

A LEI PORTUGUESA DE «SOFTWARE»⁽²⁾

Pelo Dr. Pedro Cordeiro

Introdução

1. O tema que vamos abordar comporta inúmeras dificuldades.

A primeira — que não é certamente a menor — resulta do facto de a lei portuguesa de «software»... ainda não existir.

Na verdade, apesar de a directiva de 14 de Maio de 1991 (91/250/CEE) impor a sua transposição até 1 de Janeiro de 1993 (vide art. 10.º, n.º 1), a mesma ainda não se verificou em Portugal.

O que já existe é um projecto, já entregue ao Governo, que é o resultado de uma aturada reflexão sobre a matéria e cujo teor será, em princípio, idêntico ao da futura lei.

O que adiante ficar dito sobre a lei portuguesa terá, portanto, como base esse projecto — que merece o nosso total apoio — sem prejuízo de qualquer eventual alteração que lhe venha a ser introduzida.

2. A solução que a lei portuguesa deverá perfilhar será a da criação de um diploma autónomo ⁽²⁾.

Não foi uma opção inocente a do legislador português.

Com ela pretendeu-se cumprir as nossas obrigações comunitárias mas demonstrar, ao mesmo tempo, a firme convicção de que

(1) O texto apresentado é um desenvolvimento da comunicação que apresentámos em 9 de Novembro de 1993, nas «Jornadas de Direito Informático e de Telecomunicações», que decorreu em Lisboa.

(2) Contrariamente à opção de outros Estados comunitários que alteraram ou ampliaram a sua legislação de Direito de Autor de modo a cobrir o texto da directiva (v.g., Alemanha, França e Itália).

um programa de computador não só não é uma obra literária, como o regime de Direito de Autor estabelecido para essas criações não pode, sem mais, ser aplicado ao «software».

A autonomia legislativa tem, por isso mesmo, consequências a nível de regime que importa salientar desde já.

Assim, e ao contrário do que alguns pretendem, as normas do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) não terão aplicação directa aos programas de computador, havendo que verificar, caso a caso, se a analogia de situações justificará o apelo a esses preceitos.

Não basta dizer que os programas de computador são protegidos, enquanto obras literárias, pela atribuição de um direito de autor, para que todo o regime de há muito delineado para as verdadeiras obras literárias se aplique directamente.

Este ponto prévio parece-nos essencial para a interpretação e aplicação que da futura lei venham a ser feitas.

3. Começámos por afirmar que ainda não existia uma lei portuguesa mas apenas um projecto.

Por outro lado, por mais criativo que o legislador português tenha pretendido ser — e foi-o — as linhas fundamentais do texto comunitário sê-lo-ão, também, do diploma nacional.

Por essas razões torna-se essencial analisarmos a directiva nos seus traços mais marcantes, sendo certo que tudo o que dissermos terá inevitáveis repercussões no direito português.

4. A directiva será, assim, o nosso ponto de partida para esta pequena reflexão, sem, contudo, perdermos de vista as especificidades da nossa futura legislação.

I — A directiva em geral

1. A directiva de 14 de Maio de 1991 visa dar uma adequada protecção legal aos programas de computador no seio da comunidade.

Fá-lo, como já se disse, através da sua tutela pelo Direito de Autor.

É por isso necessário que a analisemos sob a perspectiva em que ela própria se coloca — uma perspectiva jus autoralista.

E sob esse prisma que pensar?

Tentando sintetizar em duas ideias diremos que:

- por um lado, não consegue ultrapassar a contradição em que a própria opção tomada a envolve, intercalando normas de direito de autor e normas «antitrust» à medida dos objectivos pretendidos;
- por outro lado, fica prisioneira de um outro compromisso que a si própria impôs: a conciliação de uma visão de «droit d'auteur», própria do direito continental, com a doutrina do «copyright» — tentando deste modo satisfazer a esmagadora maioria dos países comunitários de uma parte e os interesses ingleses e, muito particularmente, americanos de outra.

Pode-se dizer que a solução encontrada é, em termos de Direito de Autor, pouco feliz (como são todas as soluções que procuram equilíbrios instáveis), provocando distorções conceptuais graves que implicam um esforço acrescido na transposição da directiva — sob pena de se desvirtuar conceitos de Direito de Autor de há muito correctamente estabelecidos.

2. Sob um prisma geral, podemos ainda dizer que a directiva visa satisfazer fundamentalmente três ordens de interesses:

- os dos líderes do mercado;
- os das outras empresas dependentes destes;
- os dos utilizadores em geral.

A interpretação das diversas normas terá, por isso, de ter em conta o que atrás fica dito, pois a sua «ratio» encontra-se nas grandes linhas que acabámos de enunciar.

II — A directiva em especial e a proposta de transposição para o Direito Português

Passemos então à análise das normas, quer da directiva quer do projecto, salientando os problemas que cada uma delas

levanta ⁽³⁾ e os pontos em que a autonomia do legislador português se manifestou.

Temos assim:

1) Âmbito e objecto de protecção

O art. 1.º, n.º 1 da directiva impõe a tutela dos programas de computador através de um direito de autor.

A directiva não define o que é um programa de computador e fez bem em não o fazer pois vincular-se-ia a uma noção que a breve trecho poderia (com a evolução tecnológica) pecar por defeito.

De todo o modo, a expressão «programa de computador» é delimitada em dois sentidos, já que se deixa esclarecido que o material preparatório está compreendido no âmbito de protecção (art. 1.º, n.º 1 e considerado 7.º da directiva) e que o programa pode ser expresso em qualquer forma (incluindo, por conseguinte, a sua fixação no «hardware») — art. 1.º, n.º 2 e considerando 7.º da directiva.

Mas o n.º 1 deste art. 1.º diz-nos ainda mais: afirma que a protecção se fará mediante a atribuição aos programas de um direito de autor, *enquanto obras literárias, na aceção da Convenção de Berna*.

A ideia é simples, utilizar um tratado internacional de solidez inequívoca, impondo assim uma eficaz protecção dos programas de computador ⁽⁴⁾.

Mas é precisamente aqui que a primeira questão se coloca e é esta: será que a directiva impõe a sujeição ao regime da Convenção

⁽³⁾ E que, por conseguinte, serão problemas de aplicação da lei interna.

⁽⁴⁾ Foi precisamente este o objectivo de ULMER quando defendeu que os programas de computador deveriam ser tutelados através do Direito de Autor.

O criador do Max-Planck fora profundamente marcado pela fraca adesão dos Estados à Convenção de Roma — da qual tinha sido o principal criador — e pretendia, deste modo, salvaguardar qualquer novo fracasso.

Foram, portanto, razões pragmáticas e não científicas que estiveram na base da posição do famoso autor. Pecando pela simplicidade pode-se afirmar que foi o peso (dos dólares) da IBM e (jurídico) de ULMER que abriram a porta do Direito de Autor aos programas de computador, mas há que averiguar as razões de tais opções e não retirar delas ilações jurídicas que não correspondem à realidade.

de Berna (C.B.) ou, pelo contrário, a remissão para a C.B. refere-se apenas à noção de obra e não ao que sobre estas é estatuido?

A resposta a esta questão é difícil e normalmente a doutrina ou não a aborda ou limita-se a afirmações superficiais sem demonstração.

Pensamos, contudo, que a referência a Berna não pode ter o primeiro sentido (ao menos em termos absolutos) pois caso contrário a própria directiva estaria a violar (e a permitir a violação) a Convenção.

De facto, desde logo, o silêncio da directiva sobre os direitos pessoais (morais), deixados ao arbítrio dos legisladores nacionais, e as normas sobre reprodução e transformação mais não são do que uma violação directa dos preceitos convencionais.

No que toca aos direitos pessoais ainda existem autores ⁽⁵⁾ que, com justificação escassa, defendem que a referência à C.B. impõe a sua consagração pelos legisladores nacionais — o que não se concede, pois um dos direitos pessoais mais fortemente abalados pelo texto da directiva é o direito à integridade (precisamente um dos consagrados pelo art. 6.º — bis C.B. ⁽⁶⁾).

Mas se tal tese não colhe face aos direitos pessoais ela é ainda menos sustentável face ao direito de reprodução — onde se ultrapassa em larga escala a excepção do art. 9.º, n.º 2 C.B. — e completamente indefensável face ao direito de transformação (tradução), onde a Convenção não admite qualquer excepção (vide art. 8.º C.B.).

Isto para não falar, v.g., num eventual direito de radiodifusão (art. 11.º — bis C.B.) que segundo esta lógica deveria ser consagrado ⁽⁷⁾...

O sentido do preceito comunitário parece-nos, portanto, ser outro.

⁽⁵⁾ Neste sentido, DREIER, «La Directiva del Consejo de la CE sobre Protección Legal de los Programas de Computación», in *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*, Ano IV, N.º 40/41, Dezembro 1991/Janeiro 1992, pág. 2.

⁽⁶⁾ Poder-se-ia ainda dizer que os direitos pessoais estão fora do âmbito da directiva, mas isso em nada alteraria a nossa conclusão pois, nesse caso, estaríamos perante um direito de autor sem vertente pessoal — o que continuaria a ser violação do artigo 6.º — bis C.B..

⁽⁷⁾ O absurdo de um tal direito dispensa comentários adicionais.

Pretende-se que com a alusão à Convenção de Berna a protecção dos programas de computador inclua o *tratamento nacional* (art. 5.º C.B.) e que o *conteúdo* do novo direito criado tenha um referencial interpretativo que facilite a sua aplicação.

O conteúdo do direito sobre programas de computador não abrange assim (nem podia) todo o âmbito do direito que a Convenção de Berna traça para as obras literárias, devendo a aproximação entre os dois textos ser entendida como uma obrigatoriedade para os Estados-membros de respeito pelo art. 5.º da Convenção e pelo conteúdo (mínimo) traçado pela directiva para os programas de computador — no sentido convencional — onde e só onde a compatibilidade dos dois diplomas se verifique.

Os legisladores nacionais não estão, assim, obrigados a atribuir todos os direitos estabelecidos em Berna, podendo mesmo afastar-se do estatuído na Convenção em tudo o que não seja conteúdo normativo da directiva e, *o que é mais grave*, devendo fazê-lo para cumprimento cabal do texto comunitário.

A referência à C.B. tem, portanto, o efeito limitado que acabamos de descrever.

O art. 1.º esclarece ainda no seu n.º 2 que as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa, incluindo os que estão na base das respectivas interfaces não são protegidos e, no seu n.º 3, numa disposição directamente destinada ao legislador alemão, declara como único requisito de protecção a originalidade — expressão que tem como tradução mais adequada criatividade — recusando, assim, a tese do BGH que exigiu, em duas sentenças distintas, um especial grau de criatividade («que exceda significativamente a capacidade de um programador médio») como requisito de protecção dos programas de computador⁽⁸⁾.

O projecto português fez-se eco destas normas em dois artigos consagrando em fórmulas mais simples o seu conteúdo.

⁽⁸⁾ As duas sentenças aludidas foram pronunciadas nos conhecidos casos «Inkasso — Programm» (BGH — 09.05.85) e Betriebssystem (BGH—04.10.90), podendo ser consultadas, respectivamente, em GRUR, 1985, pág. 1041 e GRUR, 1991, pág. 448.

A doutrina criticou fortemente o teor destes acórdãos; por todos, vide LEHMANN, NJW, 1988, págs. 2420 e 2421 e NJW, 1991, pág. 2113 e DREIER, EIPR, 1991, pág. 320.

O seu texto é o que se segue:

Artigo 1.º

(Âmbito)

1 — Aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias.

2 — Para efeitos de protecção, equipara-se ao programa o material de concepção preliminar daquele programa.

Artigo 2.º

(Objecto)

1 — A protecção atribuída ao programa de computador incide sobre a sua expressão, sob qualquer forma.

2 — Esta tutela não prejudica a liberdade das ideias e dos princípios que estão na base de qualquer elemento do programa ou da sua interoperabilidade, como a lógica, os algoritmos ou a linguagem de programação.

2) Autoria

Autor de um programa de computador é a pessoa singular ou o grupo de pessoas singulares que criaram o programa, ou a pessoa colectiva a quem as leis nacionais consagram como autores — art. 2.º, n.º 1 da directiva.

A mesma norma esclarece ainda que quando as leis nacionais admitem obras colectivas a legislação dos Estados-membros é soberana na atribuição da autoria.

O grau de harmonização fica neste âmbito bastante reduzido, já que as diversas legislações são divergentes quanto a esta matéria.

Acresce que o n.º 3 vem ainda estabelecer uma regra específica sobre a obra para outrem.

A autoria pode ser, assim, atribuída:

- ao criador intelectual;
- aos colaboradores — se for obra em colaboração;
- à empresa — se for obra colectiva;
- ao empregador — se for obra para outrem.

O projecto português aproveitou todas estas prerrogativas e tudo o que consta do seu Código de Direito de Autor.

Deste modo, optou-se pela remissão genérica para essas regras — arts. 11.º, 17.º e 19.º — acrescentando-se uma presunção («*juris tantum*») de que se o programa for realizado no âmbito de uma empresa se presume obra colectiva.

Deixou-se apenas para preceitos específicos as normas relativas à obra para outrem realizadas no âmbito de um contrato de trabalho, por as mesmas contrariarem o regime geral do art. 14.º, n.º 2. Assim, no silêncio das partes, o titular do direito de autor sobre o programa criado pelo empregado pertence ao empregador (como o art. 2.º, n.º 3 da directiva impunha).

Ficava em aberto para o legislador português o problema da obra por encomenda.

A directiva, contrariamente à proposta inicial, deixara de parte a matéria para salvaguardar os interesses dos programadores «*free lance*».

Poderíamos, por isso, ter seguido idêntico caminho, tanto mais que uma regra que autonomizasse a obra feita em cumprimento de contrato de trabalho da obra feita por encomenda nem sequer seria virgem no direito português — vide art. 174.º, n.º 1 do CDADC relativo a trabalhos jornalísticos ⁽⁹⁾.

Entendeu-se, contudo, que essa não era a melhor opção, ponderados os interesses em jogo.

Dáí que a solução preconizada pela directiva para a obra realizada no âmbito de contrato de trabalho tenha sido alargada no projecto português à obra por encomenda, procurando-se o justo equilíbrio dos interesses em jogo através de uma remissão para o art. 14.º, n.º 4 — a) e b) do CDADC que consagra uma remuneração especial quando a actividade criativa ou a utilização que se venha a fazer da obra exceda as expectativas iniciais.

Por outro lado, esclareceu-se que o art. 15.º n.º 2 do CDADC não é aplicável aos programas de computador, o que nos parece óbvio face ao próprio conteúdo da directiva.

⁽⁹⁾ Cuja «*ratio*» relativa à exclusão da obra por encomenda é idêntica, apesar de a solução encontrada para a obra para outrem ser oposta à da directiva.

O sistema introduzido deixa, contudo, duas importantes questões em aberto:

- o da titularidade dos direitos morais;
- o da qualificação do título quando o direito pertence a outrem que não o criador intelectual.

Começaremos pela segunda já que a resposta que viermos a encontrar terá reflexos naturais sobre a anterior.

A que título exerce o autor que não seja criador intelectual os seus direitos?

- Será titular originário dos mesmos?
- Será transmissário?
- Ou terá até uma mera licença legal de uso?

Pensamos que a solução face ao direito português ⁽¹⁰⁾ é indiscutivelmente a primeira.

O autor que não seja o criador intelectual é titular originário dos direitos patrimoniais sobre a obra, o que, como dissemos, tem consequências óbvias na resposta a dar à primeira questão.

O que acontece então, nesse caso, aos direitos pessoais?

- Pura e simplesmente não existirão, como defendendem alguns?
- Ou manter-se-ão na esfera jurídica do criador intelectual, como propugnam outros?

A resposta parece-nos não ser nem uma nem outra.

Os direitos pessoais existirão na estrita medida em que não conflituem com os direitos patrimoniais atribuídos originariamente.

⁽¹⁰⁾ A solução é variável perante as várias Ordens Jurídicas.

Assim, v.g., para o direito alemão a titularidade originária de quem não seja o criador intelectual é pura e simplesmente inadmissível.

Isto não significa que o legislador germânico não atinja os efeitos práticos que uma tal atribuição permite. Fá-lo, contudo, através de complicados mecanismos de cessão que lhe permitem manter a coerência do sistema, mas que nos parecem demasiado distantes da realidade prática.

Assim, exemplificando, o criador intelectual não poderá exercer um eventual direito de retirada mas não se vislumbra óbice a que exerça o seu direito à paternidade ou à menção de designação ⁽¹¹⁾.

3) Beneficiários da protecção

O art. 3.º da directiva, numa norma que pode parecer redundante (porque já decorre dos princípios gerais), refere os beneficiários da protecção.

O sentido da norma é reafirmar a sujeição dos Estados-membros à C.B., o que significa que, contrariamente ao que se passa, por exemplo, com os circuitos integrados, a protecção excede em muito as pessoas singulares ou colectivas da Comunidade ⁽¹²⁾.

É uma mensagem que tem destinatários conhecidos.

A nós, contudo, apesar do desejo que temos de manter cordiais relações com todos os Estados pareceu-nos despiendo levar a nossa simpatia tão longe ao ponto de transcrevermos este artigo.

Os nossos amigos americanos e japoneses podem, no entanto, dormir descansados pois serão protegidos em Portugal...

4) Conteúdo positivo do direito de autor sobre os programas de computador

O exclusivo patrimonial atribuído ao titular do direito encontra-se delimitado positivamente no art. 4.º da directiva, ficando dependentes de autorização a reprodução, transformação e o direito de pôr em circulação o programa.

A alínea *a*) do art. 4.º trata da reprodução e a pergunta fundamental que se deve colocar é se o conceito de reprodução se encontra aqui utilizado em sentido amplo ou restrito em termos de Direito de Autor, ou se teremos mesmo de reconstruir o conceito dando-lhe um significado próprio.

⁽¹¹⁾ É uma solução que sustentamos, aliás, para o Direito de Autor em geral.

⁽¹²⁾ Este artigo corrobora a interpretação que fizemos sobre a remissão da directiva para a Convenção de Berna.

O termo reprodução também não aparece definido na directiva mas vê-se pela sequência do texto que a sua fonte é o direito Anglo-Americano ⁽¹³⁾

O sentido restrito em que a lei portuguesa utiliza o conceito de reprodução — distinguindo-o da fixação — pareceria ficar, assim, em causa, mas tão pouco o sentido amplo, que, por exemplo, o art. 9.º da C.B. utiliza, baliza devidamente o conceito já que na directiva se refere o carregamento, visualização, transmissão ou armazenamento como actos *que podem ou não comportar a reprodução*.

Parece, portanto, que o legislador comunitário ficou ele próprio com dúvidas na delimitação do termo, deixando deste modo via aberta para a resolução casuística de eventuais litígios, mas permitindo, concomitantemente, aos Estados-membros um aprofundamento dogmático do conceito.

E, assim, a nossa conclusão é um pouco paradoxal com o que anteriormente ficou dito e é a de que só a reprodução em sentido técnico-jurídico mais perfeito — *como multiplicação de exemplares e consequente aumento de aptidão exploracional* — está reservada ao autor, pois foi, afinal, isso que a directiva pretendeu salvarguardar.

Esta solução, além de ser a mais correcta em sentido jurídico e económico, permite não distorcer conceitos de Direito de Autor consagrados na nossa Ordem Jurídica e foi dela que o projecto se fez eco.

Mais difícil se torna a salvaguarda da nossa identidade jurídica em face da alínea *b*) da directiva que fala indiscriminadamente em «tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados», como se se tratasse de realidades similares.

A «ratio» da norma só se entende com a leitura da sua parte final onde se diz «sem prejuízo dos direitos de autor da pessoa que altere o programa».

O que está, pois, em jogo é a transformação e os direitos dos titulares da obra originária e derivada.

(13) Cfr. Sect. 191 do American Copyright Act e Sect. 17 do English Copyright, Designs and Patents Act.

Procedemos, por isso, ao saneamento terminológico e no projecto português é de transformação que se fala.

Por último, a alínea c) do art. 4.º estabelece um direito de pôr em circulação que, como é óbvio, o legislador português não deixará de contemplar.

Esse direito esgotar-se-á com a primeira, legítima, comercialização na Comunidade de uma cópia do programa, com excepção do direito de locação.

O texto comunitário também aqui não é pacífico.

O esgotamento dar-se-á apenas com a venda de um suporte material ou os actos de transmissão, oneração e autorização produzirão tal esgotamento nos termos descritos?

Face ao texto da directiva entendemos ser a segunda a solução correcta (14).

Qualquer destes actos produzirá o esgotamento do direito de pôr em circulação, mantendo, obviamente, o autor os restantes direitos.

Restará, ainda, ao autor o direito de controlar a locação, no que foi uma antecipação da directiva que a esta diz respeito, tendo, contudo, sido afastado o empréstimo público como expressamente refere o considerando 16.º da directiva.

O que ficou dito é o que consta do nosso projecto.

5) Conteúdo negativo do direito de autor sobre os programas de computador

A — PONTO PRÉVIO

O título deste item é significativo.

Mau grado a directiva falar de «excepções aos actos sujeitos a autorização», pensamos que tal epígrafe do seu art. 5.º não colhe.

A ideia de que o direito de autor é uma situação jurídica absoluta — no sentido de que em princípio não tem limites e que estes quando existem são excepções ao exclusivo atribuído — é algo que ainda hoje tende a vulgarizar-se como argumento.

(14) Contra, DREIER, «La Directiva del Consejo...» cit., pág. 4.

Mas de facto não é assim.

O direito de autor como qualquer outro direito subjectivo engloba no seu conteúdo deveres.

A ideia do direito subjectivo como realidade activa ilimitada está de há muito ultrapassada e não é admissível neste como outros campos do Direito.

As chamadas excepções constantes dos arts. 5.º e 6.º são, pois, conteúdo negativo do próprio direito e não «jus singulare» com as inerentes consequências que daí derivam.

Saliente-se, contudo, que o legislador português optou por enunciar esta matéria pela positiva referindo-se aos direitos do utente.

B — O ARTIGO 5.º

Centremos, porém, a nossa análise nas normas da directiva que delimitam negativamente o conteúdo do exclusivo atribuído.

O n.º 1 do artigo 5.º estabelece que:

«Salvo disposições contratuais específicas em contrário, os actos previstos nas alíneas *a*) e *b*) do artigo 4.º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam necessários para a utilização do programa de computador pelo seu legítimo adquirente de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros».

Este preceito, que deve ser interpretado em conjugação com o considerando 17.º da directiva, tem um carácter eminentemente finalista e consagra de modo inequívoco a «Zweckübertragungstheorie»⁽¹⁵⁾, como resulta da sua parte final

(15) Sobre esta, veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direito de Autor e Direitos Conexos», Coimbra Editora, 1992, págs. 432 a 434, ponto 293 («A disposição funcional») e autores aí citados.

Para uma visão mais aprofundada do problema, vide STEFAN SCHWEYER, «Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht», C.H. Beck, Munique, 1982 — que continua a ser a obra fundamental sobre a matéria — e, numa perspectiva de Direito Comparado, ENRHARD E. LIEBRECHT, «Die Zweckübertragungslehre im ausländischen Urheberrecht», C.H. Beck, Munique, 1983.

— obtendo-se assim um justo equilíbrio entre as pretensões do usuário e o desejo do titular do direito de manter o controle sobre o programa.

Dois aspectos merecem ainda ser salientados:

- Qualquer utente *legítimo* tem as faculdades de reprodução e transformação previstas — seja transmissário ou mero titular de uma licença ⁽¹⁶⁾;
- Em contraste com o que acontece relativamente aos números seguintes do mesmo artigo 5.º ⁽¹⁷⁾, prevalece aqui a autonomia das partes.

Refira-se, no entanto, que esta autonomia só pode ser exercida dentro de certos limites.

Não pode, desde logo, ser levada a ponto de derogar outras normas injuntivas da directiva ⁽¹⁸⁾ e não só está sujeita a controle «antitrust», como não produz efeitos perante terceiros. As cláusulas contratuais que estabeleçam este tipo de limitações têm, portanto, mera eficácia «inter partes».

Por sua vez, como já se disse, o art. 9.º — n.º 1, não permite qualquer liberdade de estipulação no que se refere aos n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º.

Ao «jus prohibendi» do titular são, assim, retiradas as faculdades de permitir a realização de uma cópia de apoio (n.º 2) e de observar, estudar ou testar o funcionamento do programa a fim de determinar as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento do programa (n.º 3).

Se o n.º 2 não oferece grandes dúvidas interpretativas, sendo apenas de realçar que a execução da cópia de apoio deve ser necessária para a utilização do programa pretendida ⁽¹⁹⁾, já o mesmo não se passa com o n.º 3.

⁽¹⁶⁾ A compra de um exemplar não pode deixar de comportar, ao menos, uma licença.

⁽¹⁷⁾ Cfr., art.º 9.º — n.º 1 da directiva.

⁽¹⁸⁾ Como sejam, v.g., as do artigo 4.º c) e as dos n.ºs 2 e 3 do próprio artigo 5.º.

⁽¹⁹⁾ O que nos parece que acontecerá em 100% dos casos...

De facto, alguns dos actos que caiem no seu âmbito são verdadeiros actos de descompilação. Daí que se tenha concluído que esses actos não estariam sujeitos aos limites do artigo 6.º (20).

A conclusão é verdadeira mas é incompleta e necessita de ser esclarecida para não levar a aplicações distorcidas.

É incompleta porque não basta afirmar que os actos de «reverse engineering» que se realizem ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3 não estão sujeitos aos limites da descompilação em sentido próprio; *é ainda necessário esclarecer que tais actos não podem levar aos resultados da descompilação, sob pena de desvirtuar o artigo 6.º da directiva — transformando-o numa norma inútil ou de conteúdo reduzido.*

O âmbito das duas normas é distinto. No n.º 3 do artigo 5.º os actos de reprodução e transformação permitidos visam, apenas, a utilização do programa, na descompilação tais actos têm por objectivo a interoperabilidade.

Os estudos ou os testes previstos no artigo 5.º, n.º 3, não podem, por conseguinte, levar à descompilação nos termos do artigo seguinte.

O que fica dito não invalida o enorme problema da *prova* — que se colocará face a uma situação concreta.

Os actos de engenharia regressiva que permitam a utilização permitirão, também, salvo raras excepções, a interoperabilidade.

Nesse caso só a utilização concreta dos resultados obtidos possibilitará a demarcação da fronteira de aplicação das duas normas, *mas ela será de todo insuficiente face aos actos previstos no artigo 6.º (alíneas a) e b) do seu n.º 1) que se referem a qualquer uso de tais resultados.*

Este problema não invalida, contudo, a demarcação substancial que fizémos dos dois preceitos.

C — A DESCOMPILAÇÃO (ARTIGO 6.º)

O artigo 6.º consagra outro limite ao exclusivo patrimonial — a famosa *descompilação*.

(20) Por todos, DREIER, »La Directiva del Consejo...», cit, pág. 4.

A Comissão não previa na sua proposta inicial qualquer norma deste tipo. Havia sérias dúvidas sobre a sua necessidade, pelo que se afigurava preferível aguardar pelo funcionamento do mercado e averiguar em face do mesmo se o problema se colocaria (21).

A pressão do «lobby» sobre o Parlamento Europeu foi, contudo, fortíssima (22) e impôs a solução contrária.

Também do ponto de vista jurídico a Comissão preferia uma solução de raiz Anglo-Americana, adoptando ou a doutrina norte-americana do «fair use» ou a britânica do «fair dealing» (23).

A tradição dos países continentais impôs, porém, a sua força e depois da apresentação de variados textos alternativos chegou-se à fórmula de compromisso que consta da directiva (24).

Mas qual é finalmente o problema que se coloca e que tão acalorados debates despoletou?

É este:

— Por razões técnicas próprias dos programas de computador o código objecto não permite descobrir as ideias e os princípios que lhe estão subjacentes.

Ora, como DREIER afirma (25), «se quando lemos um livro podemos descobrir as ideias e os princípios que lhe estão subjacentes (26), o mesmo não se passa com o uso de um programa».

(21) Como reconhece o próprio JEAN-FRANÇOIS VESTRYNGE, «Protecting Intellectual Property Rights within the New Pan-European Framework: Computer Software», pág. 7.

(22) MICHAEL SUCKER (ao tempo membro da DG IV) afirmaria mesmo que nunca assistira a uma tamanha pressão sobre as instituições comunitárias relativamente a uma directiva concreta-citado por LEHMANN, «The European Directive on the Protection of Computer Programs», pág. 174, nota 1.

(23) JEAN-FRANÇOIS VESTRYNGE, ob. e loc. citados.

(24) Para uma visão detalhada da parte história da directiva vide, no Comentário de LEHMANN, T. VINJE, «The Legislative History of the EC Software Directive», págs. 39 a 142.

(25) «La Directiva del Consejo...» cit., pág. 5.

(26) O que é irrelevante em termos de Direito de Autor — acrescentamos nós.

Acontece, porém, que a descoberta destas ideias e destes princípios é fundamental para a *interoperabilidade* do programa ⁽²⁷⁾.

Em sede de direito de Autor as ideias e os princípios não são tutelados (vide, artigo 1.º, n.º 2 do CDADC) mas a forma de a eles chegar implica actos que integram o exclusivo do direito do autor: *a reprodução e a transformação (tradução)*.

Daí que ao problema prático da necessidade de descodificação dos programas com vista à interoperabilidade *se tenha conjugado o problema jurídico de saber se e quando tais actos de reprodução e transformação são legítimos*.

A solução encontrada parece-nos assentar, fundamentalmente, numa demarcação que se pretendeu muito precisa de *dois grandes blocos* dentro do próprio artigo — correspondendo a cada um dos números do preceito — em que se trata respectivamente:

- 1) Das circunstâncias em que a descompilação é permitida;
- 2) Do uso possível dos resultados obtidos através da descompilação ⁽²⁸⁾.

Quanto à primeira daquelas partes podemos sintetizar dizendo:

- a) A descompilação só pode ser realizada por quem tenha legitimidade para usar o programa ⁽²⁹⁾ e para obter a interoperabilidade desejada (artigo 6.º, n.º 1 — a) e considerando 12.º);
- b) E só terá lugar se os sujeitos referidos na alínea anterior necessitam dessas informações para obter a já referida

⁽²⁷⁾ A noção de interoperabilidade consta do considerando 12.º da directiva onde se afirma: Considerando que esta interconexão e interacção funcionais são geralmente conhecidas como «interoperabilidade»; *que esta interoperabilidade é definida como a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas* (nosso o sublinhado).

⁽²⁸⁾ Esta divisão é salientada pelo próprio JEAN-FRANÇOIS VERSTRYNGE, ob. cit., pág. 8.

Demonstraremos, contudo, adiante que esta delimitação em correspondência com os n.ºs 1 e 2 do artigo acabou por não ser conseguida.

⁽²⁹⁾ Seja o titular de uma licença, beneficiário de uma oneração ou transmissário do próprio direito.

interoperabilidade e as mesmas não lhes foram facultadas, ou, na expressão da própria norma, «não se encontrarem já fácil e rapidamente à disposição das pessoas referidas na alínea a) (artigo 6.º, n.º 1 — b)).

Este último aspecto necessita de esclarecimento adicional.

As informações podem não ter sido «fácil e rapidamente» acessíveis ao usuário ou porque o titular do direito não as facultou, ou porque a observação, o estudo, ou os testes ao funcionamento do programa (artigo 5.º, n.º 3) não foram suficientes para obter as informações pretendidas — *recaindo, neste caso, o ónus da prova em quem pretende descompilar*.

Note-se, ainda, quanto a este ponto, que o titular não tem qualquer dever de fornecer essas informações⁽³⁰⁾, podendo fazer da sua divulgação objecto de um contrato de «know-how» — *tendo como único limite a impossibilidade de estabelecer restrições à facultade de descompilar («ex vi» artigo 9.º, n.º 1 da directiva)*.

É, por isso, necessário interpretar cuidadosamente o que significa «fácil e rapidamente à disposição», pois, por exemplo, um contrato como o referido no parágrafo anterior sai claramente fora do âmbito da expressão⁽³¹⁾.

c) Por último, a descompilação deve limitar-se às partes do programa que contêm as informações necessárias à citada interoperabilidade (artigo 6.º, n.º 1 — c)) — *isto é, às partes do programa onde se encontram as interfaces*.

Temos de enfrentar, portanto, este novo conceito — *a interface*.

⁽³⁰⁾ Podendo, contudo, fazê-lo precisamente para evitar a descompilação ou problemas de «antitrust law». Foi o que aconteceu com a IBM que preferiu facultar certas informações sobre as suas interfaces, a ter que enfrentar novas queixas como aquela que a Amdahl apresentou junto da Comunidade.

Vide sobre este problema, 1984. Bulletin of the european Communities, 10-1984, pág. 96 e segs..

⁽³¹⁾ Com outros exemplos sobre o entendimento que deve ser dado à expressão, vide DREIER, «La Directiva del Consejo...», cit., pág. 6.

Demonstrando as dificuldades que o intérprete tem de enfrentar, veja-se, COLIN TAPPER, «The european Sftware Directive: The Perspective from the United Kingdom», pág. 158, do Comentário de LEHMANN.

É um conceito extraordinariamente amplo e indefinido.
Fala-se de interface, em vários sentidos:

- Entre redes de computadores;
- entre programa e «hardware»;
- entre programa e programa;
- entre programa e usuário (menú, funções específicas de certas sequências de teclado, etc.).

A interface é o nexó que permite a comunicação entre estes elementos ⁽³²⁾.

Mas as únicas que a directiva visa no que concerne à descompilação — como resulta da conjugação dos conceitos de interface (considerando 11.º) e de interoperabilidade (considerando 12.º) — são as entre programas e «hardware» e as dos programas entre si.

Mas esta alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º, não pode passar sem reparo.

É que, a colocação exacta das interfaces é ignorada pelo usuário.

Para as atingir este tem, a esmagadora maioria das vezes, de descodificar outras partes do programa (ou mesmo todo).

Ora, o que a directiva pretendeu foi legitimar apenas o uso da informação relativa às interfaces, pelo que também neste caso, há que interpretar cuidadosamente esta alínea e reconhecer que o seu adequado enquadramento sistemático seria no n.º 2 e não no n.º 1 do artigo ⁽³³⁾.

Do que fica dito se retira, ainda, que a pretensão de alguns de que apenas certas partes, pré-determinadas, do programa sejam descompiladas não merece qualquer tipo de acolhimento face ao texto da directiva.

Com a referência à alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º iniciámos, portanto, a análise do segundo grande bloco em que dividimos o preceito.

⁽³²⁾ Refere o considerando 11.º da directiva: «Considerando que as partes do programa que permitem tal interconexão e interacção entre os componentes de um sistema são geralmente conhecidas como *interfaces*».

⁽³³⁾ Como já anteriormente alertáramos — cfr., supra, nota 28.

As restantes utilizações que podem ser feitas dos resultados obtidos por descompilação são estabelecidas n.º 2 do artigo 6.º.

Na sua alínea *a*) volta-se a reafirmar o que já consta do corpo do artigo *e parece ser a sua ideia central*: Os resultados obtidos só podem ser usados para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente.

Isto significa, por um lado, que só as informações relativas às interfaces podem ser licitamente usadas e, por outro, que o uso de outras informações viola o direito patrimonial do autor.

Mas podem ser utilizadas para quê?

Pois bem, podem-no ser para criar um novo programa que:

- seja interoperativo com o programa original descodificado;
- seja interoperativo com outros programas;
- seja interoperativo com elementos de «hardware».

É isto que resulta da interpretação conjugada dos considerandos 10.º, 11.º, 12.º, 22.º e 23.º e da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 6.º que estamos a analisar.

Daqui se retira, ainda, uma importante consequência: *a de que o novo programa criado pode concorrer directamente com o programa descodificado* ⁽³⁴⁾.

O único limite é a **cópia** como resulta da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 6.º.

A busca da interoperabilidade não pode ser mera desculpa para a cópia do programa.

Mas atenção. Não existe programa de computador dependente sem reprodução parcial do programa descodificado.

⁽³⁴⁾ O artigo 6.º — no corpo de seu n.º 1 e na alínea *a*) do seu n.º 2 — refere genericamente a interoperabilidade com *outros programas* não exceptuando, portanto, o programa descodificado.

Existe, aliás, um contributo para o elemento histórico da interpretação que corrobora decisivamente esta conclusão e que é a Comunicação da Posição do Conselho ao Parlamento europeu.

Nesse documento — CEC, 87 final SYN 183 de 18.1.91 — expressamente se reconhece que o programa criado independentemente *poderá competir* com o programa descompilado.

E daqui resulta um problema adicional, já que a ideia e a sua expressão podem ser de tal modo idênticas que a reprodução da ideia implique necessariamente a reprodução da expressão.

Nesse caso pensamos não haver qualquer violação do direito de autor.

A situação descrita é uma consequência de a forma de exteriorização ser servil relativamente ao conteúdo ⁽³⁵⁾.

Abre-se, pois, aqui um amplo campo de aplicação casuística, já que a demarcação de fronteiras precisas se afigura impossível.

Por fim, sobre aquele que descodifica recai um dever de segredo, consagrado na alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º: as informações obtidas não podem ser transmitidas a terceiros excepto quando tal for imprescindível para obter a já tão falada interoperabilidade ⁽³⁶⁾.

6) *Outros aspectos relevantes da transposição*

Traçados os contornos dos problemas mais marcantes da directiva e dada a própria natureza deste trabalho, iremos, apenas, para concluir esta exposição, *sumariar* outros aspectos que se afiguram relevantes da transposição operada.

Temos assim:

a) o artigo 9.º, n.º 1 da directiva impõe a *nulidade* das cláusulas dos contratos que violem o artigo 6.º e o artigo 5.º, n.ºs 2 e 3.

⁽³⁵⁾ O que demonstra, mais uma vez, de modo claro, que os programas de computador nunca deveriam ser tutelados através do Direito de Autor.

⁽³⁶⁾ O artigo 6.º inclui ainda um n.º 3 que estabelece:

«De acordo com o disposto na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, as disposições do presente artigo não podem ser interpretadas no sentido de permitirem a sua aplicação de uma forma susceptível de lesar os legítimos interesses do titular de direitos ou que não se coadune com uma exploração normal do programa de computador».

É uma fórmula pomposa e de conteúdo vazio que servirá, talvez, para apaziguar o espírito do próprio legislador...

De todo o modo o Direito de Autor é muito dado a preceitos deste tipo — veja-se entre nós o artigo 177.º do CDADC (que segundo julgamos jamais foi aplicado), que cumpre obedientemente o estipulado no artigo 1.º da Convenção de Roma.

O legislador português foi mais longe e impôs a *inexistência* (artigos 6.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3).

b) *Não existe qualquer obrigatoriedade de forma para os contratos relativos aos programas de computador, contrariamente ao que os artigos 41.º, 43.º e 44.º do CDADC estabelecem para o Direito de Autor em geral.*

Neste sentido o artigo 11.º da lei de transposição refere no seu n.º 2 que:

«São aplicáveis a estes negócios as disposições dos artigos 40.º, 45.º a 51.º e 55.º do CDADC».

A referência a estes preceitos implica «a contrario» a inaplicabilidade dos anteriormente mencionados ⁽³⁷⁾.

c) *As medidas de protecção especiais*, que o artigo 7.º da directiva deixa ao critério dos Estados-membros, *reflectem-se em dois níveis*:

- Tutela penal — que o artigo 14.º remete para lei especial ⁽³⁸⁾;
- Apreensão de cópias ilícitas e outros dispositivos — artigo 13.º.

d) *Os direitos pessoais (morais)* — serão apenas dois: o *direito à menção de designação (ao nome)* e o *direito à paternidade do programa* — artigo 9.º.

A consagração de quaisquer outros direitos não seria compatível com o exclusivo de exploração económica que se criou ⁽³⁹⁾.

e) *Admissibilidade de utilização livres* — artigo 10.º — dentro dos limites impostos pela presente directiva.

f) *Possibilidade de registo* — artigo 12.º — sendo esta uma norma que merece atenção em *duplo sentido*.

⁽³⁷⁾ As exigências formais que já são criticáveis para o Direito de autor em geral — vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direito de Autor e Direitos Conexos», cit., págs. 424 a 426 — poderia revelar-se, neste caso, como verdadeiramente bloqueadora do funcionamento do mercado.

⁽³⁸⁾ Prevê-se uma alteração do artigo 9.º da Lei da Criminalidade Informática que estabeleça de forma adequada esta tutela penal.

⁽³⁹⁾ Imagine-se o que seria a conciliação do exclusivo patrimonial, v.g., com um direito de retirada...

Quanto à sua *vigência* espera-se que ela seja reduzida ⁽⁴⁰⁾, mas a coerência do sistema, por força da equiparação dos programas de computador às obras literárias, obrigou ao seu estabelecimento.

Quanto à sua *aplicação* ela é particularmente delicada para os serviços, pois apesar do registo ser público ele não poderá servir para promover fraudes, quer quanto à titularidade dos programas registados, quer quanto à obtenção de informações indevidas.

g) Relativamente à *duração* e contrariamente à proposta inicial ⁽⁴¹⁾, a directiva estabeleceu um prazo de cinquenta anos «post mortem auctoris».

Claro que a justificação é «a necessidade de harmonização com as outras obras literárias no âmbito da Convenção de Berna».

Como o *absurdo* não fosse suficiente a directiva relativa à duração ⁽⁴²⁾ ampliou este prazo para setenta anos ⁽⁴³⁾, levando-o às últimas consequências.

O legislador português, *fiel aos princípios que levaram Portugal a rejeitar a directiva da duração, decidiu, por maioria de razão, marcar posição optando pelos cinquenta anos a que está obrigado por agora.*

É que, como dizia o poeta:

«... a razão por ser vencida não deixa de ser razão».

⁽⁴⁰⁾ Já está elaborado um diploma, cuja aprovação se espera para breve, que, entre outras matérias, extinguirá o registo das obras literárias e artísticas.

⁽⁴¹⁾ Que previa que tal período se contasse a partir da *criação* do programa.

⁽⁴²⁾ Directiva 93/98/CEE. Vide, artigos 1.º e 11.º.

⁽⁴³⁾ *Criticando certamente as soluções desta directiva e elogiando Portugal e os outros três países que contra ela votaram*, vide PATRICK PARRINDER, «The Dead Hand of european Copyright», in EIPR (1993) 11, págs. 391 a 393.

Demonstrando os graves problemas de aplicação da directiva, veja-se, DWORKIN, «The directive on the tem of protection of copyright and related rights», in Audiovisual Media and Copyright in Europe-Congresso realizado em Amesterdão em 24 de Novembro de 1993.