

A LOCALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

Gonçalo Cabral

Jurista do Gabinete para os Assuntos Legislativos

Da localização da legislação sobre Direito de Autor, em cujo projecto tenho trabalhado no Gabinete para os Assuntos Legislativos, só poderei obviamente falar na perspectiva do dever-ser e não na perspectiva do ser. Nenhum projecto legislativo passa disso mesmo antes de se tomar Lei, pelo que seria ousadia da minha parte, que não sou Poder Legislativo, afirmar como vai ou não ser o futuro Código do Direito de Autor de Macau. Poderei apenas dizer como acho que ele deverá ser, obviamente não em todas as suas vertentes e minúcias, que tanto me não permite o tempo disponível mas antes, e apenas, em alguns aspectos que me parecem ser de mais actual interesse.

Em primeiro lugar, o futuro Código¹ não deverá ser o resultado de uma adaptação minimal do Código do Direito de Autor actualmente vigente, o qual, aprovado pelo Decreto-Lei 46 980, de 24 de Abril de 1966, foi estendido² a Macau e publicado no Boletim Oficial em 8 de Janeiro de 1972. Desde os anos sessenta, altura em que esse texto foi redigido, até hoje, muita coisa mudou no mundo do Direito de Autor - mudou e continua a mudar ao ritmo frenético da evolução tecnológica.

Surgiram, enquanto bem ao alcance do consumo de massas, novas formas de criação intelectual a carecerem de legislação especial, das quais o melhor exemplo será certamente o dos programas de computador. Surgiram também novas formas de exploração económica de obras que já eram expressamente protegidas

¹ O projecto de que se tratava nesta comunicação acabaria por ver a luz do dia como “Regime do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 43/99/M, de 16 de Agosto.

² Estendido pela Portaria n.º 679/71, de 7 de Dezembro.

- e cito o caso do aluguer de obras cinematográficas sob a forma de cassetes *video* ou de discos *laser*. Impuseram-se finalmente, no Direito Internacional e no Direito Comparado, por acção de poderosos grupos económicos, novos titulares de direitos de propriedade intelectual, dos quais merece destaque o dos produtores de fonogramas. Com efeito, apesar da sua curta existência quando comparado com outros ramos do Direito Civil, ou talvez mesmo por causa disso, o âmbito de aplicação do Direito de Autor não tem parado de se expandir ao nível internacional – principalmente à custa do desenvolvimento tecnológico, o qual conduz, como disse, a novas formas de criação, a novas utilizações de obras protegidas e, eventualmente, a novos titulares. Um pouco de todo o mundo nos chegam notícias dessa expansão tendencial, umas vezes já consumada, outras vezes apenas reclamada. As razões de tal popularidade do Direito de Autor estão no facto de, para usar um conhecido *slogan* publicitário, conceder uma protecção fácil, barata e que por vezes dá milhões.

É fácil e barata porque não só a protecção que o Direito de Autor concede é muito mais longa do que a concedida pela Propriedade Industrial - chegando mesmo em alguns casos a ser injustificadamente longa - como não está, em grande parte dos sistemas jurídicos, dependente de registo nem de quaisquer outras formalidades. E mesmo naqueles sistemas onde está dependente de algumas formalidades, os procedimentos respectivos são geralmente menos exigentes do que o processo necessário para a aquisição de direitos de Propriedade Industrial. Acrescentei que, por vezes, o Direito de Autor dá milhões, porque os valores envolvidos são frequentemente elevadíssimos e representam uma fatia cada vez mais importante do comércio internacional. Se não fora por esses montantes, talvez não tivéssemos assistido, por exemplo, à vitória, após uma longa polémica, dos defensores da equiparação dos programas de computador às obras literárias e artísticas. Mas como as coisas são o que são, aquilo a que julgo estarmos a assistir é a uma mutação interna do Direito de Autor, tal como era tradicionalmente entendido no nosso sistema jurídico - um Direito que nasceu essencialmente para proteger o criador intelectual, mas que tem vindo a estender progressivamente a sua sombra protectora ao empresário.

Ora, ainda que tal lhe pudesse eventualmente convir, o legislador de Macau não pode ignorar a generalidade das profundas alterações verificadas ao longo das últimas décadas. E não as pode ignorar porque está, desde logo, vinculado a compromissos jurídico-internacionais. Não se pode falar hoje em Direito de Autor - como não se pode falar hoje, igualmente, em qualquer outra área da Propriedade Intelectual - sem referir o *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio*, conhecido pela abreviatura inglesa TRIPS, do qual o Território de Macau é parte. Embora, enquanto anexo do tratado que instituiu a Organização Mundial do Comércio, o TRIPS seja antes de mais um acordo sobre o comércio de certas mercadorias, a verdade é que -

graças ao grau de adesão conseguido, ao âmbito das matérias nele tratadas e ao detalhe desse tratamento - ele está provavelmente destinado a ser também o principal instrumento de uniformização internacional de toda a Propriedade Intelectual ao longo dos próximos anos. Não deixa de ser curioso que este papel caiba a um tratado que visa suprimir entraves às relações comerciais e cujo conteúdo apanhou muita gente desprevenida - precisamente porque foi negociado, na generalidade dos Estados e Territórios que nele são parte, pelos responsáveis pelas áreas da Economia e do Comércio.

Sendo o Território de Macau parte no referido Acordo, para cuja aplicação beneficia aliás de uma moratória que termina no já próximo ano 2000,³ a liberdade de decisão do legislador interno tem de se exercer dentro das fronteiras traçadas pelo legislador internacional, fronteiras essas que, no caso do TRIPS, são por vezes estreitas e descem ao pormenor. Ao vincular-se ao TRIPS Macau vinculou-se também automaticamente, por força das remissões que aquele Acordo faz, a conteúdos de várias outras convenções internacionais que não eram, nem são, directamente aplicáveis ao Território. De uma penada ficámos assim parcialmente vinculados, entre outros, ao Acto de Paris de 1971 da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas^{4 5} e à Convenção de Roma de 1961 para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão.

Quanto ao Acto de Paris da Convenção de Berna, que é há mais de um século a Convenção Internacional mais importante sobre Direito de Autor, estamos obrigados a conformarmo-nos com todas as suas cláusulas substantivas - à excepção da cláusula sobre direitos pessoais de autor,⁶ os quais, dada a sua natureza, foram logicamente ignorados num Acordo sobre relações económicas. Não importa esta obrigação do TRIPS alterações dramáticas no Direito de Autor de Macau, pois o Código vigente segue já o conteúdo do Acto de Bruxelas de 1948 da dita Convenção de Berna, e não houve entre este e o Acto de Paris de 1971 graves soluções de continuidade.

³ Cfr. art. 65º do TRIPS. São já vinculativas as cláusulas do tratamento nacional (Art. 3º) e da nação mais favorecida (Art. 4º).

⁴ Efectivamente, embora o Acto de Bruxelas de 1948 da Convenção de Berna tenha sido publicado no Boletim Oficial de Macau de 10.09.55, averiguámos junto da Organização Mundial da Propriedade Intelectual que o Estado Português nunca procedeu à notificação de extensão prevista no respectivo art. 26º.

⁵ Portugal viria em finais de 1999 a estender a Macau a Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas e a Convenção Universal sobre Direito de Autor, tendo a China assumido após 19 de Dezembro de 1999 as obrigações e direitos respectivos.

⁶ Artigo 6º, bis da Convenção de Berna.

Maiores inovações trará para Macau a necessidade de conformação a boa parte do conteúdo da Convenção de Roma de 1961⁷, que reconheceu aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão aquilo que habitualmente se designa por direitos conexos ao Direito de Autor. Quanto aos direitos conexos dos artistas e dos organismos de radiodifusão, eles são actualmente pura e simplesmente desconhecidos na ordem jurídica de Macau. Já quanto aos produtores, a generosa Lei 4/85/M, de 25 de Novembro, reconheceu-lhes não só o direito exclusivo de reprodução consagrado pela Convenção de Roma, mas ainda direitos exclusivos de importação e de distribuição ao público. Em suma, reconheceu-se em Macau ao produtor também o direito de se opor às tão polémicas importações paralelas e de controlar o mercado segundo as suas conveniências. Parece-me que o legislador de Macau terá aqui que fazer alguns ajustes, pois que o Território nada ganha em estabelecer níveis de protecção mais elevados do que aqueles que lhe são impostos pelo Direito Internacional. Particularmente no que toca às importações paralelas, não é de seguir de todo o exemplo da lei de Hong Kong, que chega ao ponto de equiparar à importação de cópias contrafeitas a importação de cópias genuínas, quando esta última viole um contrato de distribuição exclusiva.

Outra importante opção tomada pelo TRIPS, a exemplo do que as Comunidades Europeias fizeram por Directiva em 1991, foi a de obrigar à protecção dos programas de computador enquanto obras literárias e artísticas - perspectiva esta que, embora não consagrada expressamente na legislação actualmente em vigor, foi já acolhida por jurisprudência dos tribunais de Macau, estribada na latíssima definição de *obra protegida* que consta do Código de Direito de Autor de 1966. O vencimento da tese que pugnava pela concessão aos programas de computador de tutela idêntica à das obras literárias é hoje, podemos dizê-lo, esmagador a nível do Direito Internacional e Comparado e veio ao encontro das pretensões dos grandes fabricantes de programas de computador que, como é sabido, são maioritariamente americanos. Além da comodidade que representa para qualquer titular, a dispensa de registo enquanto condição de protecção tem para os fabricantes de programas a vantagem adicional de os dispensar de revelar os pormenores técnicos do programa - o que não aconteceria se fossem forçados a recorrer apenas, por exemplo, à protecção concedida pelo Direito das Patentes. Todavia, não serve aos programas de computador a aplicação em bloco de todo o regime das obras literárias e artísticas, e estou-me a lembrar, por exemplo, das regras sobre atribuição da titularidade originária dos direitos patrimoniais, nomeadamente quando o programa seja criado por encomenda ou por conta de ou-

⁷ Mais exactamente, Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, adoptada em Roma em 26.10.61.

trem. Não deve o legislador de Macau esquecer o carácter semi-industrial dos programas de computador e o facto de ser frequentemente muito ténue a ligação entre o programa e um criador intelectual individualizado. Haverá pois, aqui, que consagrar desvios ao regime geral do Direito de Autor que compatibilizem, nomeadamente, a protecção dos programas com as necessidades dos respectivos utilizadores.

Um outro núcleo de obrigações constantes do TRIPS e relevantes para o Direito de Autor de Macau diz respeito a medidas de preservação da prova e a procedimentos cautelares, nomeadamente para impedir o desalfandegamento de mercadorias suspeitas de contrafacção. Todavia, um futuro Código do Direito de Autor não é o diploma indicado para a sua transposição para o direito interno - na parte, obviamente, em que essa transposição se revelar necessária, pois muitos dos objectivos prosseguidos por tais cláusulas estão já ao alcance dos meios actualmente existentes no sistema jurídico de Macau. A razão principal que nos leva a defender a não transposição desses mecanismos de carácter processual para o futuro Código é o facto de os mesmos dizerem respeito a violações dos direitos de Propriedade Intelectual em geral, e não apenas a infracções ao Direito de Autor. Assim sendo, melhor ficarão em legislação extravagante, sob pena de terem que vir a ser depois repetitivamente incluídos em mais do que um diploma.

Tentei até aqui dar uma ideia geral da influência decisiva que o TRIPS deverá ter no futuro Código do Direito de Autor de Macau, mas certamente que as alterações à legislação vigente não se devem restringir aquilo que é imposto pelo tratado. Outros aspectos há onde o legislador deve actuar espontaneamente. Deve nomeadamente eliminar institutos que nunca tiveram aplicação prática e que se revelam de duvidoso proveito. É o caso das disposições sobre registo da propriedade literária, o qual nunca se mostrou de grande utilidade na República e não parece aconselhável instalar agora em Macau.⁸ É o caso do direito de sequência - ou seja, na sua versão actual, o direito do autor que alienou uma obra protegida, um manuscrito original ou os direitos de autor sobre uma obra protegida, de participar na mais-valia que aos mesmos advier sempre que ocorra uma nova alienação. Deve certamente o legislador melhorar ainda em matéria de sanções e, a manter-se a responsabilidade criminal, reconstruir os tipos legais do Código de 66, os quais foram desenhados de forma tão genérica que concedem ao julgador uma discricionariedade não compatível com os princípios do Direito Penal.⁹ Pense-se, a título de exemplo, no actual artigo 190º, que pune genericamente

⁸ O registo desapareceria efectivamente do texto final.

⁹ Sobre a responsabilidade criminal no âmbito do Direito de Autor seguimos Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor*, Lisboa, 1993, p.19, embora referindo-se ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de 1985

mente, a título de usurpação, a conduta de, passo a citar, “*todo aquele que, sem a devida autorização do respectivo autor, utilizar ou explorar por qualquer das formas previstas nesta lei uma obra alheia...*”. Será porventura ainda aconselhável a introdução no futuro Código de normas de responsabilização das pessoas colectivas e equiparadas, já que, de entre as violações aos direitos de autor e aos direitos conexos, assume particular gravidade a contrafacção perpetrada em escala industrial, principalmente a respeitante a programas de computador, fonogramas e videogramas.¹⁰

É este um tema - o da contrafacção - sobre o qual não me posso esquivar a tecer mais algumas considerações. Devo contudo advertir que não estou a usar o termo *contrafacção* no sentido em que ele é usado no Código do Direito de Autor de 1966, o qual chama *contrafacção* aquilo que vulgarmente se designa por *plágio* e inclui no tipo criminal designado por *usurpação*, e já acima referido, aquilo que de facto se entende por *contrafacção* não só na linguagem comum como também, por exemplo, no Código Penal e na legislação da Propriedade Industrial.¹¹ Eis outro aspecto em que o legislador deverá corrigir!

O fenómeno da contrafacção, assim entendida, assume em Macau, bem como em muitos países asiáticos, dimensões que são sobejamente conhecidas e que têm dado azo a pressões internacionais. A última delas, noticiada pela Comunicação Social do Território e do exterior, é a inclusão de Macau pelos Estados Unidos da América na lista de países e territórios que se encontram sob observação por alegadamente não protegerem de forma conveniente os direitos de Propriedade Intelectual e que, consequentemente, poderão vir a sofrer represálias comerciais no futuro. É claro que a contrafacção de que se trata é principalmente a que atinge, por um lado, os programas de computador, equiparados às obras literárias, e por outro os fonogramas e videogramas, protegidos por direitos conexos ao direito de autor. Encontram-se, contudo, todos no mesmo saco já que comungam de algumas características que os tornam especialmente apetecíveis para efeitos de contrafacção. Em primeiro lugar existe no mercado uma enorme procura desses bens. Em segundo lugar, a duplicação é fácil, rápida e barata, contentando-se com instalações industriais de vão de escada e permitindo uma enorme margem de lucro na venda de cada exemplar. Finalmente, as cópias e as próprias instalações de duplicação são facilmente sonegáveis, o que dificulta de sobremaneira a repressão.

¹⁰ A responsabilidade penal das pessoas colectivas, que chegou a ser prevista numa das versões do projecto, acabaria por desaparecer do texto final. Manteve-se no entanto a sua responsabilidade solidária com os agentes da infracção pelo pagamento de multas e indemnizações.

¹¹ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor*, Lisboa, 1993, p. 19.

Poderá o legislador fazer algo para reprimir o fenómeno ou, ao menos, para o conter dentro de limites que sejam considerados aceitáveis? Certamente que sim. O legislador pode actuar ao nível do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Penal e dos Direitos Processuais. Pode, desde logo, estabelecer sanções, nomeadamente sanções criminais, as quais no entanto não poderão ser tão pesadas que desequilibrem um sistema penal que é intrinsecamente pouco violento. O legislador pode ainda conceder poderes de fiscalização a entidades administrativas, pode inverter ónus de prova, pode exigir forma especial para os negócios jurídicos que tenham por objecto obras protegidas, pode impor aos fabricantes e comerciantes de certos bens obrigações de apresentação de determinados documentos, nomeadamente comprovativos da autorização do titular, pode condicionar o comércio e a indústria de certas mercadorias, etc, etc, - embora, sublinho, parte dessas medidas não caibam à legislação sobre Direito de Autor mas sim, por exemplo, à legislação sobre actividades económicas.

Desiludam-se, no entanto, aqueles que aguardam das opções legislativas a panaceia definitiva para os problemas que afligem os titulares de direitos de autor e de direitos conexos. A contrafacção, nomeadamente, não se combate só com leis. Combate-se com fiscalização efectiva, combate-se com a adjudicação de recursos, combate-se com preparação técnica especializada - e combate-se principalmente com algo mais que muito tem faltado em Macau. Refiro-me à presença e colaboração dos titulares dos direitos em causa - os mesmos que, através das respectivas associações e grupos de pressão, se têm batido no exterior pela condenação internacional do Território, mas que, por razões de exiguidade do mercado de Macau, não exercem localmente a indispensável fiscalização privada.¹²

Não nos podemos, na verdade, esquecer que os direitos violados pela contrafacção são meros direitos privados de natureza patrimonial - são direitos a certas remunerações, digamos - pelo que a sua protecção não pode deixar de ser essencialmente civilística. Os titulares de direitos de autor e de direitos conexos não devem esperar, e muito menos exigir, que os Estados e as Administrações Públicas se substituam a eles no policiamento das utilizações que são feitas dos seus programas de computador, fonogramas ou videogramas - por muito cómodo que isso lhes pudesse ser. Devem sim, como aliás é prática universal, providenciar para que os seus representantes exerçam essa fiscalização e, quando necessário, actuem através dos meios disponíveis em cada ordem jurídica. Pedir à Administração Pública que se substitua aos particulares na vigilância dos seus interesses patrimoniais é meio caminho andado para exi-

¹² Posteriormente, em Outubro de 1999, viria a ser fundada em Macau a primeira associação (AMAPI) destinada a representar os titulares de direitos de propriedade intelectual.

gir que essa mesma Administração se encarregue também da cobrança e distribuição dos seus créditos.

Recordo que a violação dos direitos em causa consiste, por definição, na falta de uma autorização do titular e que a consagração de um crime público, que existe no Código de 66, não conduzirá a condenações se não for feita prova da falta dessa autorização. Ora o que se passa com a contrafacção dos programas de computador, fonogramas e videogramas é que os titulares dos direitos sobre os mesmos não são em regra residentes de Macau, nem aqui têm representantes, nem são sequer, por vezes, identificáveis ou contactáveis. Como, interrogo, fazer então a prova de que não houve autorização do titular?

Comecei por dizer que o futuro Código do Direito de Autor não poderá resultar de uma adaptação minimal do Código vigente em Macau. Pergunto, para encerrar: poder-se-á então transpor a legislação em vigor na República, e principalmente o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de 1985?

Um contributo importante se poderá certamente pedir a essa legislação, mas uma simples transposição seria desaconselhável. Por um lado, Portugal, enquanto membro da União Europeia, tem obrigações que não vinculam Macau - por exemplo, a obrigação de assegurar os direitos de autor durante um prazo-regra de 70 anos após a morte do autor, enquanto Macau está apenas vinculado a um prazo de 50 anos. Por outro lado, a referida legislação enferma de flagrantes deficiências ao nível da técnica legislativa - situação que, surpreendentemente, foi ainda agravada pela forma descuidada como foram recentemente transpostas - ou talvez devêssemos dizer *transcritas* - as Directivas 92/100, 93/98 e 93/83/CEE, relativas, respectivamente, ao direito de comodato, ao prazo de protecção e à radiodifusão por satélite e transmissão por cabo. Este mau estado geral da legislação de Direito de Autor de matriz portuguesa é provavelmente a consequência natural da pouca atenção que a disciplina tradicionalmente tem merecido da parte das Faculdades de Direito e da parte dos autores. Duas razões podemos apontar para tal. Primeiramente, parece haver uma tendência das Faculdades, e não só em Portugal, para se concentrarem no estudo do Código Civil, descurando os ramos do Direito Civil que nele não constam. Em segundo, e novamente, a exiguidade do mercado e a reduzida litigância daí decorrente não têm contribuído para despertar o interesse pelo Direito de Autor. Se bem que esta última situação tenda a mudar com as novas tecnologias e com o desenvolvimento económico, não deixa de ser verdade que, no dealbar do século XXI, na era da *internet*, dos satélites, da fibra óptica, dos discos digitais e de tantas outras inovações tecnológicas que se alimentam em grande parte da indústria do entretenimento e do insaciável apetite do público por bens tutelados pelo Direito de Autor, este permanece afinal como um território em larga medida inexplorado a aguardar o trabalho dos investigadores.