

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira**
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale**
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas**
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões**
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues**
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro**
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem**
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes**
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia**
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

- **Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
- **Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
- **Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
- **Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
- **Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
- **Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
- **Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
- **Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
- **Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre

Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit

Thomas Hoeren*

Resumo: É apropriado prestar uma homenagem especial ao grande, extremamente valioso e inovador falecido, de quem provêm algumas das questões orientadoras e preocupações básicas deste texto. Primeiro, a lei dos direitos de autor é revista historicamente, e depois os problemas regulamentares mais importantes são apresentados num contexto europeu.

Torna-se evidente que os direitos de autor estão prestes a explodir devido à maior protecção dos bens técnicos protegidos, especialmente se não se relacionar a expansão com um reforço das barreiras de protecção a favor do interesse do público em geral no livre acesso à informação.

Além disso, a pessoa realmente criativa, o autor como criador, corre o risco de ser empurrado para segundo plano pelo crescente empenho em interesses de pura exploração. Este aspecto em particular foi sempre uma preocupação importante do falecido, que nunca esquecerei apenas por esta razão.

Palavras-Chave: direitos de autor; extensão do âmbito de protecção; problema da alienação dos direitos; alargamento dos direitos conexos; limites do Direito da propriedade industrial.

Abstract: I would like pay special tribute to the great, extremely worthwhile and innovative deceased, from whom some of the guiding questions and basic concerns of this text originate. First, copyright law is reviewed historically, and then the most important regulatory problems are presented in a European context. It becomes apparent that copyright is on the verge of exploding due to the increased protection of technical protected goods, especially if one does not relate the expansion to a strengthening of protective barriers in favour of the general public's interest in free access to information. Also, the actual creative person, the author as creator, is in danger of being pushed into the background by the increasing commitment to pure exploitation interests.

This aspect in particular was always an important concern of the deceased, whom I will never forget for this reason alone.

Keywords: copyright; extension of the protection scope; buy-out contracts problem; widening of related rights; limits of Industrial Property Law.

* Professor da Universidade de Münster.

Sumário: 1. A história dos direitos de autor; 2. Movimentos no Direito de autor moderno; a) A extensão do âmbito de protecção; b) Alargamento dos prazos de protecção; c) O problema da compra de direitos (*Rechte-Buyout Problem*); d) Limitações; 3. O colapso do Direito de autor; a) Alargamento dos direitos conexos; b) Direitos morais (*Urheberpersönlichkeitsrechte*); c) Código como código (*Code as Code*); d) As fronteiras para com o Direito de marcas e de patentes; 4. Os resultados e as meta-regras; a) Ordenação do conhecimento e Direito constitucional; b) Análise económica; c) Ética da informação; 5. Epílogo.

O ano é de 561 e uma guerra sangrenta está a grassar na Irlanda. Um monge – São Columbano – tinha copiado secretamente um saltério de Finnian. Finnian correu para o rei irlandês para se queixar. Esta queixa desencadeou uma primeira lendária decisão de direitos de autor tomada a propósito do direito camponês do gado (*bäuerliches Viehrecht*). O rei irlandês decidiu que, tal como cada vaca tem o seu bezerro, cada livro tem o seu livrete. O que se quis dizer com isto foi que, tal como o agricultor recebe o bezerro com a vaca, também a pessoa que escreveu o livro original – o original – recebe os direitos pela cópia correspondente. Esta decisão a favor de Finnian não apaziguara Columbano, que, por isso, foi contra o rei na primeira guerra dos primórdios da história irlandesa. O desfecho da guerra foi favorável a Columbano. A execução do rei pôs fim a uma guerra que era, ao mesmo tempo, pela ordem do conhecimento e pelos direitos ao conhecimento¹. Era o início de uma batalha pelo conhecimento que só seria resolvida muitos, muitos séculos mais tarde.

Tenho pensado muito tempo e frequentemente com o meu colega Ascensão sobre estas raízes históricas dos direitos de autor. Reunimo-nos várias vezes em Münster e em Lisboa e discutimos novos problemas de direitos de autor modernos à luz da digitalização, com base nas origens dos direitos de autor. O meu Colega pareceu-me ser um modelo de homem e de profissional, um espírito livre e um pensador prospectivo para as necessárias reformas dos direitos de autor. Ele nunca teve medo de falar e escrever a sua própria opinião. Descobri nele um espírito de parentesco com quem pude pensar de forma pouco ortodoxa sobre possíveis alternativas no Direito de autor. Sinto ainda mais a sua falta após a sua morte e nunca mais o esquecerei. Neste sentido também, o seguinte esboço das nossas reflexões.

¹ A história é tirada de *Giesecke, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen 1957, 17, com ulteriores indicações. No entanto, a posição da fonte a este respeito é obscura.

1. A história dos direitos de autor

Só alguns séculos depois de Columbano é que a Rainha Ana de Inglaterra voltou ao problema dos direitos de autor em 1710². O seu problema era que tinha virado toda a imprensa contra si através do seu comportamento desagradável. Agora queria conquistá-los de novo, concedendo-lhes ofertas e privilégios. Mas o que é que ela tinha inventado? Ela tinha descoberto em Florença e Veneza que nos primeiros tempos da impressão de livros existiam os chamados privilégios de protecção estatal aos impressores. Estes direitos especiais do Estado para impressores individuais permitiram-lhes proteger-se contra reimpressões. Este instrumento, que existia apenas para impressores individuais, foi agora engenhosamente transferido pela Rainha Ana para todas as editoras em Inglaterra. Em 1710, foi-lhes dado o direito de tomar medidas contra todas as reimpressões não autorizadas durante 14 anos³. Em essência, era apenas um privilégio dos impressores, um *copyright*, como era então chamado, dado para o que mais tarde seria chamado “suor do rosto” (*sweat of the eyebrow*, *Schweiss auf der Augenbraue*) em Inglaterra⁴. O “suor do rosto” é protegido. Se as pessoas “suam” quando investem, se ousam investir uma quantidade não negligenciável de tempo, custo e esforço, então deve ser-lhes dado este direito de protecção. Este sistema de protecção foi, todavia, menos destinado à protecção dos autores [do que dos impressores].

Depois, em 1789, veio a grande Revolução Francesa com um contra-modelo de direitos de autor que ainda hoje lidera na Europa continental para a questão da ordem do conhecimento: o chamado *droit d’auteur*⁵. Este *droit d’auteur* – como o termo *auteur* sugere – colocou o autor, ou seja, o próprio autor, no centro da atenção, que até então não estivera. Assim, as pessoas criativas deveriam finalmente receber protecção, não para todas as banalidades, mas apenas se elas próprias pudessem provar um elevado grau de criatividade. Tratava-se de escritores como Voltaire e Rimbeau, da grande literatura francesa. Estes autores não estavam apenas preocupados com o dinheiro, mas também com as suas obras⁶. E esta

² Petri, *The Composer’s Right. A History of the Value of Music*, Estocolmo 2002, 41 e ss.

³ Boytha, *Whose Right is Copyright?* GRUR Int 1983, 379, 380.

⁴ Ver Ginsburg, “No Sweat?” *Copyright and Other Protection for Works of Information After Feist v. Rural Telephone*, 92 Colum. L. Rev. (1992), 338, 339.

⁵ Ver Ginsburg, *French Copyright Law: A Comparative Overview*, 36 J. Copyr. Soc. (1989), 269, 271; ed., *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 Tul. L. Rev. (1990), 991, 991.

⁶ Vogels, *Urheberpersönlichkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts*, GRUR 1994, 588.

“relação de amor” foi o aspecto principal da nova ordem do conhecimento; mesmo que, claro, um pouco de dinheiro ainda proviesse da utilização das suas obras, era a protecção da relação ideal do autor com a sua obra que era agora o foco. Levantou-se, entretanto, também uma outra questão: que estatuto de protecção legal deve ser concedido às pessoas pobres, como os impressores ou os que ajudam, o pessoal de apoio na impressão? Foram-lhes concedidos direitos conexos (*Leistungsschutzrechte*). Estes não eram direitos de autor plenos, eram direitos de investimento, com uma gradação claramente inferior à protecção dos autores, tanto ao nível dos prazos como do âmbito de protecção⁷.

Além disso, foi descoberto algo mais. Quando é introduzido um direito tão abrangente como o Direito de autor, tem de se determinar onde ficam os interesses do público em geral, por exemplo, no que diz respeito ao acesso à informação, à questão da citação ou à discussão da literatura. A fim de satisfazer estes interesses, foram introduzidas as chamadas limitações. Hoje em dia, cada legislação de Direito de autor no mundo contém, em maior ou menor medida, um *pot-pourri* variado de limitações, que vão desde matérias como emissões de rádio escolares até livros eclesiásticos; muito se encontra a coberto de uma pequena «carta branca» no Direito de autor e não requer o consentimento do autor. Este modelo do *droit d'auteur* ainda hoje impera na Europa continental. Devido à Revolução Francesa e a Napoleão, tudo isto acabou por moldar a nossa forma de pensar, mesmo na Alemanha⁸.

Existe, contudo, um terceiro modelo, que também desempenha um papel importante na grande discussão geopolítica sobre o Direito de autor: o Direito de autor dos “países em desenvolvimento”⁹. Muito cedo, um país então emergente assinalou que não podia de modo algum remunerar direitos de autor: os Estados Unidos da América. Quando Charles Dickens se apercebeu um dia da entusiástica multidão de leitores que tinha nos EUA, ficou encantado, por um lado, mas, por outro, deve ter olhado para os seus direitos de autor e percebido que quase nenhum americano pagara pelos seus livros. Utilizou tudo isto para uma lendária digressão de palestras¹⁰. Foi duas vezes aos EUA: a Nova Iorque, passando, depois, por Boston e outros lugares. Teve uma recepção gigantesca, com grandes festas; a *society* ficou encantada por ter este grande homem de letras no seu círculo. Mas, quando começou a exigir, nos seus discursos, um Direito de autor internacional,

⁷ Bullinger, em: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG § 2 marginal no. 160.

⁸ Sobre este ponto, Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, Göttingen 1995, 115 e ss.

⁹ Peukert, USA: Ende der Expansion des Copyright? GRUR Int 2002, 1012, 1012.

¹⁰ Ver Hoeren, Charles Dickens und das internationale Urheberrecht, GRUR Int 1993, 195, 196.

rapidamente o colocaram de volta no navio e o levaram para casa. Dickens, ainda assim, conseguiu vingar-se à sua maneira: escreveu um livro sobre a crueldade das mulheres americanas, *Martin Chuzzlewit*. Até hoje mantém-se na Constituição dos EUA, devido a Benjamin Franklin, a frase de que os direitos de autor só podem ser permitidos “para promover o progresso da ciência e das artes úteis” (“*to promote the progress of science and useful art*”) e apenas “por tempo limitado” (“*for a limited time*”)¹¹. Portanto, a magna questão para os países em vias de desenvolvimento é: apenas na medida em que sirva a sociedade, criamos um Direito de autor. Portanto, é um pouco absurdo (apenas a título de nota lateral) que os EUA exijam hoje veementemente a aplicação efectiva dos direitos de autor em países como a China ou a Índia.

Pode ver-se que os três modelos – o inglês, o franco-alemão e o dos países em desenvolvimento – ainda hoje lutam uns contra os outros e causam dificuldades, especialmente quando as fronteiras são atravessadas. Desde a origem destes modelos, no entanto, o mundo continuou a mudar. 200 anos após estes desenvolvimentos, o mundo parece muito diferente no domínio do Direito de autor. Por último, mas não menos importante, a lei de patentes e de marcas veio juntamente com a industrialização no século XIX¹². Se se questiona a razão pela qual apenas nos referimos à legislação sobre direitos de autor e não sobre patentes e marcas, há um motivo para isso. O direito de patentes e de marcas desenvolveu-se muito tarde, apenas no século XIX, com o advento da industrialização.

2. Movimentos no Direito de autor moderno

Entretanto, o Direito de autor floresceu. Uma modesta disciplina marginal tornou-se numa gigantesca instituição jurídica (*Megarecht*). Diz-se sempre que os direitos de autor são a Magna Carta da ordenação do conhecimento da informação¹³. Porquê? Quatro desenvolvimentos são «culpados» disto:

¹¹ Art. I § 8 cl. 8, Cláusula de Direitos de Autor (*Copyright Clause*).

¹² A este respeito, *Wadde*, *Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert*, I: Entfaltung, 1977; *id.*, *Der Weg zum gesetzlichen Schutz des geistigen und gewerblichen Schaffens – Die deutsche Entwicklung im 19. Jahrhundert*, FS *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland*, vol. I, 1991, 93; *id.*, *Geistiges Eigentum – Bausteine zur Rechtsgeschichte*, vol. II, 2003, 3 e ss.

¹³ *Hoeren*, *Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts*, MMR 2000, 3 (3 ss.).

a) A extensão do âmbito de protecção

Antes de mais, há a enorme expansão da protecção de tipo jusautorais. Quem esperaria que puséssemos linhas de programação ao mesmo nível de Günter Grass e Heinrich Böll¹⁴? Foi exactamente isso que aconteceu, está na nossa legislação de Direito de autor. Devido aos desenvolvimentos europeus, todo o *software*, por mais trivial e banal que seja, está agora protegido até 70 anos após a morte do autor. Esta é uma decisão radical, que também tem consequências fatais para a indústria de *software*. Os programadores são agora escritores, criadores, criativos.

Recentemente, neste âmbito, também protegemos as bases de dados com a sua própria protecção de investimento¹⁵. Cada colecção de material informativo é protegida, mesmo que não seja de todo original, contando que o tempo, o custo e o esforço que estão por detrás da base de dados não seja insignificante. Sob esta premissa, o Direito de autor protege a colecta de tarifas aduaneiras, números de colecções de selos, pautas musicais e a colecção de listas de títulos de poesia, tudo isto com um direito de monopólio (*Monopolrecht*). Mas isso não é suficiente para estes direitos especiais. Temos estado recentemente a conceder direitos de autor para coisas peculiares, por exemplo, para a cadeira alta para crianças Tripp Trapp¹⁶. O Tribunal Regional Superior de Hamburgo (OLG Hamburg) e também, em última análise, o Supremo Tribunal Federal (BGH) ficaram entusiasmados com o maravilhoso, espantoso, simples, invulgar e apelativo *design* desta cadeira e protegeram-na através de direitos de autor. Esta é uma expressão de uma tendência para baixar significativamente o nível de protecção. Por exemplo, o BGH estava entusiasmado com as barreiras sonoras e a sua concepção visual¹⁷. Os tribunais estavam entusiasmados com o rugido dos cervos em saias¹⁸. Mas isto não é o fim do absurdo. Protegemos qualquer fotografia desde muito cedo¹⁹. Há cem anos, o legislador não sabia como lidar com os fotógrafos. Havia pessoas estranhas com um pano preto e câmaras de grande formato que, em última

¹⁴ Sobre este ponto, *Zscherpe*, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

¹⁵ Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados; *Ehmann*, Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber – Zugleich Besprechung von BGH “Gedichttitelliste I und II” GRUR 2008, 474; *Große-Ophoff/Risthaus*, Das sui-generis-Recht für Datenbanken von öffentlichen Stellen im Lichte der neueren Rechtsprechung und europäischen Datengesetzgebung, GRUR 2022, 1649.

¹⁶ BGH, decisão de 14. 5. 2009 – I ZR 98/06, NJW 2009, 3722.

¹⁷ BGH, decisão de 12.05.2010 – I ZR 209/07, GRUR 2011, 59.

¹⁸ LG Leipzig, decisão de 23. 10. 2001 – 5 O 5288/01, NJW-RR 2002, 619.

¹⁹ *Büchner*, Schutz von Computerbildern als Lichtbild(werk), ZUM 2011, 549 (549); *Bauermeister*, Von der Potenzmittelwerbung zur vermeintlichen Krebserkrankung – Bewährtes und Neues zum Recht am eigenen Bild, JA 2022, 536.

análise, apenas retratavam a realidade. A protecção jusautorral poderia ser conferida a algo assim? O legislador, na sua angústia, disse: “Sabeis que mais, vamos fazê-lo desta forma, todas as fotografias são protegidas”. Mesmo os instantâneos banais gozam de protecção por direitos de autor; já não questionamos sobre a originalidade.

b) Alargamento dos prazos de protecção

Isto não é tudo, porém. Os prazos de protecção foram também amplamente alargados. Como inicialmente referido, a Rainha Ana no século XVIII previu um prazo de protecção de 14 anos a partir da publicação – por boas razões. Tal limitação encontra-se também na Constituição dos EUA: “apenas por um período de tempo limitado” (“*only for a limited time*”). Na Alemanha, os períodos de protecção foram inicialmente fixados em 10 anos após a morte dos autores. Em 1870, esta foi aumentada para 30 anos após a morte dos autores, em 1934 para 50 anos e em 1965 para 70 anos após a morte dos autores²⁰. Estes prazos são muito longos e levam a que cantar «Happy birthday to you» num bar em Munique possa causar problemas com sociedades de cobrança de direitos de autor, pois a canção é ainda protegida por direitos de autor. No entanto, a extensão dos períodos de protecção tem sido vista de forma bastante crítica nos últimos séculos. Em 1774, houve um famoso processo na Câmara dos Lordes britânica contra a extensão dos prazos de protecção, que só fracassou porque os juizes da Câmara dos Lordes disseram: “Não temos qualquer meta-regra sobre os prazos de protecção. Como devemos decidir se 50 anos, 70 anos, o que quer que seja, seja justo ou não?”²¹. O mesmo problema voltou a surgir 200 anos mais tarde nos EUA com o lendário *Sonny Bono Extension Act*²². Aí, o problema era que os direitos de protecção do Rato Mickey ameaçavam expirar. Através de um *lobbying* inteligente e agressivo da corporação Disney, o período de protecção foi simplesmente prolongado de 28 anos para 70 anos após a morte do autor. E ao veemente protesto de muitos cidadãos americanos o Juíza Ginsburg do Supremo Tribunal dos EUA só poderia dizer uma coisa: “Não temos meta-regras para nos dizer o que seja uma boa duração da protecção e, por isso, temos de consentir ao legislador este

²⁰ *Sattler*, Das Urheberrecht nach dem Tode des Urhebers in Deutschland und Frankreich, Göttingen 2010; *Fricke*, em: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, KUG § 22 marginal no. 11.

²¹ [1774] 4 Burr 2408.

²² 17 U.S.C. A. § 302 (a); Ver *Haggerty*, The Constitutionality of the Sonny Bono Copy-right Term Extension Act of 1998, 70 U. Cin. L. Rev. (2002), 651, 692; *Martin*, The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection, 36 Loy. L.A. Rev. (2002), 253, 272.

longo prazo”²³. Se pensa que estes são apenas casos extremos, então deve saber que estão sempre a ser consideradas extensões absurdas em Bruxelas. Porque os produtores de fonogramas, simplesmente os produtores de música, foram capazes de prorrogar pela última vez o seu prazo de protecção em 2011: de 50 anos até 70 anos, agora²⁴. Isto mostra a actualidade da extensão dos prazos de protecção.

c) O problema da compra de direitos (*Rechte-Buyout Problem*)

Deparamo-nos frequentemente com a situação de os grandes beneficiários, tanto editores como outros interessados, se esconderem atrás dos criativos. A imprensa e os políticos falam sobre as indústrias criativas e as preocupações das pessoas criativas. Na realidade, porém, estas discussões não são sobre os criativos. Estes cedem normalmente os seus direitos a quem os explora em contratos de compra de direitos (*Rechte-Buyout-Verträge*)²⁵. Isto leva ao facto – para dar um exemplo – que um professor de medicina teve de pagar 80.000,00 dólares pela publicação de um artigo de 15 páginas. Mas, para poder ler este texto, teve o professor de comprar a revista, que custou sensatamente 50.000,00 dólares por ano²⁶. O autor renuncia completamente aos seus direitos e tem de os comprar por muitos fundos públicos e dinheiro do governo – *Rechte-Buyout*. Algo semelhante pode ser encontrado na indústria cinematográfica. Na área da produção de documentários, conduzem muitos directores táxis para pagarem contas da sua vida pessoal. Não porque os seus documentários sejam maus, pois são postos no ar pelo ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) ou pelo Arte: mas, nas letras pequenas do contrato, de uma pena, foram privados de todos os seus direitos.

Há já alguns anos que o princípio da remuneração equitativa está na lei para proteger o autor impotente²⁷. Mas isto foi um bumerangue, que se virou contra si,

²³ Supremo Tribunal Eldred v. Ashcroft, 537 US 186, 208 (2003); cf. *Kur*, USA – Supreme Court verwirft Klage wegen Verfassungswidrigkeit des Sonny Bono Copyright Term Extension Acts, GRUR Int 2003, 190.

²⁴ *Klass*, Die geplante Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller: Der falsche Ansatz für das richtige Ziel, ZUM 2008, 663.

²⁵ Sobre o problema da perspectiva da lei das cláusulas contratuais gerais (*AGB-Gesetz*), *Castendyk*, Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, 169; um raio de esperança trazem acórdãos como o do Tribunal Regional Superior de Hamburgo (OLG Hamburg) de 1 de Junho de 2011 – 5 U 113/09, GRUR-RR 2011, 293.

²⁶ Sobre isto, a crítica fundamental em *Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, 179.

²⁷ *Schippan*, Auf dem Prüfstand: Die Honorar- und Nutzungsrechtsregelungen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen und ihren freien Mitarbeitern, ZUM 2010, 782; *Hohnholz*, Was sind uns Kreative wert? ZUM 2021, 519.

como frequentemente acontece com os bumerangues. Está já na lei que cada criativo tem direito a uma remuneração adequada. Contudo, já Tomás de Aquino advertia acerca da necessidade de um *pretium iustum*, ou seja, uma fixação de preço justo²⁸. Além disso, o pedido de remuneração contra a parte contratante está sujeito a uma bitola de limitações relativamente curta e não dá em nada se os direitos patrimoniais forem transferidos para um terceiro. Com efeito, o problema de um pedido de remuneração realmente justo não foi satisfatoriamente resolvido até à data²⁹.

d) Limitações

Outro problema de direitos de autor encontra-se nas limitações. Se cada vez mais o âmbito de protecção jusautorais é alargado e cada vez mais direitos são para o efeito concedidos, devem também, pelo menos, as limitações ser ajustadas a favor do público em geral. Teria, portanto, de haver, de forma equilibrada, mais liberdade para o público em geral³⁰. Até 2018, porém, aconteceu exactamente o oposto. O § 52a UrhG, por exemplo, que desde então foi revogado, estabeleceu uma limitação em prol da ciência, para pequenos textos para utilização como materiais de seminários virtuais, mas isto era questionável. Um professor da Universidade Aberta ou à distância (*Fernuniversität*) de Hagen, por exemplo, tinha colocado cerca de 100 páginas de um manual de psicologia nos materiais do seu seminário virtual apenas para os seus alunos. Subsequentemente, os editores de livros intentaram uma «acção-teste» contra a sua universidade, porque esta prática não deveria ser abrangida pela limitação do § 52a UrhG³¹. Igualmente perversa foi o § 52b UrhG, uma disposição sobre dispositivos de leitura electrónica, que recentemente foi também revogada. Ao abrigo desta disposição, podia um estudante deslocar-se à biblioteca da universidade e sentar-se numa estação de leitura electrónica. Mas só estava autorizado a ler o livro, se a universidade o tivesse adquirido também fisicamente. A universidade só estava autorizada a ter tantas estações de leitura quantos os livros que tivessem sido comprados. Nesta estação de leitura electrónica, não era permitido imprimir; era, ao invés, necessário ir buscar o livro físico que se queria imprimir e colocá-lo, para o efeito, na antiga máquina

²⁸ *Hoeren*, Auf der Suche nach dem “*iustum pretium*”: Der gesetzliche Vergütungsanspruch im Urhebervertragsrecht, MMR 2000, 449.

²⁹ *Reber*, Die urhebervertragsrechtlichen Regelungen zur “angemessenen Vergütung” in der DSM-Richtlinie, GRUR 2019, 891.

³⁰ *Hilty*, Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819, 819.

³¹ LG Stuttgart, decisão de 27.09.2011 – 17 O 671/10.

fotocopiadora Xerox³². No entanto, estas limitações foram abolidas com a Lei de Modernização dos Direitos de Autor de 2018 e substituídas por novas limitações dos §§ 60a e seguintes da Lei dos Direitos de Autor (UrhG), que parecem estar mais de acordo com as exigências do público em geral³³. A tendência parece estar a avançar na direcção certa.

3. O colapso do Direito de autor

A terceira parte será agora dedicada ao futuro do Direito de autor. Estamos confrontados com o perigo de um colapso dos direitos de autor nos próximos anos, uma espécie de hipertrofia. O sistema todo, no seu conjunto, quebra³⁴.

a) Alargamento dos direitos conexos

O colapso deve-se, antes de mais, à extensão dos direitos conexos (*Leistungsschutzrechte*)³⁵. Estes foram – como mencionado – estabelecidos para o pessoal auxiliar. Mas o pessoal auxiliar hoje em dia não só se apropria de todos os direitos patrimoniais através de contratos de aquisição (*Buyout-Verträge*), como também pretende alargar os seus próprios direitos conexos. A *rapper* Sabrina Setlur, por exemplo, sofreu com esta situação. Quando teve a ideia de utilizar uma sequência musical muito pequena do grupo Kraftwerk, foi processada por esta amostragem sonora (*Sound Sampling*). Ela não foi processada pelos autores, porque pequenos microssegundos de música não são passíveis de protecção por direitos de autor, mas sim pelos produtores de suportes de som. A questão era por que deveria um produtor de fonogramas ter mais direitos do que o autor? Se algo não estiver protegido por direitos de autor, deverá ser, de facto, de livre utilização. Mas o Supremo Tribunal Federal (BGH) decidiu primeiro que os produtores de fonogramas podiam processar até mesmo pela apropriação dos mais pequenos trechos de música³⁶. Após uma decisão contrária do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) e subsequente recurso pelo Supremo Tribunal Federal ao TJUE, este último decidiu que a utilização de fragmentos de áudio muito curtos constitui uma infracção, a menos que este fragmento seja inserido na outra portadora de áudio de uma forma modificada que não

³² LG Stuttgart, decisão de 27.09.2011 – 17 O 671/10.

³³ *Grübler*, em: BeckOK UrhG, § 60a marginal no. 2.

³⁴ *Geller*, Die Auflösung des Geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 273.

³⁵ *Krause*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, 21.

³⁶ BGH, decisão de 20. 11. 2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403.

seja reconhecível quando se ouve³⁷. Pelo menos o Tribunal Regional Superior de Hamburgo (OLG Hamburg) proporciona um vislumbre de esperança na última decisão por enquanto na disputa legal, que já dura há mais de 20 anos, ao classificar a amostragem sonora no caso específico como um pastiche admissível ao abrigo do § 51a Abs. 1 UrhG, de acordo com a situação legal actual³⁸.

O direito de autor conexo para os editores introduzidos pela “Oitava Lei para Alterar a Lei dos Direitos de Autor”³⁹ é igualmente problemático⁴⁰. Durante muito tempo, os editores tiveram um problema: todo o tipo de prestadores auxiliares tinha direitos conexos – produtores de fonogramas, produtores de filmes, difusores – só os editores não os tinham. Tucholsky disse uma vez que os editores eram moscas na pomada⁴¹. Os legisladores provavelmente também o viram dessa forma no início. A introdução dos direitos de autor conexos foi extremamente controversa, mesmo dentro da facção governamental da altura⁴². Mas os editores de jornais queriam direitos de autor conexos durante 50 anos para cada definição técnica editorial de um artigo de jornal. Tratava-se principalmente de conteúdo da Internet. Simplesmente porque os editores iniciam uma concepção editorial de conteúdo, isto deve dar-lhes o direito de monopólio sobre esse conteúdo durante 50 anos. De facto, os direitos dos editores de imprensa expiram dois anos após a primeira publicação de acordo com § 87j p. 1 UrhG. No entanto, este direito conexo altera fundamentalmente a lei dos direitos de autor. Costumava ser um direito cultural (*Kulturrecht*) para as pessoas criativas. Está agora a tornar-se num puro direito económico para quem beneficia com a sua exploração.

b) Direitos morais (*Urheberpersönlichkeitsrechte*)

O Direito de autor baseia-se no conceito de personalidade. Temos o criador pessoal, o famoso artista Spitzweg, que se senta sozinho na sua pequena sala e escreve livros. Este modelo pertence à história. O mais tardar desde o Urinol de

³⁷ TJUE, decisão de 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929.

³⁸ OLG Hamburg, decisão de 28.4.2022 – 5 U 48/05 (não final), GRUR 2022, 1217, 1219 e ss.

³⁹ BGBl. I, 1161 de 14.5.2013.

⁴⁰ Sobre isto, entre outros, *Kauert*, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, Berlim 2008; *Frey*: Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Überlegungen zur Struktur und zu den Auswirkungen auf die Kommunikation im Internet, MMR 2010, 291; *Schweizer*, Schutz der Leistungen von Presse und Journalisten, ZUM 2010, 7.

⁴¹ *Hoeren*, Was ich Johann B. Metz verdanke – fundamentale Theologie und Zivilrecht, em: Janßen e.o. (eds.), Theologie in Gefährdeten Zeiten – Stichworte von nahen und fernen Weggefährten für Johann Baptist Metz zum 90. Geburtstag, Münster 2019, 190.

⁴² *Jani*, em: Wandtke/Bullinger, Vorbemerkung zu §§ 87f marginal no. 2.

Marcel Duchamp, estamos a ver cada vez mais arte em que o autor, a pessoa, desaparece. Roland Barthes descreveu isto uma vez como a morte do autor⁴³. E é precisamente a Internet, a era digital, que prova que Barthes tem razão. No domínio do software, já não existem autores individuais. Existem agora equipas a programar *open source* em todo o mundo – desde a Coreia do Sul até aos EUA. Existem redes de cooperação que, de repente, se tornaram mais importantes do que os autores individuais⁴⁴. E há obras geradas por computador, computadores que criam e são eles próprios imaginativos, criando fractais e *software*⁴⁵. Na Web 2.0, os utilizadores já não são utilizadores, mas ao mesmo tempo autores de conteúdos gerados pelo utilizador.

c) Código como código (*Code as Code*)

Lawrence Lessig, um dos famosos professores de Harvard, foi o primeiro a descobrir o fenómeno de «*code as code*»⁴⁶. A indústria em particular tinha interesse em tornar os advogados supérfluos. Assim, a aplicação da lei detém-se, por vezes, nas fronteiras nacionais. É, portanto, mais promissor deixar que o código de programação, livre de restrições nacionais, tome o lugar da codificação. Constrói-se o mundo da maneira de que se gosta. Programa-se o que se quer no código – quer se trate de Sistemas de Codificação Regional (*Regional Encoding Systems*) ou CSS⁴⁷. Isto significa, contudo, uma perda de liberdade à custa do público em geral. Tínhamos antes a liberdade legal de poder fazer cópias para fins privados. Esta liberdade de cópia privada é subvertida por tais cadeias ou blocos tecnicamente eficazes.

⁴³ Barthes, The Death of the Author, em: Jannidis (ed.): *Texte zur Theorie der Autorschaft*, Stuttgart 2000, 185, 197; semelhantemente, Foucault, What is an Author? em: Foucault (ed.): *Schriften zur Literatur*, Frankfurt (Main) 2003, 234, 270.

⁴⁴ Marly, Das Verhältnis von Urheber- und Markenrecht bei Open Source Software – Zugleich eine Besprechung von OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010, 467 – xt:commerce, GRUR-RR 2010, 457.

⁴⁵ Gervais, The Protection Under International Copyright Law of Works Created with or by Computers, IIC 1991, 628.

⁴⁶ Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, Nova Iorque 1999; *ed.*, Code and Other Laws of Cyberspace, Berlim 2001; *ed.*, Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance, 74 Chi.-Kent L. Rev. (1999), 1405; Mayer-Schönberger, The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation, 43 Va J. Int'l. L. Rev. (2003), 605; *ed.*, Demystifying Lessig, 5 Wis. L. Rev (2008), 713.

⁴⁷ Ottolia, Preserving Users' Rights in DRM: Dealing with "Juridical Particularism" in the Information Society, IIC 2004, 491; Schulz, Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management – Paradigmenwechsel im deutschen Urheberrecht? GRUR 2006, 470.

d) As fronteiras para com o Direito de marcas e de patentes

Entretanto, as fronteiras entre Direito de autor, Direito de marcas e Direito de patentes estão também a esbater-se⁴⁸. Até agora, presumia-se não poder haver qualquer sobreposição entre as três áreas. No entanto, pode ser observada uma crescente expansão do âmbito de protecção, especialmente no Direito de marcas. No Direito de marcas tudo é actualmente passível de protecção:

“Nada rima com Uschi”⁴⁹, “Vorsprung durch Technik”⁵⁰, o tom dourado de um coelho da Páscoa Lindt⁵¹, o cheiro a bola de ténis de feno⁵², a “Munich Oktoberfest”⁵³. O direito à marca vale perpetuamente: desde que sejam pagas as taxas de registo, tem-se um direito, sem fim, a proteger a marca. Isto significa que podem ser protegidas coisas que há muito tempo não estão protegidas por direitos de autor. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (BGH) teve uma vez de lidar com o termo “o regresso de Winnetou”⁵⁴. Apesar de expirados os direitos de autor, o BGH confirmou que, naturalmente, os direitos de marca poderão continuar a existir.

Similarmente se passam as coisas no Direito de patentes. Até agora, por exemplo, nunca conhecemos um caso em que algo estivesse simultaneamente protegido por patente e direitos de autor. Agora temos *software*, que, sob certas condições, pode ser abrangido pela protecção de patentes e, ao mesmo tempo, por direitos de autor.

4. Os resultados e as meta-regras

Esta é uma descoberta assustadora. Na minha opinião, todo o problema tem a ver com o facto de não termos meta-regras. Como deve, pois, ser uma ordenação de conhecimento justa? Esta questão não pode resolver-se a partir do próprio Direito geral. Precisamos de meta-conhecimento, um instrumento que contorne a justiça da

⁴⁸ *McGuire*, Kumulation und Doppelschutz – Ursachen und Folgen des Schutzes einer Leistung durch mehrere Schutzrechte GRUR 2011, 767; *Ohly*, Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law – Report Prepared on Behalf of the German Association for the Protection of Intellectual Property (GRUR) by, GRUR Int 2007, 704.

⁴⁹ Registado no DPMA em 26.1.2011 como marca nominal do comediante Mario Barth reg. nº: 3020100708204; sobre este *Lenach*, “... die TOOOOR macht weit” – Relevanz der Benutzungsmodalitäten für die Schutzfähigkeit sprachlicher Zeichen? GRUR 2011, 872.

⁵⁰ TJUE, decisão de 21.01.2010 – C-398/08 P (ECJ), GRUR 2010, 228.

⁵¹ BGH, decisão de 29.7.2021, Az. I ZR 130/20, GRUR 2021, 1199.

⁵² HABM WRP 1999, 681 – The Smell Of Fresh Cut Grass; ver *Fezer*, WRP 1999, 575, 579

⁵³ Registado na EUIPO em 28.05.2021 como marca nominativa sob o número de ficheiro 018317924.

⁵⁴ BGH, decisão de 23. 1. 2003 – I ZR 171/00, NJW 2003, 1869; *Schmidt-Hern*, Der Titel, der Urheber, das Werk und seine Schutzfrist, ZUM 2003, 462.

informação e diga o que é a distribuição justa da informação e do conhecimento⁵⁵. Temos três ferramentas para tanto:

a) Ordenação do conhecimento e Direito constitucional

Sempre que aos juristas nenhum argumento ocorre, voltam-se para o Direito constitucional. O Direito constitucional é um meta-sistema clássico. Por exemplo, no final de 2010, o Tribunal Constitucional Federal disse contra o Tribunal Federal de Justiça que uma das características constituintes do Direito de autor é a propriedade no sentido da Constituição⁵⁶. Além disso, na decisão histórica *Germania 3*, o Tribunal Constitucional preferiu a lendária frase: “Neste contexto, deve notar-se que, com a publicação, uma obra já não está apenas à disposição do seu titular. Entra na esfera social como pretendido e pode assim tornar-se um factor independente que co-determina a imagem cultural e intelectual da época”⁵⁷.

Isto mostra a tensão entre a propriedade, por um lado, e a liberdade de informação e as necessidades da cultura, por outro. Esta é uma bela visão. Mas como se conjugam os dois agora? Aqui, apenas o teorema da concordância prática fundada por Konrad Hesse entra em consideração:

“Ambos os interesses protegidos devem ser levados ao melhor desenvolvimento possível por meio de concordância prática”⁵⁸. Depois aprende-se ainda que existe aí um amplo espaço de actuação do legislador. É então que largamos o Direito constitucional, pois não mais podemos extrair desta discussão.

b) Análise económica

O segundo instrumento, a análise económica do Direito de autor, provém dos EUA⁵⁹. Era evidente que os americanos viriam com esta ideia. A sua Constituição já declara que os direitos de autor devem ser “em benefício da sociedade”

⁵⁵ *Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009; *Kreutzer*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Baden-Baden 2008.

⁵⁶ BVerfG, decisão de 21.12.2010 – 1 BvR 506/09, GRUR 2010, 999.

⁵⁷ BVerfG, decisão de 29. 6. 2000 1 BvR 825/98, NJW 2001, 598.

⁵⁸ A este respeito, *Leistner/Hansen*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter – Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479.

⁵⁹ Ver *Stiglitz*, Economic Foundations of Intellectual Property Rights, 57 Duke L.J. (2008), 1693.

(«*to the benefit of the society*»). Assim, ficou claro que, na década de 1960, os Americanos começaram a colocar-se a si próprios a questão: quantos direitos de autor e quanto monopólio de conhecimento pode uma sociedade realmente tolerar? Quando é que os direitos de autor perdem a sua eficácia? Sobre esta última questão, Dietmar Harhoff, um famoso colega de Munique do campo da investigação em inovação, reconheceu que a duração da protecção dos direitos de autor já é demasiado longa, inibindo assim a inovação⁶⁰. Nenhum ser humano é, em última análise, criativo apenas porque sabe que os direitos de autor ainda estão em vigor 70 anos após a sua morte. Pelo contrário, as pessoas são criativas por iniciativa própria, sem a necessidade de tais contributos económicos. Mas pior ainda são as descobertas relacionadas com o prazo de protecção de 70 anos que Yochai Benkler desvendou em Harvard⁶¹. Como economista, assinalou que os direitos de autor, de patentes e de marcas são monopólios do ponto de vista da análise económica. Isto conduz inevitavelmente também a uma indesejável centralização dos *produtos* de informação. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça Europeu tem vindo a debater-se há anos com a questão de saber se não se podem estabelecer limites para os direitos de autor derivados do Direito da concorrência. Em particular, a recusa em licenciar direitos de autor no caso da procura actual dos consumidores tem estado no centro das atenções⁶². Nos EUA foi descoberta a tragédia dos *anti-commons*⁶³. Esta tragédia descreve o dilema em que um grande número de titulares de direitos não tem um direito de utilização exclusivo, mas sim o direito de excluir outros do uso eficiente⁶⁴. Nestas constelações, existe o perigo de a utilização eficiente de conteúdos criativos falhar apenas porque já ninguém sabe quem detém os direitos. Se tivéssemos um direito de protecção de desempenho para os editores, por exemplo, tornar-se-ia extremamente complicado

⁶⁰ Harhoff/Engel/Möschel, Patentschutz und Innovation, Gutachten Nr. 1/07 des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie; também Dreyfuss/Zimmermann/First, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, 2001, 3; Suthersanen/Dutfield/Chou, Innovation Without Patents: Harnessing the creative spirit in a diverse world, 2007.

⁶¹ Benkler, Intellectual property and the organization of information production, 369 Int. Rev. L. Econ. (2002), 369; ed. Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production, 114 Yale L.J. (2004), 273; The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom, 2006.

⁶² Conrad/Licht em: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 39 marginal no. 338.

⁶³ Heller, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harv. L. Rev. (1998), 621.

⁶⁴ Parisi/Depoorter/Schulz, Duality in Property: Commons and Anticommons, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 578, 591.

determinar quem é o verdadeiro proprietário dos vários direitos envolvidos em todo este caos de direitos, quando, onde e como. Tudo isto parece muito interessante, mas não ajuda neste momento⁶⁵. Pois a tragédia dos *anti-commons* é também apenas uma análise económica. Económico significa que é bom para analisar estruturas empíricas, mas não para descrever um modelo normativo, a não ser na eficiência, que é rigidamente orientada pela economia política. Além disso, esta visão anglo-americana não compreende o Direito de autor tal como é entendido na Europa continental, que inclui não só direitos de utilização, mas também direitos morais.

c) Ética da informação

Uma vez que não podemos extrair o suficiente da economia, nem do Direito constitucional para a questão das meta-regras dos direitos de autor, precisamos de uma análise ética para a questão. Existem três conceitos para isto.

aa) O conceito de propriedade intelectual

O conceito de propriedade intelectual⁶⁶ tem origem na discussão prussiana por volta de 1830, quando teve de se esclarecer à população por que era necessário um Direito de autor. Nessa altura, foi descrito de forma expressiva que os direitos de autor eram uma espécie de propriedade. No entanto, ignorou-se que – felizmente – não pode ser de modo algum propriedade, porque os direitos de autor, ao contrário da propriedade, são limitados no tempo. É certo que este limite temporal está a ser suavizado por cada vez mais possibilidades de utilização relacionadas com limitações a favor do público em geral, e a tradução inglesa de “propriedade intelectual” pode também mostrar um tal paralelo com a propriedade. Contudo, devido às diferenças existentes, a propriedade não pode ser utilizada para a questão das meta-regras dos direitos de autor.

bb) “*Information wants to be free*”

Além disso, entra em consideração como segundo conceito a lendária frase de Stewart Brand na conferência Hacker de 1984: “A informação quer ser livre”

⁶⁵ *Bechtold*, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2008, 484.

⁶⁶ *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht (From Privilege to Copyright), Göttingen 1995, 157 et seq. N.

(“*Information wants to be free*”)⁶⁷. No entanto, a frase não é particularmente útil. A informação “não quer” nada. A informação não pode querer absolutamente nada. Stewart Brand pode querer algo, mas a informação não. O outro problema é que a frase viola o princípio kantiano do dualismo entre ser e dever ser. Mesmo que a informação queira ser empiricamente livre, isso não significa que deva ser normativamente livre. De acordo com Kant, estes são os dois níveis que devem ser sempre mantidos separados. Não posso derivar um dever de um ser puro. Deve haver uma proposta adicional que diga que algo deveria ser. Portanto, a frase acima não pode ser correcta.

cc) A liberdade de informação como uma ideia reguladora

Talvez o teorema de Brand possa ser compreendido, no sentido de Kant, como uma ideia reguladora a um nível empírico, mas não a um nível normativo⁶⁸. Caso contrário, nenhuma outra justificação pode ser encontrada para a proposta de que a informação deve ser fundamentalmente gratuita. Por outro lado, outro princípio, a imagem-espelho – mas mais perigoso para uma sociedade – pode ser seguido: Toda a informação quer ser paga (“*Every information wants to be paid*”). De acordo com isto, cada peça de informação deve ser paga. Isto não significa que não precisemos de Direito de autor. Precisamos de Direito de autor, de Direito de patentes, mas como fenómenos de excepção⁶⁹. E as excepções, que sempre como juristas aprendemos, têm uma interessante característica: devem ser restritivamente interpretadas e carecem de uma explicação que as fundamente. Apenas podemos criar, no Direito de autor, direitos de monopólio até 70 anos “*post mortem auctoris*”⁷⁰ se houver justificações muito claras para um direito de monopólio tão amplo⁷¹. Na procura destas justificações, o Direito de autor também se deparou com as seguintes questões: por que protegemos, de facto, um produto tão efémero como o *software* através de direitos de autor? Como programador, a quem serve saber que

⁶⁷ *Wagner*, Information wants to be free: intellectual property and the mythologies of control, 103 Colum. L. Rev. (2003), 995.

⁶⁸ A seguir, por razões de espaço, são incluídas apenas algumas referências a outras publicações do autor que expandem as ideias acima referidas, por exemplo *Hoeren*, Tractatus germanicoinformaticus – Some fragmentary ideas on DRM and information law, em: Lodder et al. (eds.), IT Law – The Global Future, The Hague 2006, 149, 160.

⁶⁹ *Hoeren*, Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs – Prolegomena zu einer Theorie des Informationsrechts, MMR-Beil. 1998, 6.

⁷⁰ *Loewenheim*, UrhR-HdB, § 22 marginal no. 1.

⁷¹ *Hoeren*, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3.

este beneficia ainda de uma protecção tão extensa até 70 anos após sua morte? Ou, ainda de forma mais radical: não poderíamos, finalmente, abolir este terrível especial direito de autor sobre fotografias que tem causado tantos problemas às pessoas?

5. Epílogo

Qual é o papel da ciência nesta história geral? Na minha opinião, a ciência não tem qualquer papel no quotidiano jurídico-político. A “batalha pelo Direito” tem de ser travada pelos lobistas, os grupos de interesse, o círculo de interessados. A ciência não pode dizer à sociedade: “É este o aspecto da ordenação ideal do conhecimento”. Como investigadores do Direito podemos apontar erros grosseiros e desconstruir supostos significados⁷². E podemos, como cientistas, apontar especialmente a injustiça processual nalgumas discussões. Seguindo Habermas e Apel, em termos discursivo-teoréticos, todos devem ter o direito e a oportunidade de articular justa e equitativamente os seus interesses e de intervir nesta luta pelo direito à informação. E é precisamente aqui que se verificam abusos massivos. Onde estão as associações de defesa do consumidor no Direito de autor, por exemplo? Quem representa os interesses dos utilizadores? A questão dos direitos de autor quase nunca tem sido seriamente objecto de uma política de protecção do consumidor. A este respeito, ainda há muito a fazer – se não se quiser levar o Direito de autor à hipertrofia, ou seja, para o colapso.

⁷² Hoeren, Das Pferd frisst keinen Gurkensalat – Überlegungen zur Internet Governance, NJW 2008, 2615.