos de autor”. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para as prestações dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão, previstas no capítulo atinente aos direitos conexos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, bem como para certas

figuras afins aos direitos conexos (por ex., o direito do empresário de espectáculos públicos).

Por outro lado, relativamente aos objectos da propriedade industrial, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as patentes, os modelos de utilidade, os modelos e desenhos industriais, as marcas, as recompensas, o nome e insígnia de estabelecimento, os logótipos, as denominações de origem e as indicações geográficas, previstos e regulados no Código da Propriedade Industrial; além disso, a tutela da concorrência desleal parece atribuir uma forma especial de propriedade intelectual mais delicada em relação a certos objectos, em especial os segredos de negócios.

Finalmente, outros casos especiais de propriedade intelectual são previstos e regulados em diplomas avulsos, tal como sucede relativamente aos programas de computador (Decreto-Lei n.º 242/94, de 20 de Outubro) e às bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho). Estes casos parecem constituir um *tertium genus*, embora possam ainda ser ordenados segundo o dualismo da referida “série de tipos” (Larenz/Canaris) de objectos da propriedade intelectual. Outros exemplos paradigmáticos de casos que reclamam a construção de uma “terceira via” de propriedade intelectual são oferecidos pelo regime de protecção jurídica dos produtores de bases de dados e pela tutela de obras geradas por computador.

Não obstante, os cânones tradicionais parecem ser, ainda, susceptíveis de adequação à novidade destes casos, ainda que se opte, em termos de técnica legislativa, pela adopção de diplomas especiais avulsos. Por exemplo, relativamente ao direito *sui generis* instituído a nível comunitário para proteger os produtores de bases de dados contra actos de extracção e/ou reutilização do seu conteúdo (Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996), tem predominado a entendimento que os equipara, em termos de inserção sistemática, aos direitos conexos, ainda que os não subordinando ao princípio do tratamento nacional. Não obstante, o legislador português optou pela autonomização deste novo direito (Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, Capítulo III sobre protecção especial do fabricante de bases de dados).

Porém, nada obsta a que numa futura revisão do Código do Direito de Autor os regimes especiais dos programas de computador e das bases de dados sejam integrados, com as respectivas notas especiais, no referido Código. Foi isso, aliás, o que sucedeu com a protecção das topografias de produtos semicondutores, segundo a respectiva directiva comunitária. Inicialmente transposta em diploma autónomo, em razão da

“natureza híbrida” do regime estabelecido, acabaria por ser integrada no novo Código da Propriedade Industrial.

§ 8. Um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual?

De todo o modo, interessa destacar que as formas de propriedade intelectual não se encontram taxativamente tipificadas no art. 1303.º, 1, do Código Civil, ao estilo de um *tertium non datur*. Porém, estes casos *ex codice* não apresentam identidade e unidade suficientes para formarem uma figura autónoma, um *tertium genus*, antes sendo, pelo contrário, derivados impróprios ou “anómalos” dos institutos tradicionais típicos, no quadro da propriedade intelectual.

Mas deve reconhecer-se que a natureza híbrida das novas tecnologias conduz progressivamente a uma aproximação entre os institutos tradicionais, apesar de não existirem já casos *sub legem* que constituam um *tertium genus* ou que, pelo menos, esbocem os traços, com suficiente identidade e unidade, de uma figura autónoma emergente no quadro dogmático da propriedade intelectual, capaz de superar o dualismo tradicional de oitocentos.

Propõe-se, a este propósito, a figura do “arquipélago” de direitos de propriedade intelectual, entendendo-se que “tal é bem o caso das propriedades intelectuais. Contra todos os integralismos... sustentamos que há, atravessando todas as propriedades intelectuais, elementos comuns e em larga medida uma filosofia comum que transcendem a diversidade técnica remetendo-a a não ser mais do que técnica” (Vivant).

Na verdade, à abertura sistemática da propriedade intelectual junta-se uma ideia de unidade funcional, no sentido de que a propriedade intelectual não se confunde com, nem resulta da mera adição dos princípios e das regras dos direitos de autor e da propriedade industrial, somando-lhes os regimes especiais que gravitam em torno dos respectivos Códigos, pois que ao utilizar a expressão propriedade intelectual, o legislador não está a remeter o intérprete, nem para uma colectânea de legislação desconexa e fragmentária, nem para dois direitos codificados com indexação de respectivos diplomas avulsos, mas antes para uma categoria autónoma, com identidade e unidade suficientes para figurar a *se stante* no quadro dogmático do direito privado.

Sendo que a especial natureza dos direitos de propriedade intelectual decorre, desde logo, da incorporalidade do seu objecto, uma vez que estas coisas não se confundem

com o *corpus mechanicum* em que virtualmente se expõem. Ademais, os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, que decorre do valor comunitário constitucionalmente consagrado no princípio da liberdade de criação cultural, embora não nos parece que a utilização da figura da propriedade neste domínio resulte necessariamente da natureza das coisas.

A propriedade intelectual tem por função essencial a promoção da ontogenia do espírito humano, ao nível da originalidade literária e artística, da novidade inventiva e, até, da capacidade distintiva empresarial, bem como, ainda, de prestações de outros agentes do processo económico relativo à criação cultural. Pelo que nos parece razoável sustentar a unidade dos direitos de propriedade intelectual com base na identidade comum, quer da natureza incorpórea do objecto, quer do fim de promoção da liberdade de criação cultural que os anima, entendida esta em sentido amplo.

Deste modo, a expressão propriedade intelectual poderá ser utilizada com o sentido amplo consagrado no art. 1303.º do Código Civil, em termos de o quadro dos objectos da propriedade intelectual ser constituído, grosso modo, pelos “direitos de autor” (obras literárias e artísticas), incluindo os direitos conexos (prestações artísticas e empresariais), e pela propriedade industrial (por ex., patentes, marcas, modelos de utilidade), aos quais se assimilarão modernas criações do espírito, como sejam, respectivamente, os programas de computador, as topografias de produtos semicondutores, os conteúdos de bases de dados e, mesmo, as obras geradas por computador.

De resto, e pondo de parte questões específicas como os “segredos de empresa” e a própria empresa como objecto de direitos, ainda que de gestão sustentável, nesse quadro não será ainda autonomizável, senão formalmente, um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, como figura a *se stante*, provida de identidade e unidade suficientes, uma vez que, mesmo os casos mais “rebeldes” de propriedade de coisas incorpóreas *sub legem* podem ser acolhidos no seio dos institutos tradicionais.

§ 9. A fragmentação conceptual da propriedade

Esta operação de enquadramento sistemático implica recusar a estabilidade de um conceito unitário de direito de propriedade, aplicando-o, indistintamente, a todos os casos.

A única variável dependente seria a natureza corpórea ou incorpórea do objecto. De resto, o conceito de propriedade seria unitário, dele excluindo situações atípicas de tutela de “interesses difusos”, isto é, os direitos cujo *licere* não integrasse todas as faculdades típicas do direito de propriedade, não se podendo falar em relação a eles senão de uma “quase-propriedade”.

Porém, a “unidade do sistema jurídico” que assim se perde só seria todavia alcançada à custa de um método de inversão, que extrairia da natureza corpórea da coisa um elemento essencial do conceito de propriedade.

É verdade que a via que propomos se traduz numa noção de propriedade aberta e porventura fragmentária, com eventual prejuízo da tranquilizante segurança do sistema oferecida pelos conceitos dogmáticos tradicionais. Todavia, o pensamento jurídico aponta justamente o “carácter «aberto» e fragmentário do sistema «interno»”, sustentando que o sistema interno “não é em si fechado, mas antes um sistema «aberto» no sentido de que são possíveis as modificações quer na maneira do jogo de concordância dos princípios, do seu alcance e recíproca limitação, quer no encontro de novos princípios; seja com fundamento em alterações da legislação, seja com fundamento em novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência” (Larenz / Canaris).

Além do mais, a arrumação sistemática que propomos, procurando apreender “o fenómeno da criação do espírito na sua unidade” (Vivant), pretende afirmar a unidade e autonomia de uma figura do direito privado, a propriedade intelectual, concebendo-a como uma árvore com dois ramos principais, segundo o dualismo de oitocentos: os direitos de autor e a propriedade industrial.

Unidade essa que se funda, por um lado, na natureza incorpórea das coisas sobre as quais incidem estes direitos e, por outro, numa intenção de justiça protectora de bens gerados pelo espírito humano e de investimentos realizados na sua produção ou divulgação. Esta intenção de justiça permite assimilar uma série de casos gerados pelas tecnologias da informação aos objectos tradicionais da propriedade intelectual.

Para concluir, os novos direitos de propriedade intelectual apontam fortemente no sentido da aproximação dos direitos de autor à propriedade industrial e vice-versa, tendo em conta a natureza híbrida das criações do espírito humano cujo domínio regulam. Com esta aproximação parece diluir-se, pelo menos em termos normativos, a tradicional dicotomia entre arte e técnica, pois que se equiparam, ao menos para efeitos de

regulamentação legal no quadro da propriedade intelectual, os programas de computador aos textos literários, nomeadamente.

Embora muito dificilmente um programador informático possa ser admitido como candidato elegível a um prémio literário, deve reconhecer-se, não obstante, que não foram as modernas tecnologias da informação que evidenciaram a dimensão técnica da arte nem a dimensão artística da técnica, embora tenham contribuído decisivamente para a sua afirmação no quadro dos frutos do espírito criador protegidos pelo direito de autor e por outras formas de propriedade intelectual.

Abstract - *Art, Technology and Intellectual Property*: This article explores the reception of the theory of property rights by the European directive on copyright and related rights in the information society. It addresses the problem of the legal nature of copyright and other intellectual property rights, having in consideration the traditional dichotomy of copyright protection for arts and literature, on one hand, and industrial property protection for technical and utilitarian creations and distinctive signs, on the other. Moreover, it questions the existence of an open system of intellectual property rights reinforced by the protection of unfair competition, covering namely trade-secrets and business good-will. Another issue addressed in this paper is the relationship between the protection of personality rights in Civil Law systems and intellectual property rights, considering the so-called *right of publicity*. Furthermore, it is essayed to attach the protection of neighbouring rights to the protection of the constitutional freedom of cultural creation. Finally, it is argued that the two branches of intellectual property of the Portuguese Civil Code proprietary tree do not exhaust all forms of intellectual property rights, having in mind an emerging *tertium genus* of IP rights. Nonetheless, it is admitted that a conceptual fragmentation of property may come as a result of this process.