



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Inês Tuna de Almeida

**ESGOTAMENTO DE DIREITOS DE DISTRIBUIÇÃO EM
*SOFTWARE***

UM POSSÍVEL CAMINHO PARA O ESGOTAMENTO DIGITAL

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada
pelo Professor Doutor João Paulo Remédio Marques e apresentada à
Faculdade de Direito.

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

**Esgotamento de direitos de distribuição em
*software***

Um possível caminho para o esgotamento digital

Exhaustion of distribution rights in software

A possible gateway to digital exhaustion

Inês Tuna de Almeida

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses
Orientador: João Paulo Remédio Marques

Coimbra, 2019

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade vingá-se ignorando o direito.”

Georges Ripert, jurista francês

Resumo

As tecnologias da informação e comunicação avançam a um ritmo avassalador, e cada vez mais há uma tendência para migrar para o digital. O consumo de obras protegidas por direitos de autor não é exceção.

Instituto Nacional de Estatísticas, no *Anuário Estatístico de Portugal 2017*, revelou que 73,8% dos portugueses com idades compreendidas entre os 16 e os 74 anos acedem regularmente à Internet, e 71,5% dos agregados familiares têm pelo menos um indivíduo dentro da mesma faixa etária com computador para uso pessoal em casa, números que têm vindo a aumentar de ano para ano. É evidente que o *software* veio para ficar, pelo que é premente analisar o estado de saúde do direito nesta área.

A revenda de cópias de programas de computador tem sido alvo de variados litígios por todo o mundo, até que recentemente o Tribunal de Justiça da União Europeia provocou um aceso debate dentro da União Europeia para determinar se a legislação comunitária em sede de direitos de autor permite (ou permitirá) a revenda digital de obras protegidas.

Esta investigação analisa o programa de computador num contexto europeu enquanto objeto de propriedade intelectual, a sua distribuição e o esgotamento de direitos aquando da primeira comercialização, através de um método lógico-dedutivo assente na doutrina nacional e internacional, jurisprudência europeia e numa perspetiva de direito comparado. O objetivo é inferir as consequências e implicações de um regime especial que poderá ser o ponto de partida para a instituição de uma doutrina de exaustão digital geral.

Palavras-chave: direito de autor; programa de computador; direito de distribuição; princípio do esgotamento; exaustão digital.

Abstract

Information and communication technologies are advancing at an overwhelming pace, and there is a growing tendency to migrate to digital. The consumption of copyrighted works presents no exception to this inclination.

The National Statistics Institute, in the Portuguese 2017's Statistical Yearbook, revealed that 73.8% of the Portuguese population aged 16-74 regularly access the Internet, and 71.5% of households have at least one person in the same age group with a computer at home for personal use, numbers that have been increasing year after year. It is clear that the software industry has come to stay, so it is urgent to analyze the health status of law in this area.

The resale of software copies has been the subject of a variety of disputes around the world until the Court of Justice of the European Union recently sparked a strenuous debate within the European Union, to determine whether EU copyright law allows (or at least will allow) the digital resale of works protected under copyright.

This research examines the computer program in a European context as an intellectual property object, its distribution and the copyright exhaustion at the time of the first commercialization, through a logical-deductive method based on national and international doctrine, European jurisprudence and comparative law. The purpose is to evidence the consequences and implications of a special regimen that could be the starting point for the establishment of a general digital copyright exhaustion doctrine.

Keywords: copyright; software; distribution rights; exhaustion doctrine; digital exhaustion.

Índice

Resumo	3
Abstract.....	4
Índice	5
Introdução	7
1. A sociedade de informação na ordem jurídica internacional, comunitária e nacional	10
1.1. <i>Tratado da OMPI</i>	10
1.2. <i>Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS/ADPIC)</i>	10
1.3. <i>Ordem jurídica comunitária (UE)</i>	11
1.3.1. <i>Diretiva 2001/29/CE</i>	14
1.3.2. <i>Diretiva 2009/24/CE</i>	16
1.3.3. <i>Mercado Único Digital</i>	17
1.4. <i>Código do Direito de Autor e Direitos Conexos</i>	18
2. O programa de computador enquanto objeto de direito	21
2.1. <i>O fenómeno das TIC: breve introdução</i>	21
2.2. <i>Conceito técnico de programa de computador</i>	23
2.2.1. <i>O videojogo</i>	26
2.3. <i>O programa de computador como objeto de propriedade intelectual</i>	28
2.4. <i>As vias de proteção jurídica dos programas de computador</i>	30
2.4.1. <i>O programa de computador enquanto objeto do direito de autor</i>	34
2.4.2. <i>A extensão da proteção às informações obtidas por descompilação</i>	39
2.4.3. <i>O movimento do software livre</i>	41
2.4.4. <i>Os videojogos como objeto de direito de autor</i>	42
2.4.4.1. <i>O caso Nintendo v. PC Box</i>	45
3. O direito de distribuição	47
3.1. <i>O contrato de licença de utilização de programas de computador</i>	51
4. O Princípio do esgotamento de direito	54
4.1. <i>Exaustão de direitos e suportes digitais</i>	55
4.1.1. <i>O caso Usedsoft V. Oracle</i>	57
4.1.2. <i>Direito comparado e o caso Vernor v. Autodesk</i>	61
4.2. <i>Implicações e consequências do esgotamento de direitos de autor sobre cópias de programas de computador</i>	64

Conclusão.....	73
Bibliografia	77
Jurisprudência	83
Outras fontes	84

Introdução

As sociedades têm sido alvo de constante mutação ao longo dos tempos, acompanhando a evolução alcançada pelo Homem. Tal acontece também com o Direito, que tende a acompanhar as novas realidades do ser humano, em grande parte por se tratar de um bom reflexo das necessidades e anseios deste último. Assim, ainda que os ordenamentos jurídicos contemporâneos resguardem, inevitavelmente, os preceitos e institutos outrora fundados, o Direito vai-se modificando à medida que se introduzem alterações na sociedade. Ora, com o advento tecnológico, as questões atinentes a problemas relacionados com direitos de propriedade intelectual tornaram-se maiores. Como tecer um juízo adequado de ponderação entre os direitos concedidos aos criadores intelectual e os direitos sociais, económicos e culturais?

Recuemos: a expressão “direito de autor” tem mais de dois séculos de existência. Inicialmente existia apenas em abstrato, tendo manifestação nas relações entre autores e livreiros (ou até produtores de espetáculos), uma vez que as estruturas económicas e sociais não tinham ainda imposto a necessidade de uma tutela jurídica própria. A construção doutrinária e legal do instituto remonta aos primórdios do século XVIII, com a primeira lei regulamentar do direito de autor a ser historicamente promulgada na Inglaterra, em 1710 (“Estatuto da Rainha Ana” ou “Lei para o encorajamento da ciência e garantia da propriedade dos livros impressos”), que reconhecia aos autores o direito exclusivo de reprodução por um prazo determinado. Até então as obras literárias estavam protegidas por um privilégio que beneficiava impressores e editores, e mais raramente os autores, sendo que o privilégio mais antigo de que há registo remonta a 1495, concedido pelo Senado de Veneza ao impressor Alde Manuce, com referência a uma edição das obras de Aristóteles¹.

O sistema jurídico em que o direito de autor de hoje se funda, não só em Portugal, mas em todo o mundo, foi erigido principalmente no final do século XIX, com a adoção da Convenção de Berna a 9 de setembro de 1886, tendo em vista, fundamentalmente, a proteção das obras escritas (fossem literárias, artísticas ou científicas). Entretanto, o século XX foi testemunha dos mais revolucionários avanços tecnológicos promovidos pelo ser humano, mas ainda hoje os programas de computador são equiparados, por maior parte da legislação,

¹ REBELLO, Luiz Francisco; *Visita ao Mundo do Direito de Autor*, 1974, p. 558.

a obras literárias. Pois bem, o desenvolvimento tecnológico exponencial, imperativo nos dias que correm, tornou este tema mais complexo, face à diminuição de obstáculos físicos para a partilha e reprodução de obras protegidas por direitos de autor. Será que a legislação atual está à altura?

É fácil de compreender a lógica central do sistema de proteção dos direitos autor: ainda quem nem toda a criação provenha em troca de pagamento ao autor, o criador de uma criação intelectual deverá ter direito a receber remuneração pelo seu trabalho, estimulando a produção de novas obras. Para tal, é concedido ao autor um direito de exclusividade para a exploração comercial do trabalho intelectual, através de uma imposição geral de proibição de cópias das obras protegidas por parte de terceiros sem autorização legal ou do autor. Porém estes direitos de exclusivo não podem ser absolutos, sob pena de comprometerem os direitos de acesso ao conhecimento e à cultura e os direitos de investidores e fomentadores culturais, entre outros.

Assim, para tentar aliviar a tensão entre direitos colidentes e criar equilíbrio surgem diversos institutos legais, nomeadamente o princípio do esgotamento (ou exaustão) de direitos de distribuição após a primeira comercialização (da própria obra ou cópias). O objetivo primordial desta doutrina é assegurar e proteger o direito à propriedade do suporte físico que contém a criação intelectual. Numa sociedade cada vez mais digital, em que o suporte físico de obras, desde literárias a cinematográficas, está a ter cada vez menos consumidores, visto que obter conteúdos instantaneamente através de um clique, por um preço muitas vezes mais atrativo, surge como a melhor opção, qual será o papel da doutrina do esgotamento neste ambiente de 0's e 1's?

No caso concreto da comercialização de programas de computador, têm surgido variados conflitos, especificamente no que toca à aplicação do princípio de exaustão de direitos de autor ao licenciamento *online* e *offline* deste tipo de obras. Esta questão tem sido tratada pela jurisprudência, o que põe em relevo o interesse prático deste tema. Assim, emerge o interesse de ir mais longe: além de problematizar a questão da revenda pelo usuário do programa de computador sem suporte físico surge a vontade de perceber se poderemos utilizar os mesmos princípios e argumentos para outras obras, em especial os videojogos, por serem um tipo especial de *software*.

Ora, na tentativa de obter as respostas que procuramos, iremos começar por analisar a sociedade de informação na ordem jurídica internacional, comunitária e nacional.

Seguidamente analisaremos o programa de computador enquanto objeto de direito. Mas o que é propriamente um programa de computador? Quais as vias de proteção jurídica deste tipo de obra? E os videojogos, são apenas um *software*, ou muito mais do que isso? Posteriormente chegará o momento de dissecar o direito de distribuição, quais os seus pressupostos e o que a doutrina tem a dizer sobre o assunto. Será que o contrato de licença de utilização de programas de computador se insere no domínio da distribuição? E eis que chegaremos ao busílis desta investigação: o que é e quando se verifica o princípio do esgotamento de direito? É aplicável no ambiente digital? De que forma este instituto se manifesta no direito comunitário? E do outro lado do oceano, a posição jurisprudencial será a mesma? Quais as implicações e consequências futuras das recentes decisões do TJUE? Para responder a estas e outras questões debruçar-nos-emos sobre a doutrina nacional e internacional, analisaremos a jurisprudência mais relevante e ainda recorreremos ao direito comparado.

Será o esgotamento de direitos de autor em programas de computador o ponto de partida para a exaustão digital?

1. A sociedade de informação na ordem jurídica internacional, comunitária e nacional

1.1. Tratado da OMPI

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI; em inglês, World Intellectual Property Organization, WIPO) foi estabelecida em 1967 pelas Nações Unidas, dedicada à promoção da proteção da propriedade intelectual. Os Estados reconheceram o grande impacto do desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação na criação e utilização de obras literárias e artísticas, pelo que se verificavam novas realidades que não tinham sido configuradas no âmbito da Convenção de Berna (de 1886).

Foram adotados dois Tratados da OMPI, em 1996: um sobre direito de autor, *WIPO Copyright Treaty* (WCT), e outro sobre interpretações ou execuções e fonogramas, *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT). Portugal aderiu em 2009, pela Resolução da Assembleia da República n.º 53/2009, de 30 de julho. O WTC veio regular a proteção dos programas de computador e bases de dados que se configurem como criações intelectuais.

A OMPI promove, de forma continuada, estudos, estratégias e reflexões consoante as mudanças e evoluções tecnológicas que se verificam, com o intuito de adequar a estas os direitos de autor e direitos conexos. Os tratados da OMPI tratam-se, assim, de uma atualização à Convenção de Berna, tendo em conta as exigências da nova era digital, em que os Estados assinantes podem adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, com a instituição de novas exceções e limites no ambiente tecnológico².

No que concerne aos programas de computador e bases de dados, estes estão plasmados nos arts. 4º e 5º, respetivamente.

1.2. Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS/ADPIC)

Em abril de 1994 foi anexado ao acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC) um acordo multilateral relativo a aspetos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o comércio. Este foi aprovado pela ratificação da Assembleia

² PEREIRA, Alexandre Dias; *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, 2008, p. 293.

da República n.º75-B/94 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República, então Mário Soares, n.º82-B/94, entrando em vigor no início de 2005.

Os pressupostos de proteção deste diploma não diferem muito da conferida pela Convenção de Berna³, ainda que atendam com mais enfoque aos interesses do comércio mundial e da globalização da propriedade intelectual. O acordo TRIPS veio alargar o sistema de proteção a um nível global, estabelecendo um patamar mínimo de proteção que abrange, para além do direito de autor e direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os modelos e desenhos industriais, as topografias de produtos semicondutores, informações não divulgadas ou segredos de empresa, e as patentes (Secções 1 a 7 da Parte II). No entendimento de Alexandre Dias Pereira, este acordo não tratava da dimensão moral dos direitos de autor, cuidando apenas do valor mercantil de acordo com a conceção do sistema anglo-americano de *copyright*⁴.

Relativamente à sociedade de informação, o art. 10º estabelece um regime de proteção dos programas de computadores e bases de dados, nos mesmos termos das obras literárias na Convenção de Berna.

1.3. Ordem jurídica comunitária (UE)

Uma vez que, inicialmente, se considerava que o direito de autor era uma questão da competência da lei interna, o Tratado de Roma não contém nenhuma referência a este. Contudo, a jurisprudência comunitária pronunciou-se sobre esta matéria, pelo que foram estabelecidos, no direito comunitário, princípios relativos à propriedade intelectual – cabe ao EM determinar as condições de proteção da propriedade intelectual na ausência de harmonização⁵, em benefício dos nacionais de todos os EMs; a existência de direitos

³ A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas foi criada a 9 de setembro de 1886, completada em Paris a 4 de maio de 1896, revista em Berlim a 13 de novembro de 1908, completada em Berna a 20 de março de 1914, revista em Roma a 2 de junho de 1928, em Bruxelas a 26 de junho de 1948, em Estocolmo a 14 de junho de 1967 e em Paris a 24 de julho de 1971. A adesão de Portugal ocorreu por meio do Decreto n.º 73/78, de 26 de julho.

⁴ PEREIRA, Alexandre Dias; *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, 2008, p.288.

⁵ *Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*, Processo C-92/92 e 362/92, Acórdão do Tribunal de Justiça, 20 de outubro de 1993.

protegidos pelo direito nacional não pode ser afetada pelo Tratado, mas pode ser limitado o exercício destes direitos⁶, desde que o núcleo não seja afetado⁷.

A Convenção de Munique sobre a Patente Europeia, de 1973, foi o primeiro diploma internacional a discorrer sobre a proteção jurídica dos programas de computador, contudo foi para os excluir, enquanto tais, do objeto da patente⁸.

Em 1988 a Comissão Europeia cria o *Livro Verde* (COM(88) 177 final), sobre os direitos de autor e o desafio tecnológico, e em 1995 é aprovado o *Livro Verde sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos na Sociedade de Informação*, que consiste numa estratégia para evitar violações de direitos no meio digital.

Para continuar a harmonizar os sistemas, têm sido promulgadas Diretivas, com obrigatoriedade de transposição para a ordem jurídica nacional dos EMs: Diretiva 91/250/CEE do Conselho, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (mais tarde revogada pela Diretiva 2009/24); Diretiva 92/100 relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor; Diretiva 93/83 relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo; Diretiva 96/9 relativa à proteção das bases de dados; Diretiva 2001/29 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação; Diretiva 2004/48 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual; Diretivas 2006/115 e 2006/116 que revogaram e substituíram as já mencionadas Diretivas 92/100 e 93/98; e mais recentemente a Diretiva 2019/790, que introduziu alterações nas Diretivas 96/9 e 2001/29. Esta harmonização tem sido baseada em justificações ligadas ao mercado interno, enquanto base jurídica para a ação legislativa da UE⁹.

A UE não tem competência legislativa autónoma relativamente aos direitos de autor, uma vez que esta apenas pode proceder à harmonização de legislações nacionais se o

⁶ *Deutsche Grammophon v. Metro*, Processo 78/70, Acórdão do Tribunal de Justiça, 8 de junho 1971.

⁷ PEREIRA, Alexandre Dias; *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, 2008, p. 223.

⁸ Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias; *Patentes de Software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, 2001, pp. 285 a 429.

⁹ RAMALHO, Ana; *Ensaio sobre a construção de um conteúdo normativo do direito de autor europeu*, 2015, p. 95.

objetivo da medida for o estabelecimento e funcionamento do mercado interno, tal como consta do art. 114º do TFUE, pelo que apenas os aspetos das leis nacionais de direito de autor que colidam com o mercado interno poderão entrar no âmbito da competência legislativa europeia. O conceito de mercado interno é estranho ao direito de autor, o que não ajuda à clarificação de uma divisão de competências entre a UE e os EMs, nem à concretização do conteúdo da respetiva competência. No campo do direito de autor, o conteúdo e as propostas das Diretivas revelam uma legislação desequilibrada, ou pelo menos não alinhada com as justificações que devem subjazer ao sistema legal de direito de autor – há uma clara predominância de objetivos relacionados com a proteção da indústria (por oposição ao autor enquanto criador intelectual)¹⁰.

Assim, os objetivos que poderão ser relevantes para a construção do conteúdo normativo do direito de autor são o estabelecimento do mercado interno, a promoção de determinados valores da UE (o Estado de Direito e o respeito pelos direitos do Homem) e o respeito pela diversidade cultural (art. 3º do TUE). A legislação europeia destinada a harmonizar as leis nacionais terá necessariamente de dizer respeito a uma das liberdades de circulação de mercadorias, pessoas, serviços ou capitais ou ao sistema que assegura que a concorrência a nível europeu não seja falseada (Protocolo n.º 27 anexo aos Tratados), logo situações meramente internas aos EMs não cabem sob a alçada do estabelecimento do mercado europeu¹¹.

1.3.1. Diretiva 2001/29/CE

A Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, foi transposta para a nossa ordem jurídica nacional através da Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto (mais tarde alterada pela Lei n.º 49/2015 de 5 de junho), tratando-se da quinta alteração ao CDADC e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro.

¹⁰ RAMALHO, Ana; *Ensaio sobre a construção de um conteúdo normativo do direito de autor europeu*, 2015, pp. 97-100.

¹¹ *Idem*, p. 103.

Em 2016 começou a ser trabalhada uma proposta para alterar a legislação de Direito de Autor, apresentada pela Comissão Europeia a pedido do Parlamento Europeu, visto que a reforma do direito de autor na UE vinha já a ser falada desde 2013¹². De notar que esta proposta foi alvo de grande escrutínio, originando uma autêntica batalha de argumentos, não só dentro dos órgãos da UE, mas também fora do Parlamento e da Comissão, onde milhões de cidadão se envolveram no combate à proposta e abriram uma acesa discussão sobre balanço entre possíveis limitações à liberdade de expressão e a necessidade de proteger os direitos no mundo digital, harmonizando as regras. Consequentemente, o texto final foi alvo de alterações, especialmente no respeitante aos arts. mais controversos, e aprovado a 17 de abril de 2019 como Diretiva 2019/790.

Alguns dos principais objetivos da Diretiva 2001/29, identificados nos Considerandos, são a contribuição para a prossecução dos objetivos do Tratado de estabelecimento de um mercado interno e instituição de um sistema capaz de garantir o não falseamento da concorrência no mercado interno (para os novos produtos e serviços); a estimulação do desenvolvimento da sociedade da informação na Europa, assim como de investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infraestruturas de rede, o que trará crescimento e reforço da competitividade da indústria europeia; dar resposta adequada à realidade económica, que inclui novas formas de exploração; contribuir para a manutenção e o desenvolvimento da atividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral; dar execução a algumas das novas obrigações internacionais introduzidas pelos tratados da OMPI (WCT e WPPT).

A falta de harmonização pode provocar diferenças significativas em termos da proteção assegurada e traduzir-se em restrições à livre circulação de serviços e produtos incorporados e/ou baseados na propriedade intelectual, pelo que o impacto será mais significativo com o desenvolvimento da sociedade de informação. Esta diretiva harmoniza, no campo dos direitos patrimoniais, os direitos patrimoniais à reprodução, à comunicação ao público e à distribuição. Estabelece também uma lista exaustiva de exceções e limitações,

¹² Cfr. *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*(PDF). Consultado a 5 de setembro de 2018. Arquivado do original (PDF) a 23 de junho de 2018.

ainda que apenas uma seja compulsória, exigindo ainda que os EMs adotem medidas de proteção contra dispositivos tecnológicos que se destinem a neutralizar medidas de carácter tecnológico e a interferir com as informações para a gestão desses direitos¹³.

Desde 2001 muito mudou na sociedade de informação, a evolução das tecnologias digitais proporcionou o florescimento de novos modelos empresariais e reforçou o papel da Internet como principal mercado de distribuição e veículo de acesso a conteúdo protegido por direitos de autor. Assim, há muito que uma reforma legislativa era imperativa, porém esta, ainda assim, ficou aquém de algumas realidades do mundo virtual. A Proposta COM(2016) 593 final apresentou como objetivos adaptar o quadro dos direitos de autor da UE às novas oportunidades de acesso dos consumidores a conteúdos protegidos e intervir de modo a evitar a fragmentação do mercado interno. Para alcançar os objetivos traçados, pretende favorecer o acesso transacional a serviços e conteúdos protegidos por direitos de autor, facilitar novas utilizações nas áreas de investigação e educação e ainda clarificar o papel dos serviços em linha na distribuição de obras e outro material protegido¹⁴. No texto final da Diretiva 2019/790, a proteção das medidas de carácter tecnológico anteriormente estabelecidas continua a ser essencial para assegurar a proteção e o exercício efetivo dos direitos por parte dos seus titulares ao abrigo do direito da UE. Essa proteção é mantida na nova legislação, assegurando também que a utilização de medidas de carácter tecnológico não impede o gozo das exceções e das limitações previstas na mesma.

Relativamente aos programas de computador, que só são protegidas pelo direito de autor se forem originais, ou seja, se forem uma criação intelectual do próprio autor¹⁵, o n.º 2 do art. 1º da presente diretiva protege as disposições comunitárias existentes nesta matéria, que não são afetadas por este diploma.

¹³ AKESTER, Patrícia; Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais, 2013, p. 358.

¹⁴ COM(2016) 593 final, pp. 2 e 3.

¹⁵ Cft. *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-5/08, 16 de julho de 2009, par. 35.

1.3.2. Diretiva 2009/24/CE

A Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, veio revogar a Diretiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio, que foi transposta para a nossa ordem jurídica nacional através do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro (alvo da Retificação n.º 2-A/95, de 31 de janeiro, e mais tarde alterada pelo Decreto-Lei n.º 334/97 de 27 de novembro).

Ao contrário do diploma tratado no ponto anterior, não foram feitas alterações ao CDADC, decidindo-se criar um diploma próprio onde se condensaram todas as normas específicas de proteção dos programas de computador. Ainda que a equiparação dos programas de computadores a obras literárias permita, pontualmente, uma aproximação, os conceitos nucleares de proteção de programas de computador comportam novas realidades que não são facilmente subsumíveis às que existem no direito de autor. Na opinião de Pedro Cordeiro *"Não foi inocente a opção do legislador português. Com ela pretendeu-se cumprir as nossas obrigações comunitárias mas demonstrar, aos mesmo tempo, a firme convicção de que 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'"*¹⁶.

A necessidade desta Diretiva baseia-se no facto dos programas de computador terem vindo cada vez mais a ter um papel importantíssimo num vasto leque de indústrias, podendo ser considerada de importância fulcral para o desenvolvimento da indústria. O desenvolvimento de programas de computador requer um investimento considerável, podendo esses programas ser reproduzidos a um custo que apenas representa uma parte do custo do seu desenvolvimento. Ora, algumas das diferenças verificadas na proteção jurídica dos programas de computador ao abrigo das legislações dos EMs têm diretamente efeitos negativos no funcionamento do mercado interno, no que toca a programas de computador, logo é necessário eliminar as diferenças que surtem tais efeitos. Ademais, é ainda necessário evitar que surjam novas diferenças, ainda que as diferenças que não afetam consideravelmente de forma negativa o funcionamento do mercado interno não necessitem de ser eliminadas, nem é fundamental que se evite o seu aparecimento.

¹⁶ Cfr. CORDEIRO, Pedro; *A lei portuguesa de proteção do "software"*, 1994, cit., pp.713-714.

De ressaltar que a proteção abrange unicamente a expressão de um programa de computador; as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa (por exemplo, presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação) não são protegidos por direitos de autor ao abrigo da presente Diretiva, como veremos mais detalhadamente.

1.3.3. Mercado Único Digital

Ciente da importância da necessidade de adequar o mercado único europeu à era digital, e com vista a impedir a fragmentação do mercado digital dentro da UE, a Comissão Europeia fez uma Comunicação revelando uma Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa¹⁷. O propósito final é a criação de um mercado digital no qual bens, pessoas, serviços, capitais e dados possam circular de forma livre, tal como cidadãos e empresas possam aceder de forma equitativa e ininterrupta a bens e serviços em linha, qualquer que seja a residência ou nacionalidade, mantendo sempre a Europa no topo da economia digital mundial. Esta estratégia assenta em três pilares: melhorar o acesso das empresas e dos consumidores aos bens em linha, propiciar o desenvolvimento das redes e serviços digitais e estimular a economia digital como motor de crescimento.

Para a criação do Mercado Único Digital, a estratégia tem um vasto leque de objetivos, a saber: impulsionar o comércio eletrónico na UE, através da resolução do problema do bloqueio geográfico e tornando a entrega de encomendas transfronteiriças mais acessível e eficiente; modernizar a legislação europeia sobre direitos de autor, adaptando-a à era digital; atualizar a legislação europeia aplicável ao setor audiovisual e criar condições equitativas para as fontes digitais comparáveis; melhorar a resposta da Europa a ciberataques; estimular o potencial de uma economia dos dados europeia dotada de regras claras para assegurar o livre fluxo de dados não pessoais; garantir a todos os cidadãos da UE a melhor ligação possível à Internet; adaptar as normas relativas à proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas ao novo ambiente digital; auxiliar as empresas, os investigadores, os cidadãos e as autoridades públicas a tirar o máximo partido das novas tecnologias.

¹⁷ COM(2015) 192 final.

O mercado único digital permite criar oportunidades para novas *start-ups* florescerem e ainda para empresas já existentes crescerem num mercado de cerca de 500 milhões de pessoas, o que se estima poder vir a representar um contributo de 415 mil milhões de euros por ano para a economia europeia e gerar milhares de postos de trabalho¹⁸.

1.4. Código do Direito de Autor e Direitos Conexos

A CRP, ainda que não faça referência aos direitos industriais, no seu art. 42º, de epígrafe *Liberdade de criação cultural*, assegura a proteção legal dos direitos de autor, pelo que a nossa ordem jurídica não poderia nunca deixar de incluir ou abolir o instituto do Direito de Autor¹⁹. Já o CC, no art. 1303º, que tem por epígrafe *Propriedade Intelectual*, estabelece que os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial, contudo as disposições deste código são subsidiariamente aplicáveis, desde que não contrariem o regime especial e se harmonizem com a natureza destes direitos.

O primeiro projeto de lei sobre propriedade literária e artística foi apresentado à câmara dos Deputados por Almeida Garrett, em 1839, tendo sido aprovado em 1841. Contudo, devido às comoções políticas de então, o projeto não chegou a tornar-se lei²⁰. Só em 1851, com o triunfo da Regeneração, é que o projeto voltou à Câmara, onde foi aprovado, pelo que, assim, a 18 de julho desse ano foi publicada a primeira lei portuguesa sobre direito de autor. Este diploma esteve em vigor até 1867, quando a matéria respeitante ao direito de autor foi inserida no CC (Código de Seabra)²¹. O DL n.º 13.725, de 3 de junho de 1927 (Regime de Propriedade Literária, Científica e Artística), veio substituir o Código de Seabra em sede autoral, mais tarde revogado pelo DL n.º 46980, de 27 de abril de 1966 (Código do Direito de Autor), que se aproximava do regime da Convenção de Berna.

¹⁸ COM(2015) 192 final; A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence, 2015, pp. 3 e 5.

¹⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira; Direitos Intelectuais: Propriedade ou exclusivo?, 2008, p. 122.

²⁰ REBELLO, Luiz Francisco; *Visita ao Mundo do Direito de Autor; Ordem dos Advogados*, 1974.

²¹ AKESTER, Patrícia; Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado, 2017, p. 32.

A publicação do DL n.º 63/85, de 14 de março, atual CDADC, veio em consequência da adesão de Portugal aos atos de revisão da Convenção de Berna e da Convenção Universal, o que obrigou a alterações na regulamentação do direito de autor, algumas delas substanciais. Foi alterado pelas Leis n.ºs 45/85 de 17 de setembro, 114/91 de 3 de setembro, pelos DLs n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, pelas Leis n.ºs 50/2004 de 24 de agosto, 24/2006 de 30 de junho, 16/2008 de 1 de abril, 65/2012 de 20 de dezembro, 82/2013 de 6 de dezembro, 32/2015 de 24 de abril, 49/2015 de 5 de junho, 36/2017 de 2 de julho e, finalmente, pelo DL n.º100/2017, de 23 de agosto. Estas alterações visaram adotar a nossa legislação à legislação comunitária em sede de direito de autor, contudo nem sempre de forma coerente. Ainda que algumas diretivas tenham sido implementadas neste diploma (nem todas de forma integral), outras houve que foram transpostas para a ordem jurídica portuguesa através de diplomas autónomos. Segundo Patrícia Akester, contemplamos uma legislação autoral que inclui este código e diplomas integrantes, o que dificulta uma compreensão coesa e clara das normas jusautorais cruciais, urgindo uma revisão ao nosso CDADC²².

O preâmbulo deste nosso código anuncia que foi tido em conta “*trabalhos anteriores para revisão do precedente e bem assim o parecer e as sugestões, expressamente solicitadas, dos organismos representativos dos interesses em causa*”. Houve uma tentativa de assegurar o melhor equilíbrio possível entre autores e utilizadores das obras, sem nunca perder de vista o interesse público.

A duração do direito de autor sobre programas de computador encontra-se plasmada no art. 36º, ao passo que a proteção das medidas de carácter tecnológico e das informações está elencada no Título VI (arts. 217º a 228º).

²² Idem, p. 33.

2. O programa de computador enquanto objeto de direito

Para delimitarmos um qualquer objeto de direito teremos de, primariamente, depreendê-lo enquanto realidade de facto independente do Direito. Para tal, teremos de proceder à compreensão do fenómeno das TIC e ao conceito técnico de programa de computador, para posteriormente ser possível abordar o âmbito positivo e negativo dos programas de computador enquanto objeto de direito.

Contudo, e como veremos adiante, uma delimitação técnica de programa de computador não será suficiente para determinar o seu âmbito jurídico, uma vez que, à semelhança de outros domínios, o objeto de direito não é necessariamente coincidente com o objeto das TIC. Estamos, pois, no domínio das coisas incorpóreas, pelo que a delimitação do objeto é intrinsecamente dependente da sua consagração legal. Vejamos, então, o programa de computador como objeto de direito em função dos diferentes direitos que possam incidir sobre ele, em que coexistem duas vias de proteção distintas: o Direito de Autor e a Propriedade Industrial.

2.1. O fenómeno das TIC: breve introdução

A expressão *Information and Communication Technologies* (Tecnologias da Informação e da Comunicação) tem sido usada por investigadores académicos desde a década de 80 do século XX, porém só em 1997 a abreviatura TIC (ICT em inglês) ganhou popularidade, após ser utilizada por Dennis Stevenson num relatório para o governo britânico²³. Esta consiste em todos os meios técnicos utilizados para tratar a informação e auxiliar na comunicação (isto é, toda a tecnologia que interfere e/ou medeia os processos de informação e comunicação), que resulta da conjugação de duas realidades: uma material, o equipamento tecnológico (*hardware*) e outra imaterial, as aplicações informáticas (*software*). Trata-se, portanto, de um conjunto de recursos integrados entre si, em que o *software* dá as instruções que fazem o *hardware* executar determinada tarefa, e sem as quais o equipamento não funciona.

²³ Cfr. DENNIS, Stevenson; *The independent ICT in Schools Comission: Information and Communications Technology in UK Schools, an independent inquiry*, 1997.

Inicialmente não havia distinção entre o programa de computador e a máquina que o processava, pois o *software* estava sempre ligado a esta, servindo apenas nela. Porém, após a introdução dos *personal computers* (PC) por parte da Apple e da IBM, começaram a aparecer programas de computador que podiam ser descarregados, surgindo assim a necessidade de proteger juridicamente a criação intelectual dos programadores, que não deve ser confundida com as criações dos inventores ou projetistas dos equipamentos informáticos²⁴.

O computador digital (por oposição aos seus antecessores mecânicos e analógicos) é, então, um sistema composto por dispositivos físicos eletrônicos com a finalidade de recolher, manipular, armazenar e apresentar dados através do processamento de operações de cálculo e de lógica, de acordo com instruções fornecidas por programas que determinam tanto o funcionamento físico do conjunto dos dispositivos, como a forma de processamento de dados. José António Alves de Matos define processamento como “*tratamento automático da informação num sistema informático (processador ou computador)*”²⁵, como é o exemplo da ação automática posterior à entrada de dados (*input*) e anterior à saída de dados (*output*) ou produção de certos resultados.

Podemos então concluir que o computador é composto por duas estruturas diferentes, mas indissociáveis, uma física e outra lógica. A estrutura física divide-se em três subsistemas, de acordo com o “modelo Von Neumann”²⁶: “unidade central de processamento”, conhecida por CPU (sigla do inglês *central processing unit*); dispositivos de memória; e dispositivos de entrada e saída (I/O, ou seja, *input/output*). Já a estrutura lógica não se compõe exclusivamente de programas de computador (ainda que todo o sistema informático requeira programas de computador para funcionar)²⁷, mas inclui também linguagens de programação, ficheiros eletrônicos, bases de dados, protocolos de comunicação e nomes de domínio. Para podermos chegar ao conceito de programa de

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa; *A proteção dos direitos intelectuais sobre programas de computador no Brasil e o movimento do software livre*, 2015, p. 233.

²⁵ MATOS, José A.; *Dicionário de informática e novas tecnologias*, 2009, p. 294.

²⁶ Cfr. PATT, Y. N. & PATEL, S. J.; *Introduction to computing systems: from bits and Gates to C and beyond*, 2004, p. 79.

²⁷ A título de exemplo, as calculadoras de bolso não têm, geralmente, software, pelo que todas as operações realizadas, até as mais complexas, foram implementadas através de circuitos eletrônicos. Cfr. COELHO, Helder; *Computador e Informação*, 1988, p. 139.

computador teremos então de recorrer também a uma delimitação negativa face aos outros elementos da estrutura lógica, além da sua definição positiva.

2.2. Conceito técnico de programa de computador

Vimos anteriormente que a estrutura lógica do computador não é composta apenas por programas de computador. Acrescentamos agora que os programas de computador podem desempenhar funções distintas dentro do sistema informático, relacionando-se não só com a estrutura física, mas também entre si, pelo que não se encontram numa relação de igualdade entre eles (pode-se falar, até, numa autêntica “hierarquia de programas de computador”²⁸). Iremos restringir-nos ao conceito de programa de computador em sentido amplo, sem distinguir as funções relativas desempenhadas no sistema informático.

Helder Coelho apresenta como definição técnica de programa de computador uma “*sequência de instruções (comandos) formuladas numa notação que o computador compreenda. Tais instruções especificam de modo rigoroso (sem ambiguidade e imprecisão) as ações pretendidas, e de certo modo são a representação escrita dos algoritmos*”²⁹. Precisamos, pois, de analisar o conceito de *algoritmo*, que é por muitos visto como o conceito mais importante da ciência da computação.

Enquanto definição matemática de algoritmo, J. Glenn Brookshear refere “*um conjunto ordenado e não ambíguo de passos executáveis que define um processo completo e definitivo*”³⁰. Daqui podemos tirar seis características essenciais do algoritmo³¹: *finito* (ter número limitado de instruções), *preciso* (não ter interpretações ambíguas), *geral e abstrato* (conseguir resolver todos os problemas suscitados por uma certa questão), *exequível* (as

²⁸ Cfr. MARQUES, José Alves; *Fundamentos de sistemas operativos*, 1990, pp. 21 e seguintes.; COELHO, Helder; *Computador e Informação*, 1988, pp. 139 e seguintes.

²⁹ COELHO, Helder; *Computador e Informação*, 1988, cit., p. 47.

³⁰ BROOKSHEAR, J. Glenn; *Computer Science: an overview*, 2007, cit., p. 169 (tradução livre).

³¹ Cfr. BORRUSO, R. & RUSSO, S.; *Informatica per il giurista: dalbit a internet*, 2009, pp. 207 e 208; VASCONCELOS, José Braga & CARVALHO, João Vidal; *Algoritmia e Estruturas de Dados: Programação nas linguagens C e JAVA*, 2005, pp. 24 a 26.

instruções têm de ser possíveis de executar), *claro e exato* (determinação exata do objetivo a alcançar, com distinção clara entre as variáveis e constantes a ter em conta), e ser um *método de resolução* (permitir atingir o objetivo desejado). É ainda de relevar que existem algoritmos não-matemáticos³², já que a resolução de um certo problema através de instruções precisas estipuladas *ex ante* não é exclusiva da matemática, mas sim de todo o pensamento racional.

José Braga de Vasconcelos e João Vidal de Carvalho entendem que “*computadores são máquinas eletrônico-digitais que simplesmente executam algoritmos tendo em conta os dados de entrada a serem processados*”³³. Na mesma linha de raciocínio, os autores definem algoritmo como “*um procedimento que pode ser implementado e executado por um programa de computador*”³⁴. Assim, a disciplina nuclear das ciências da computação, e em específico do desenvolvimento de *software*, é a algoritmia³⁵. O objetivo do algoritmo é, aqui, a resolução de certo problema através da sua implementação num programa de computador. Como salientam David Harel e Yishai Feldman, o extraordinário desenvolvimento da algoritmia computacional é o que transforma as operações simples que um computador é capaz de realizar na capacidade de processamento de dados que hoje conhecemos³⁶.

Ainda que as definições de programa de computador e algoritmo nos possam parecer análogas, na medida em que são apresentadas em função daquilo que fazem, que têm para fazer e de como o fazem, não o são verdadeiramente. O algoritmo tem de ser representado por alguma forma de linguagem (seja ela qual for), ao passo que o programa de computador tem de ser escrito numa linguagem de programação (“*sistema de escrita formal para*

³² Cfr. BORRUSO, R. & RUSSO, S.; *Informatica per il giurista: dal bit a internet*, 2009, p. 208.

³³ VASCONCELOS, José Braga & CARVALHO, João Vidal; *Algoritmia e Estruturas de Dados: Programação nas linguagens C e JAVA*, 2005, cit., p. 23.

³⁴ Idem, p. 20.

³⁵ Nesse sentido, cfr. VASCONCELOS, José Braga & CARVALHO, João Vidal; *Algoritmia e Estruturas de Dados: Programação nas linguagens C e JAVA*, 2005, p. 21.

³⁶ HAREL, David & FELDMAN, Yishai; *Algorithmics: the spirit of computing*, 2004, pp. 3 e 4.

enunciar a execução de operações em computador”³⁷) que o computador seja capaz de ler, interpretar e processar. Isto é, após a concepção do algoritmo necessário a resolver certo problema, este tem de ser escrito numa linguagem de programação adequada para que se converta em programa de computador.

Relevamos que, tal como um mesmo problema pode ser resolvido através de diferentes algoritmos, também o mesmo algoritmo pode ser escrito em linguagens de programação distintas, ou ainda, dentro da mesma linguagem, com soluções de gramática e sintaxe diferentes³⁸. Nas palavras de Glenn Brookshear, “*um programa é uma representação de um algoritmo*” e “*cientistas da computação usam o conceito ‘programa’ para se referirem a uma representação formal de um algoritmo para aplicações informáticas*”³⁹. Assim, podemos concluir que o algoritmo é a concepção teórica, ideal e abstrata da resolução de determinado problema, ao passo que o programa de computador é uma expressão, concretização prática e representação dessa solução⁴⁰: “*o algoritmo é a própria ideia, o programa é a expressão*”⁴¹.

2.2.1. O videojogo

Em 1961 surge *Spacewar*, aquele que, possivelmente, foi o primeiro videojogo, criado por Steven Russel. Uns anos mais tarde chegou ao mercado o videojogo que viria a ser o mais popular da época, de seu nome *Pong*, que foi copiado por muitos outros editores.

Nos primórdios da criação dos videojogos, e visto que o desenvolvimento dos computadores estava muito aquém do nível que verificamos hoje, o visual destes deixava imenso à imaginação dos jogadores, era um mundo longe dos gráficos sofisticados dos jogos

³⁷ AZUL, Artur Augusto; Técnicas e linguagens de programação: introdução à programação: programação em pascal: 10º ano, 2000, cit., p. 16.

³⁸ Cfr. BROOKSHEAR, J. Glenn; *Computer Science: an overview*, 2007, p. 170.

³⁹ Idem, cit. (tradução livre).

⁴⁰ VENÂNCIO, Pedro Dias; O programa de computador como objeto do direito, 2014, p. 18.

⁴¹ VIEIRA, José Alberto; A proteção dos programas de computador pelo Direito de Autor, 2005, cit., p. 411.

contemporâneos. Como consequência, os videogames partilhavam grandes semelhanças, como fundo preto, formas geométricas e funcionalidades básicas. Pouco tempo depois, os programadores conseguiram incorporar sons rudimentares, pelo que, considerando a constante evolução que continuou ao longo dos tempos, os videogames não podem, hoje em dia, ser vistos como trabalhos simples, mas sim como uma fusão de elementos individuais que, em essência, podem cada um individualmente ser protegidos por direitos de autor (como por exemplo as personagens, a banda sonora, configurações, partes audiovisuais, entre outros), se atingirem um nível adequado de originalidade e criatividade.

Neste campo, existem múltiplos géneros de jogos, como jogos de ação, jogos de aventura, jogos de simulação, jogos de estratégia, jogos de desporto, jogos musicais, jogos de trívia, entre muitos outros. Os elementos constituintes de que cada tipo de jogo (e dentro do mesmo género, dentro de cada jogo em específico) variam, porém todos eles compartilham um elemento comum: o programa de computador que executa o jogo⁴².

De acordo com Lipson e Brain⁴³, os videogames incluem os seguintes elementos criativos:

I - Elementos áudio: (1) Composição musical, (2) Gravações sonoras, (3) Voz, (4) Efeitos sonoros importados, (5) Efeitos sonoros internos;

II - Elementos vídeo: (1) Imagens fotográficas, (2) Imagens em movimento capturadas digitalmente, (3) Animação, (4) Texto;

III - Código de computador (Código fonte ou código objeto): (1) Motor de jogo principal, (2) Código auxiliar, (3) Módulos de extensão, (4) Comentários.

Adicionalmente pode-se também falar em elementos criativos como o *script*, enredo, coreografias, bem como mapas ou obras arquitetónicas.

Ora, como postulado por Kitchin⁴⁴, os videogames modernos contêm indiscutivelmente duas partes principais: (1) elementos audiovisuais (tudo aquilo que se vê

⁴² Não queremos com isto dizer que todos os videogames utilizam o mesmo programa de computador, mas sim que todos os videogames integram nos seus elementos constitutivos um programa de computador.

⁴³ LIPSON, Ashley Saunders & BRAIN, Robert D.; *Computer and Video Game Law – Cases, Statutes, Forms, Problems & Materials*, 2009, p. 54.

⁴⁴ KITCHIN, Rob & DODGE, Martin; *Code/Space – Software and everyday life*, 2011, p. 24.

ou ouve enquanto se joga um videojogo) e (2) programa de computador (o que, tecnicamente, coordena os elementos audiovisuais e permite ao utilizador interagir com os diferentes elementos do jogo).

Neste âmbito, o programa de computador é a parte do jogo que traduz o *input* do jogador em instruções, que podem ser executadas pelo *hardware* (por exemplo, a consola, o computador ou o dispositivo portátil) e através das quais o jogador pode experienciar o videojogo. Em suma, os videojogos são mais do que um simples programa de computador, são criações complexas que albergam uma multiplicidade de elementos extra-*software*.

2.3. O programa de computador como objeto de propriedade intelectual

Tendo em conta a definição técnica de programas de computador, podemos afirmar que, para o Direito, estamos a tratar de uma coisa incorpórea. A *res incorpórea*, destituída de existência física, pode ser definida como produto autónomo e exteriorizado de uma criação intelectual, com utilidade, que não tem personalidade jurídica⁴⁵. Como postulado por Oliveira Ascensão, “*coisas incorpóreas são aquelas que se não revelam aos sentidos. São objetivas, como toda a coisa, porque não dependem de uma subjetividade, uma vez criadas; mas a sua realidade é meramente social. São captáveis através de valorações humanas, que se podem basear em elementos do mundo sensível, mas se não limitam a esses elementos*”⁴⁶.

O direito de autor recai, então, sobre a expressão intelectual da ideia e não sobre o suporte material desta. É, pois, a ubiquidade que diferencia a obra das coisas corpóreas, pois não se pode aprisionar num continente, é naturalmente comunicável a todos desde que revelada ou expressa pelo autor, e é inesgotável (não se desgasta com o uso). Assim, o autor pode usar sempre a sua obra, e esta faculdade não é diminuída se terceiros a utilizarem, mesmo sem autorização (já um proprietário deixa de poder usar a sua coisa se outrem se

⁴⁵ VENÂNCIO, Pedro Dias; O programa de computador como objeto do direito, 2014, p. 19.

⁴⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira; A proteção jurídica dos programas de computador, 1990, p. 76.

apoderar desta, logo há um uso limitado). É importante não fazer confusão entre o objeto do direito intelectual (que é incorpóreo) e o suporte material em este que se materializa⁴⁷.

No entendimento de Dário Moura Vicente, não é possível impedir que outrem apreenda intelectualmente uma criação desta natureza, logo apenas existe uma possibilidade de apropriação exclusiva jurídica, isto é, a possibilidade de apropriação exclusiva de uma coisa incorpórea depende do seu reconhecimento pelo Direito⁴⁸. Podemos reconhecer, então, no âmbito dos direitos de propriedade intelectual, um princípio da tipicidade, visto que apenas existem os objetos e direitos previstos taxativamente por lei.

Já na perspectiva de Oliveira Ascensão, nenhuma regra específica da propriedade é aplicável aos direitos intelectuais, visto que estes não são suscetíveis de apropriação exclusiva, porque não são raros, é antes a lei que os rarifica artificialmente, através da imposição de proibições dirigidas a todos os outros. Para este autor, os direitos intelectuais entram na categoria dos direitos de exclusivo, visto não terem por conteúdo a atribuição positiva de faculdades, mas apenas vantagens derivadas da abstenção imposta aos demais no exercício de certas atividades⁴⁹.

Também Alberto de Sá e Mello postulou que a obra intelectual, atendendo à sua imaterialidade, é apenas suscetível ao exclusivo que reserva ao titular do direito de autor o monopólio do seu aproveitamento económico, segundo uma das modalidades previstas na lei de utilização patrimonial da obra⁵⁰.

A classificação como propriedade está generalizada no âmbito do Direito Industrial, e prova disso é o facto do CPI consagrá-la na própria designação, assim como há direitos singulares que são qualificados pelos preceitos como propriedade. Já no domínio do direito de autor, as referências a propriedade foram abolidas, falando-se apenas de direito de autor. O CC contém, ainda, previsões ambíguas, visto que o art. 1302º prevê que apenas as coisas

⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direitos Intelectuais: Propriedade ou exclusivo?*, 2008, p. 130.

⁴⁸ Cfr. VICENTE, Dário Moura; *A tutela internacional da propriedade intelectual*, 2008, p. 15.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direitos Intelectuais: Propriedade ou exclusivo?*, 2008, p. 117.

⁵⁰ MELLO, Alberto de Sá e; *Manual de Direito de Autor*, 2014, pp. 106-108.

corpóreas podem ser objeto do direito de propriedade regulado nesse diploma, porém o art. 1303º/1 dispõe que “*Os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial*”, e o n.º 2 do mesmo art. refere uma “*natureza daqueles direitos*”⁵¹.

Poderíamos entrar na discussão sobre a determinação da natureza jurídica que revestem os direitos de autor, mas tal já cai fora do âmbito da presente investigação. As qualificações legais só são vinculativas para o intérprete quando trazem implícito um regime jurídico, o que não é o caso, ou seja, a lei só obriga ao seu regime, não às construções, qualificações ou definições⁵². Sejam direitos de propriedade ou exclusivo, a verdade é que caem sempre no domínio de direitos patrimoniais.

Ora, para a delimitação do conceito jurídico de programa de computador não é suficiente uma definição técnica, uma vez que se tem de atender ao âmbito em que o direito estabelece os direitos de exclusivo (uma rarificação artificial dos bens intelectuais, com a atribuição de direitos através de imposições negativas), que irá variar em função do regime aplicado. Vejamos quais as formas de proteção jurídica dos programas de computador.

2.4. As vias de proteção jurídica dos programas de computador

Como já vimos, estamos a tratar de coisas incorpóreas. Assim sendo, a proteção do programa de computador só poderá ser feita através do direito intelectual, que se caracteriza por estabelecer a disciplina das coisas incorpóreas, o objeto dos direitos que concede (o objeto da tutela)⁵³.

Seja na legislação internacional, comunitária ou nacional (em vigência), não encontramos definição expressa de programa de computador enquanto objeto de proteção de direito intelectual (seja em direito de autor ou propriedade intelectual). O *Livro Verde* de 1988 descrevia programa informático como “*um conjunto de instruções destinado a permitir que um dispositivo de tratamento da informação, um computador, execute as suas*

⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direitos Intelectuais: Propriedade ou exclusivo?*, 2008, pp. 127-128.

⁵² *Idem*, cit., p. 128.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira; *A proteção jurídica dos programas de computador*, 1990, p. 76.

funções”⁵⁴, porém esta definição não subsistiu. Tanto a Diretiva 2009/24/CE como o DL n.º252/94 (que transpôs o referido diploma comunitário para a ordem interna) se escusaram a dar uma definição legal de programa de computador. A justificação para esta opção prende-se com o facto de que qualquer noção adotada rapidamente se tornaria obsoleta e, conseqüentemente, inútil. Ao invés, apenas temos uma delimitação ampla positiva e negativa: o material de conceção do programa de computador entra no âmbito de proteção⁵⁵, porém exclui-se as “ideias e princípios” subjacentes.

Por parte do legislador português houve uma tentativa de definição de programa de computador na pretérita Lei n.º 109/91, de 7 de agosto (Lei da Criminalidade Informática), que não subsistiu, por força da revogação efetuada pela Lei n.º109/2009, de 15 de setembro (que aprovou a atual Lei do Cibercrime). Esta definição, presente na alínea c) do art. 2º, era, em rigor, uma noção informática (similar à definição técnica que já apresentámos anteriormente), em que o programa de computador era identificado como “*um conjunto de instruções capazes, quando inseridas num suporte explorável em máquina, de permitir à máquina, que tem por funções o tratamento de informações, indicar executar ou produzir determinada função, tarefa ou resultado*”. A doutrina acabou por considerar esta noção ultrapassada pelo “*conceito normativo de programa de computador subjacente ao DL n.º 252/94*”⁵⁶.

Nos quadros do Direito Intelectual, Oliveira Ascensão identifica cinco vias que poderiam, em abstrato, proteger os programas de computador. A saber: propriedade das ideias, concorrência desleal, categoria autónoma de direitos intelectuais a acrescer às atuais, patente de invenção e, por fim, direito de autor. A propriedade das ideias é afastada por chocar com o princípio da liberdade das ideias, um princípio básico da cultura ocidental: uma vez expressa, a ideia é património comum da humanidade, pelo que restringir de qualquer modo a sua utilização é impensável. Já o instituto da concorrência desleal revela-se insuficiente, uma vez que se centra na tutela em relação aos atos desleais de um

⁵⁴ CCE, Livro Verde sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia, COM (88) 172, 16/3/1989, in JOCE C71, de 23/3/89, p. 164.

⁵⁵ Cfr. art. 1º/3 do DL n.º 525/94 e considerando n.º 7 da Diretiva 2009/24/CE.

⁵⁶ VIEIRA, José Alberto; A proteção dos programas de computador pelo Direito de Autor, 2005, cit., p.17.

concorrente (e a necessidade de proteção do *software* ultrapassa em muito o domínio da concorrência), cujo caráter repressivo prescinde da atribuição ao criador de uma titularidade sobre o programa; funcionará apenas como instituto de recurso quando não encontrarmos meio de tutela direta. Quanto a um novo tipo de direito intelectual, não se pode sustentar que tal já exista em Portugal, fundado na especialidade do objeto, dado o princípio da tipicidade taxativa dos direitos intelectuais – só a lei poderia criar estes direitos, pelo que não há nenhum direito autónomo do programador enquanto não for criada uma lei que o estabeleça⁵⁷.

A admissibilidade da proteção por via da patente de invenção⁵⁸ é uma questão mais controvertida. Como já antes referido, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia, de 1973, excluiu os programas de computador, enquanto tais, do objeto da patente. Já o acordo TRIPS não os excluiu, deixando uma “janela aberta” à proteção por esta via⁵⁹. Em abstrato, os programas de computador poderiam cumprir a generalidade dos requisitos de patenteabilidade (ser uma invenção nova, implicar atividade inventiva e ser suscetível de aplicação industrial⁶⁰), colocando-se a questão de saber se os programas de computador poderão ser classificados como invenção, e se afirmativo, qual o âmbito. Na nossa opinião, o programa de computador considerado isoladamente em princípio não poderá ser objeto de patente, mas poderá usufruir de proteção indireta enquanto parte integrante e elemento necessário ao normal funcionamento de um invento, tal como resulta da interpretação da alínea d) do n.º 1 do art. 52º do CPI⁶¹. O programa de computador só poderá ser patenteado

⁵⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *A proteção jurídica dos programas de computador*, 1990, pp. 76-82.

⁵⁸ Sobre este assunto, vide MARQUES, J.P. Remédio; *Patentes de programas de computador e sistemas informáticos de jogos eletrónicos/métodos de exercício de atividades económicas*, 2015.

⁵⁹ Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias; *Patentes de Programas e Métodos de Negociação na Internet*, Direito da Sociedade da Informação, 2011, pp. 111-123.

⁶⁰ Nesse sentido, MARQUES, J.P. Remédio; *Biotecnologias e Propriedade Intelectual*, vol. I, 2007, p. 233.

⁶¹ Nesse sentido, refere Alexandre Dias Pereira “a patenteabilidade de uma invenção não será excluída pelo facto do objeto da patente incluir um programa informático” (PEREIRA,

quando “tenha natureza técnica, utilizando meios técnicos, resolvendo algum problema técnico e produzindo algum efeito técnico”⁶², porém, nestes casos, o objeto de proteção limita-se aos elementos que constem das reivindicações (efeito técnico, novidade face ao estado da técnica e aplicação industrial), podendo incluir-se ideias e princípios (como algoritmos), desde que integrem os elementos que produzem o efeito técnico reivindicado no registo da patente⁶³.

Por fim, resta-nos a via do direito de autor, uma opção expressa de proteção jurídica de programas de computador⁶⁴, já uniformizada na EU através da já referida Diretiva 2009/24/CE. Aprofundaremos de seguida, então, o programa de computador enquanto objeto do direito de autor.

2.4.1. O programa de computador enquanto objeto do direito de autor

Antes de mais, debruçemo-nos sobre o conteúdo do direito de autor. O art. 9º do CDADC consagra, enquanto conteúdo do direito de autor, direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal (denominados direitos morais). Daqui, Patrícia Akester retira que o direito de autor abrange um conglomerado de poderes, faculdades e prerrogativas, de natureza moral e patrimonial, autónomas relativamente a alterações a que a situação jurídica autoral possa ser submetida⁶⁵.

Os direitos morais, na nossa ordem jurídica, englobam o direito à paternidade da obra, o direito à integridade da obra e o direito de retirada da obra. Já os direitos patrimoniais distinguem-se dos anteriores por consistirem no elemento pecuniário do direito de autor.

Alexandre Dias; Patentes de Software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador, 2001, cit., p. 407).

⁶² PEREIRA, Alexandre Dias; Patentes de programas e Métodos de Negociação na Internet, 2011, cit., p. 116.

⁶³ VENÂNCIO, Pedro Dias; O programa de computador como objeto do direito, 2014, p. 31.

⁶⁴ Idem, p. 21.

⁶⁵ AKESTER, Patrícia; Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais, 2013, pp. 20-21.

Quer isto dizer que, dentro dos limites que a lei estabelece, o autor pode obter remuneração pelas utilizações públicas da sua obra, como recompensa pelo seu trabalho de criação intelectual. O conceito aqui subjacente é o incentivo do desenvolvimento científico, tecnológico e cultural, através da atribuição de um monopólio sobre os ganhos económicos das obras, por um certo período de tempo. De notar que as faculdades patrimoniais que se encontram elencadas na nossa lei têm apenas carácter exemplificativo, o art. 68º do CDADC enumera os principais direitos patrimoniais, mas não é taxativo⁶⁶. Ora, o art. 67º do CDADC identifica as vantagens patrimoniais resultantes da exploração⁶⁷ da obra (no todo ou em parte, e por qualquer forma, direta ou indiretamente) como o objeto fundamental da proteção legal do ponto de vista económico. Será nos direitos patrimoniais que nos focaremos.

De acordo com o art. 1º da Diretiva 2009/24/CE, o art.10º, n.º 1 do acordo TRIPS e ainda o art. 4º do WCT, tal como na generalidade das legislações dos EMs da UE, a proteção dos programas de computador deve ser “*como obras literárias*”, suscetíveis de proteção pelo Direito de Autor, ao abrigo da Convenção de Berna.

Em Portugal esta tende a ser a posição adotada pela maioria da doutrina. Contudo, como já referido, o nosso legislador, ao transpor a Diretiva 2009/24/CE, optou por deixar os programas de computador fora do âmbito do CDADC e enquadrá-los numa lei avulsa (DL n.º 252/94), onde, no n.º 2 do art. 1º, reconhece aos “*programas de computador que tiverem carácter criativo [...] proteção análoga à conferida às obras literárias*”. Deste modo, o CDADC não tem aplicação direta aos programas de computador, sendo necessário analisar, para cada caso específico, se a situação justifica (ou não) a sua aplicação por analogia⁶⁸. Porém, a duração da proteção destes é regulada diretamente pelo CDADC, no seu art. 36º. Ora, a partir da análise do referido art. 1º do DL n.º 252/94, podemos identificar quatro requisitos para um programa de computador poder ser protegido pelos direitos de autor, como postulado por Maria Vitória Rocha⁶⁹: serem criações, intelectuais, originais e

⁶⁶ MELLO, Alberto de Sá e; *Manual de Direito de Autor*, 2014, p. 162.

⁶⁷ Cfr. também o art. 9º, n.º 2 do CDADC.

⁶⁸ Nesse sentido, ROCHA, Maria Victória; *A Originalidade como requisito de proteção pelo direito de autor*, 2003, p. 21.

⁶⁹ “(...) podemos retirar quatro elementos que nos ajudam na concretização do conceito: em primeiro lugar há-de tratar-se de uma criação humana; em segundo lugar esta criação deve ser uma criação do espírito; em terceiro lugar, deve ter assumido uma forma de expressão, i.e, teve que ser de algum modo expressa; em

exteriorizadas. Enquanto que a lei portuguesa fala em “caráter criativo”, a Diretiva que este DL transpõe, no n.º 3 do art. 1º, utiliza antes o conceito de originalidade. Não nos deixemos equivocar, como refere a mesma autora: “*a criatividade a que alude o art. deve ser entendida no sentido de "resultado da criação intelectual do autor", não no sentido de esforço criativo qualificado (acima da média), devendo, em caso de dúvida, interpretar-se a lei portuguesa à luz do conceito de originalidade (= resultado da criação intelectual do autor) previsto na Diretiva*”⁷⁰. Assim, não se exige um especial grau de criatividade como requisito de proteção dos programas de computador (como, a título de exemplo, o BGH exigiu em duas sentenças distintas).

Em relação à delimitação do objeto do DL n.º 252/94, como já vimos, não temos uma definição concreta de programa de computador, mas antes uma delimitação positiva e negativa do objeto de direito. Quanto à delimitação positiva, o art. 1º, n.º 3 inclui na proteção o “*material de conceção preliminar*” do programa, ao passo que o art. 2º, n.º 1, identifica que a proteção concedida ao programa de computador “*incide sobre a sua expressão, sob qualquer forma*”. No que toca à delimitação negativa, o art. 2º, n.º 2 exclui da proteção as ideias e princípios.

Daqui podemos retirar que, em primeiro lugar, o objeto de proteção é o programa de computador em sentido técnico, independentemente da sua forma de expressão. Deste modo, englobamos tanto os programas expressos em qualquer linguagem de programação, seja em código fonte ou código objeto, quanto os que estejam fixados no *hardware* (*firmware*). Em segundo lugar, é ainda objeto de proteção o material de conceção, que o considerando 7 da Diretiva 2009/24/CE ajuda a esclarecer: “*trabalho de conceção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, desde que esse trabalho preparatório seja molde a resultar num programa de computador em fase posterior*”. Tendo em conta a delimitação negativa já referenciada, a proteção deste material de conceção recai somente sobre os elementos expressivos do processo criativo necessário à execução do programa de computador, que, na perspetiva de José Alberto Vieira, inclui a análise do sistema, a

quarto lugar deve ser subjetivamente imputável ao seu autor, dito de outro modo, a obra deve ser original”, (ROCHA, Maria Victória; *A Originalidade como requisito de proteção pelo direito de autor*, 2003, cit., p. 27).

⁷⁰ Idem, p. 22.

especificação do programa, o diagrama de blocos, o diagrama de fluxos, outros diagramas e o pseudocódigo⁷¹.

Relativamente à delimitação negativa, o legislador português incluiu, quanto às “ideias e princípios”, os âmbitos mais relevantes (ainda que, mais uma vez, não seja uma enumeração taxativa): “*a lógica, os algoritmos ou a linguagem de programação*”. Aqui releva a importância de distinguir algoritmo de programa de computador, que formam uma dicotomia, em que o algoritmo é a ideia e o programa de computador é a expressão.

É, pois, na organização dos elementos que compõem o programa que se encontra a originalidade da sua expressão, pelo que mereceria tutela jurisdicional o conjunto do código, da linguagem que lhe dá expressão e da aplicação, reunidos num novo objeto com expressão criativa. O verdadeiro objeto de exclusivo aparenta ser o código (conteúdo imaterial), uma vez que em causa está o reconhecimento de uma expressão formal inteligível como elemento distintivo digno de tutela sob o direito de autor – o pressuposto da tutela é a expressão formal criativa segundo linguagem própria deste género de obra (que não é nem literária nem artística)⁷².

De notar que o registo não é condição de proteção, porém os programas de computador podem ser inscritos no registo de propriedade literária, para efeitos daquele registo (arts. 1º e 12º do DL n. 252/94).

Em suma, e servindo-nos das palavras de Alexandre Dias Pereira, “*relativamente ao conteúdo de proteção ‘stricto sensu’, o legislador comunitário consagrou um princípio fundamental do direito de autor nos termos do qual a proteção abrange apenas a forma de expressão, já não o conteúdo ideativo-funcional*”⁷³.

2.4.2. A extensão da proteção às informações obtidas por descompilação

A Diretiva 2009/24/CE veio conferir alguns direitos mínimos ao utilizador de programas de computador, através dos arts. 5º e 6º, que incluem: ações de carregamento e

⁷¹ VIEIRA, José Alberto; A proteção dos programas de computador pelo Direito de Autor, 2014, pp. 44 a 46.

⁷² MELLO, Alberto de Sá e; *Manual de Direito de Autor*, 2014, pp. 121-123.

⁷³ PEREIRA, Alexandre Dias; *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, 2011, cit., p. 477.

funcionamento necessárias à utilização da cópia do programa, ação de correção de erros (*debugging*), execução de uma cópia de apoio (na medida em que tal seja necessário para a sua utilização), observação, estudo ou teste do funcionamento do programa (a fim de apurar as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento do programa), e a descompilação de programas com vista à interoperabilidade (em certas condições). Estes são direitos imperativos, uma vez que não podem ser afastados por disposições contratuais (art. 8º, par. 2).

Na ordem jurídica portuguesa, o art. 7º, n.º 1 do DL n.º252/94 estabelece a licitude da descompilação das partes de um programa de computador necessárias à interoperabilidade desse programa com outros. Porém, o n.º 4 dispõe que as informações obtidas não podem ser utilizadas para atos que infrinjam direitos de autor do programa originário, lesar a exploração normal do programa originário ou causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito, ser comunicadas a outrem quando não for necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente (contudo, este programa não poderá ser substancialmente semelhante, na sua expressão, ao programa originário).

É, pois, estabelecido um regime que limita a utilização das informações obtidas por processo de descompilação a fins relacionados com a interoperabilidade do programa, proibindo expressamente outros fins ou utilizações. Esta proibição apenas abrange os conhecimentos tecnológicos obtidos por via da operação de descompilação, pelo que não se limita a utilização dos mesmos conhecimentos se obtidos por um processo criativo próprio, autónomo ou independente da operação em causa.

Ora, o processo de descompilação permite granjear um conjunto significativo de informações técnicas sobre o programa de computador, entre elas a obtenção as ideias, princípios e algoritmos que estiveram na base do programa descompilado, e deles desenvolver um programa concorrente – são estes os fins que se visam impedir.

Esta proteção não representa um direito subjetivo autónomo sobre o programa, mas sim um “alargamento” do seu objeto de proteção às informações tecnológicas obtidas através do processo em causa. Como identificou Alexandre Dia Pereira, “*essas informações não são protegidas por direitos de autor, mas antes por uma norma de proteção, dir-se-ia ‘sui generis’, que visa tutelar juridicamente os segredos de programação das empresas informáticas. Em causa está, afinal, cobrir o que se deixa a descoberto pelos direitos de*

autor. Trata-se de instituir um círculo de reserva relativo a informações de natureza tecnológica, que não entram no âmbito de proteção do direito de autor”⁷⁴.

O que se pretende é, por um lado, garantir a interoperabilidade entre todos os programas como meio de impedir que se instituem monopólios de facto sobre o mercado das TIC, e, por outro, prevenir a utilização das informações obtidas para atos que afetem o aproveitamento económico da obra (e, por conseguinte, se traduzam em concorrência desleal⁷⁵) ou que violem qualquer dos exclusivos morais ou patrimoniais conferidos ao titular do direito de autor sobre o programa descompilado. Há uma tentativa de equilíbrio dos interesses conflitantes, em que se salvaguarda e promove a liberdade de concorrência no setor das TIC⁷⁶.

2.4.3. O movimento do software livre

Em 1985 foi instituída, por Richard Stallman, a *Free Software Foundation* (FSF). Stallman, cientista norte-americano, estava a desenvolver um sistema operacional, denominado GNU, para o disponibilizar gratuitamente. Também tornou público o código-fonte deste programa, para que qualquer outra pessoa pudesse alterar o sistema e usá-lo como quisesse, independentemente de autorização. A única condição imposta para se poder alterar o programa era a disponibilização das alterações de forma livre e gratuita.

De acordo com a FSF, qualquer pessoa tem asseguradas quatro liberdades relativamente aos programas de computador disponibilizados segundo os termos que acabámos de descrever: (1) executar o programa para qualquer propósito, (2) estudar como funciona o programa e adaptá-lo às suas necessidades, (3) distribuir cópias, (4) aperfeiçoar

⁷⁴PEREIRA, Alexandre Dias; *Patentes de Software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, 2001, cit., pp. 397 a 399.

⁷⁵ Ainda que a proteção da lealdade de concorrência seja um fim específico da propriedade industrial, e o legislador não tenha colocado a proteção dos programas de computador sob a sua alçada, podemos identificar um resquício de tal regime no tronco dos direitos de autor sobre programas de computador.

⁷⁶ PEREIRA, Alexandre Dias; *Descompilação e Direitos do Utente de Programas de Computador*, 2014, p.99.

o programa, desde que permita o acesso livre ao aperfeiçoamento. Para estas liberdades serem possíveis é necessário que haja acesso livre ao código-fonte do sistema⁷⁷.

Já em 1991, Linus Torvalds, estudante de matemática finlandês, convidou toda a comunidade a contribuir para o desenvolvimento de um sistema operacional embrionário, com, também, o objetivo de criar um programa de computador de livre utilização, estudo, alteração e reprodução. Rapidamente o apelo se difundiu, e em 1994 Torvalds lançou a primeira versão do sistema operacional Linux, que é considerada a maior obra intelectual coletiva alguma vez produzida.

Neste domínio, podemos classificar os programas de computador em duas classes: *programas-proprietários*, em que o código-fonte é mantido em segredo pelos seus titulares (por exemplo, o *Office* da Microsoft ou o *Acrobat* da Adobe), cujas alterações só podem ser efetuadas mediante autorização do titular do direito autoral; *programas-livres*, em que o titular do direito de autor tornou o código-fonte acessível a qualquer pessoa, o que possibilita a sua livre alteração (por exemplo, o *Linux* ou o *Debian*).

O *software* livre caracteriza-se, pois, não pela gratuidade da licença de uso, mas antes pela publicidade e livre alterabilidade do código-fonte. As particularidades destes programas de computador advêm da declaração de vontade do titular o direito de autor, expressa na licença de uso que concede publicamente. Ademais, a qualquer momento o titular pode negar o livre acesso ao código fonte, preservando os direitos de usuários anteriores⁷⁸.

Ao permitirem o uso gratuito e a livre alteração e reprodução do programa de computador, os titulares estão nada mais do que a exerce o seu direito de exclusivo, pelo que o programa pode ser livre, mas não é órfão: a título de exemplo, se houver quem tenha a pretensão de comercializar um programa de computador que seja um aperfeiçoamento de um programa-livre poderá ser alvo de litígio, com fundamento na propriedade intelectual que titularizam e no facto de não terem licenciado aquela forma de fruição⁷⁹.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa; *A proteção dos direitos intelectuais sobre programas de computador no Brasil e o movimento do software livre*, 2015, p. 241.

⁷⁸ Idem, p. 243-244.

⁷⁹ Idem, p. 244.

2.4.4. Os videogames como objeto de direito de autor

Uma análise comparativa⁸⁰ mostrou que os videogames, enquanto trabalhos originais, são atualmente capazes de atrair três formas de proteção. Esta análise identificou programas de computador, obras audiovisuais, ou uma combinação dos dois (obra multimídia) como possíveis qualificações dos videogames. Não é fácil colocar os videogames na categoria de “obra multimídia”, por uma série de razões sumariadas pela OMPI⁸¹: os co-autores destes trabalhos não são necessariamente os mesmos tipos de autores envolvidos no desenvolvimento de um determinado videogame; os direitos solicitados pelos produtos dos videogames e os trabalhos audiovisuais nem sempre coincidem; os trabalhos audiovisuais envolvem certos direitos conexos que nem sempre estão presentes nos videogames.

Isto parece deixar o caminho aberto para a classificação de videogames como programas de computador. No entanto, antes de chegar a tal conclusão, é preciso primeiro entender os aspetos técnicos de um videogame. Todos os videogames fazem uso de um motor de jogo. Este é um instrumento técnico usado tanto para o desenvolvimento do videogame como para o jogo correr na consola, telemóvel ou computador. Os motores de jogo são também conhecidos na indústria dos videogames como *middleware*, pois providenciam soluções intermediárias para os programadores, que podem recorrer a recursos e ferramentas de provedores de *middleware* para não necessitem de construir o jogo do zero. Um motor de jogo existe para ajudar a abstrair dos detalhes de tarefas comuns relacionadas com jogos, como renderização, física e *input*, pelo que pode assim ser visto como o *software* básico necessário para o videogame. Empresas que desenvolvem videogames maiores tendem a construir os seus próprios motores de jogo, onde correm os seus jogos, mas empresas mais pequenas geralmente usam motores de jogo de terceiros⁸².

Nas décadas de 80 e 90 do séc. XX, as companhias de videogames foram desenvolvendo os seus próprios motores de jogo, em vez de usarem ferramentas de *software*

⁸⁰ Cfr. STAMATOUDI, Irini, A.; Copyright and Multimedia products: a comparative analysis, 2007.

⁸¹ WIPO; The legal status of videogames: comparative analysis in national approaches, 2013, par. 13.

⁸² Nesse sentido, TULIP, J. & BEKKEMA, J. & NESBITT, K.; *Multi-threaded Game Engine Design*, 2006.

de terceiros. Ao utilizar ferramentas de terceiros, os programadores podem economizar tempo e custos, o que fez com que esta prática aquando da criação de um novo videogame se tornasse relativamente comum nos dias de hoje⁸³, pelo que apenas uma pequena percentagem do código é que é customizada. Consequentemente, muitos videogames partilham o mesmo código fonte (providenciado pelo *middleware*), logo os elementos primariamente distintivos dos jogos que usam os mesmos motores de jogo, são, sem dúvida, as pequenas porções de código personalizado e o uso de elementos audiovisuais originais no jogo⁸⁴.

Enquanto que os primeiros videogames dos anos 60, 70 e até 80 eram quase totalmente criados por engenheiros de computação, com pouco ou nenhum papel para guionistas, designers gráficos, fotógrafos ou engenheiros de som, os vídeos jogos modernos possuem uma complexidade visual, narrativa e musical que rivaliza com os tradicionais media (filmes, músicas, livros, etc.). São criações complexas, compostas por múltiplos trabalhos protegidos por direitos de autor (por exemplos, trabalho gráfico, música, personagens, trabalho literário e, claro, *software*). Contudo, como já vimos, uma categorização como obra audiovisuais também não é viável.

O citado estudo da OMPI enfocou a questão de categorizar os videogames, e constatou que de entre os países analisados nenhum tinha de facto clarificado ou oferecido respostas definitivas sobre a questão desta classificação. O estudo afirma que “*países como Argentina, Canadá, China, Israel, Itália, Federação Russa, Singapura, Espanha ou Uruguai, a jurisprudência e a doutrina consideraram os videogames como, predominantemente, programas de computador, devido à natureza específica dos trabalhos ou a sua dependência de programa de computador para a sua implementação. Em contraste, outros países, incluindo a Bélgica, Brasil, Dinamarca, Egipto, França, Alemanha, Índia, Japão, África do Sul, Suécia e os Estados Unidos da América, levam em consideração a tremenda complexidade dos videogames em favor da hipótese de que os videogames têm uma classificação distributiva. Como consequência, a proteção legal dos diferentes elementos do jogo deve ser encontrada separadamente, de acordo com a natureza específica de cada*

⁸³ EGENFELDT-NIELSEN, Simon & SMITH, Jonas Heide & TOSCA, Susana Pajares; *Understanding Video Games: the essential introduction*, 2016, p. 25.

⁸⁴ WIPO; *The legal status of videogames: comparative analysis in national approaches*, 2013, par. 15.

*elemento (isto é, se é literário, gráfico, audiovisual, etc.). Finalmente, um pequeno grupo de países, incluindo o Quênia e a Coreia do Sul, estão inclinados a pensar que os videogames, dados os seus elementos visuais, são essencialmente trabalhos audiovisuais. Isto não significa que o programa de computador usado nos videogames não está protegido nessas jurisdições, mas que os seus elementos audiovisuais devem prevalecer*⁸⁵. Como demonstrado, a questão de como classificar videogames parece estar longe de ter uma resposta definitiva na legislação internacional.

2.4.4.1. O caso Nintendo v. PC Box

A Nintendo é uma empresa que, além de criar e produzir videogames, comercializa produtos para esses jogos serem usados, nomeadamente consolas portáteis chamadas *DS* e consolas fixas chamadas *Wii*. É uma empresa conhecida na indústria dos videogames pela sua natureza autossustentável, pois cria as suas próprias consolas, motores de jogo e videogames, e que instalou medidas de carácter tecnológico nos seus sistemas para prevenir o uso de cópias ilegais dos seus videogames ou conteúdos multimédia não provenientes da Nintendo.

Por outro lado, a PC Box vende consolas da Nintendo originais, em conjunto com *softwares* adicionais, criados especificamente para serem usados nessas consolas que desativam as medidas de protecção previamente instaladas pela Nintendo.

Considerando que o principal propósito do equipamento da PC Box era contornar e evitar as protecções tecnológicas dos jogos da Nintendo, a Nintendo instaurou um processo contra a PC Box perante o Tribunal de Milão, fundamentando-se no art. 6º da Diretiva 2001/29/CE. Em relação ao assunto, o Tribunal de Milão concluiu que videogames não podem ser reduzidos a meros programas de computador, qualificando-os antes como “produtos híbridos”, uma vez que consistem não só de programa de computador como também de outros trabalhos criativos.

⁸⁵ WIPO; The legal status of videogames: comparative analysis in national approaches, 2013, cit., par. 14 (tradução livre).

Ora, o Tribunal suspendeu a instância e submeteu duas questões prejudiciais⁸⁶ ao TJUE, para clarificar a harmonização da Diretiva 2009/24/CE e da Diretiva 2001/29/CE, no que diz respeito à proteção de material de videojogos, restringindo as questões para a interpretação do art. 6º da Diretiva 2001/29/CE. O TJUE seguiu o órgão jurisdicional de reenvio na sua avaliação de videojogos como produtos de natureza híbrida, e conclui ainda que, tendo em conta que uma parte dos videojogos é também *software*, deve ser tida em conta a Diretiva 2009/24/CE e a sua avaliação do assunto em questão.

De relevar que, entre outras coisas, a Advogada-Geral no caso da Nintendo argumentou o seguinte: “A Diretiva 2009/24 diz apenas programas de computador, ao passo que a Diretiva 2001/29 diz respeito ao direito de autor e direitos conexos em obras intelectuais em geral. A última deixa intacta e não afeta de modo algum as disposições da União Europeia existentes em matéria de, *inter alia*, proteção legal de programas de computador”⁸⁷.

Seguindo esta lógica, tira-se uma simples conclusão: a Diretiva 2009/24/CE constitui *lex specialis* em relação à Diretiva 2001/29/CE⁸⁸. O TJUE, seguiu exatamente a mesma interpretação, tal como já o fizera num outro processo que veremos adiante.

A legislação relativa a direitos de autor da UE não contempla diretamente videojogos, pelo que não era claro como é que estes deviam ser considerados pela lei. No processo sob escrutínio, o TJUE forneceu a sua posição sobre o conceito de videojogos, o que nos ajuda a clarificar estas obras enquanto objeto de direitos de autor.

⁸⁶ Cfr. *Nintendo Co. Ltd e Outros v. PC Box Srl e 9Net Srl*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-355/12, 23 de janeiro de 2014, 18.

⁸⁷ Processo C-355/12; *Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston*, apresentadas em 19 de setembro de 2013, par. 34.

⁸⁸ Neste sentido, cfr. RENDAS, Tito; *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, 2014.

3. O direito de distribuição

Como já vimos, o autor pode obter remuneração pelas utilizações públicas da sua obra, dentro dos limites estabelecidos por lei, como recompensa pelo seu trabalho de criação intelectual, traduzindo-se num incentivo do desenvolvimento científico, tecnológico e cultural. Neste sentido, as Diretivas já referidas delimitam estes conteúdos económicos mediante uma cláusula geral de exclusividade de qualquer forma de exploração ou utilização, no todo ou em parte, segundo a sua espécie e natureza, que são limitadas pela liberdade de uso privado. Isto inclui a divulgação, a publicação e exploração económicas por qualquer forma, seja direta ou indiretamente⁸⁹. De relevar que estes direitos estão subordinados ao princípio da territorialidade, próprio do direito de autor, pelo que cada país concede ou não esta tutela⁹⁰.

Ora, tanto o art. 6º do WCT, o art. 61º, n.º 2, al. f) do CDADC, o art. 4º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE (que resulta de uma “fusão” entre os arts. 6º e 7º do WCT⁹¹), como o art. 4º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2009/24/CE, identificam o direito de distribuição de originais ou cópias das obras, na titularidade dos autores, como uma das faculdades instrumentais de exploração da obra.

Alberto de Sá e Mello entende que a distribuição da obra intelectual se trata de a colocar em circulação em exemplares do suporte, quer analógico, quer digital, comercializando-a, sendo necessária a transmissão do direito de propriedade dos exemplares para efetivamente se verificar a distribuição jusautorial. Mais, refere ainda que nesta estão compreendidos os direitos exclusivos de venda, de locação e de comodato de originais ou cópias das obras, seja de forma corpórea ou incorpórea⁹². O direito de distribuição também abrange a faculdade do titular do direito de autor se opor à importação de exemplares licitamente produzidos no estrangeiro, mas sem a sua autorização (fruto do princípio da

⁸⁹ Cfr. arts. 9º, n.º 2, 67º, n.º 1 e 68º, n.º 1 do CDADC.

⁹⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito de Distribuição e Esgotamento*, 1991, p. 627.

⁹¹ Kéréver, André; *Projeto de diretiva sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*, 1999, p. 36.

⁹² MELLO, Alberto de Sá e; *Manual de direito de autor*, 2014, p. 190.

territorialidade, em que as restrições estabelecidas por um país têm o seu âmbito limitado a esse território)⁹³.

Oliveira Ascensão afirma que distribuição, comercialização, pôr em circulação, pôr à disposição ou destinação não são sinónimos⁹⁴. Com efeito, na transposição da Diretiva 2009/24/CE para a ordem jurídica nacional, o legislador optou por, no art. 8º do DL n.º 252/94, utilizar o conceito de direito de pôr em circulação, em vez de seguir a linha da Diretiva, que fala em direito de distribuição, mas parece-nos que se trata de uma questão de tradução: também a OMPI, no seu *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, traduz “*distribution of a work*” (distribuição de uma obra) para “entrada em circulação de uma obra”⁹⁵. Já no n.º 2 do art. citado, relativamente ao esgotamento do direito de pôr em circulação, a norma fala em “ato de disposição”. Na nossa opinião, distribuição e pôr em circulação têm a mesma aceção, ao passo que comercialização e pôr à disposição são formas de exercer o direito de distribuição. Efetivamente pode existir distribuição sem comercialização, como no caso do comodato ou da oferta de exemplares ao público. Como princípio de direito de autor cabe ao autor escolher os processos e condições de utilização e receção da obra, logo podemos concluir que lhe cabe também decidir como comercializar a sua obra⁹⁶.

Ademais, o mesmo autor refere que o direito de distribuição recairia sobre exemplares da obra, o que pressuporia uma prévia reprodução, e equaciona se falar de um direito autónomo de distribuição teria ou não significado prático, uma vez que os poderes do titular do direito de autor em matéria de reprodução seriam suficientes para dominar a distribuição (como é o caso do contrato de edição, art. 83º do CDADC)⁹⁷.

Ora, um titular de direitos de autor poderá autorizar a reprodução de exemplares para fins distintos da distribuição, porém, se estes forem colocados em circulação sem o seu consentimento, poderá opor-se com carácter absoluto (próprio das faculdades de direito de autor), uma vez que, havendo situações em que a faculdade de reprodução não acarreta a

⁹³ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito de Distribuição e Esgotamento*, 1991, p. 630.

⁹⁴ Idem, p. 625.

⁹⁵ Organização Mundial de Propriedade Intelectual; *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, OMPI, 1978, p. 83.

⁹⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito de Distribuição e Esgotamento*, 1991, p. 627.

⁹⁷ Idem, p. 626.

faculdade de pôr em circulação, justifica-se falar num direito do autor de distribuição autonomizado⁹⁸.

Segundo Oliveira Ascensão, há uma argumentação que infere o direito de distribuição do exclusivo de exploração económica, uma vez que esta representaria um modo autónomo do titular do direito de autor fazer dinheiro com a obra⁹⁹. Argumenta ainda que esta fundamentação deixaria de parte determinadas formas de distribuição sem fins lucrativos (como, por exemplo, o comodato), porém rejeitamos o argumento: já deixámos claro que cabe ao autor decidir os processos e condições de utilização e receção de obra, logo este pode optar por uma distribuição gratuita.

No que respeita à distribuição de programas de computador, o nosso legislador não integrou disposições específicas para a regulação de contratos sobre estes bens incorpóreos, apenas remete para as regras gerais dos contratos no art. 11º, n.º 1 do DL n.º 252/94. Porém, o n.º 2 do mesmo art. remete-nos para a aplicação dos preceitos estabelecidos nos arts. 40º, 45º a 51º e 55º do CDADC. Assim, como plasmado no referido art. 40º, cabe ao titular do direito sobre o programa de computador (seja originário, sucessor ou transmissário) tanto autorizar a utilização da obra por terceiro, como transmitir ou onerar (no todo ou em parte) o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre o programa. Quer isto dizer que há a possibilidade de transmissão de direitos patrimoniais, nomeadamente por contrato de compra e venda, assim como concessão de poderes para publicar, explorar, divulgar ou utilizar o programa através de qualquer processo que não implique a transmissão de direitos sobre a obra (licença).

Mas, afinal, quando falamos em distribuição do original ou cópias de uma obra protegida por direitos de autor, qual é que é o verdadeiro objeto da relação jurídica que se estabelece?

Anteriormente alertámos para a não confusão entre a obra e o suporte em que esta se materializa. Façamos então a distinção. A obra é um bem imaterial (uma coisa incorpórea, como já estabelecido) sobre a qual incidem direitos de autor, que reservam a sua exploração económica como exclusiva, identificada como *corpus mysticum*. O suporte material da obra é o objeto em que esta se fixa, e que serve de veículo, sobre o qual incidem direitos reais,

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito de Distribuição e Esgotamento*, 1991, p. 628.

também chamado de *corpus mechanicum*¹⁰⁰. Uma e outro são independentes, como plasmado no art. 10º, n.º 1 do CDADC. Oliveira Ascensão sumariza a independência entre o direito de autor e o suporte material em três pontos: “*o direito de autor não depende da existência de suporte material*”; “*o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor*”; “*o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar*”¹⁰¹.

Assim sendo, utilizando a alienação como exemplo, o adquirente, ao comprar uma cópia de um programa de computador em CD-ROM, tem direito à propriedade do suporte físico. Sobre este poderá exercer todas as faculdades inerentes à propriedade, como vender, alugar, destruir, emprestar ou abandonar, contudo só poderá fazer uso da obra em si mediante as premissas estabelecidas por lei, uma vez que não adquire qualquer direito de autor sobre a obra. Tal pode levar-nos a pensar que o que se está a ser comercializado é um direito preso a um suporte, mas, se assim fosse (isto é, se fosse necessário um suporte físico para comercializar um direito de utilização), como seria possível vender cópias intangíveis?

Nas palavras de Cláudia Trabuco, “*o contrato pelo qual se autoriza a realização dos atos necessários ao uso dos programas de computador tem por objeto o programa em si mesmo considerado, e não o suporte material no qual este apareça incorporado*”¹⁰².

Assim, se o que se está a alienar é um direito sobre uma coisa incorpórea, é irrelevante a existência de um suporte material. Aliás, podemos até identificar uma autêntica *traditio* virtual no processo de comercialização *online*: a entrega da chave de acesso (se for o caso), ou então simplesmente o *download*.

Não é de espantar que exista uma grande variedade de contratos informáticos, tendo em conta a cada vez maior complexidade e evolução dos bens e serviços sobre os quais os primeiros recaem. O mais comum é falar-se em licença de utilização, que veremos de seguida mais aprofundadamente.

¹⁰⁰ MELLO, Alberto de Sá e; Manual de Direito de Autor, 2014, p. 109.

¹⁰¹ ASCENSÃO, José de Oliveira; Direito de Autor e Direitos Conexos, 2012, cit., p. 63.

¹⁰² TRABUCO, Cláudia; *O direito de autor e as licenças de utilização sobre programas de computador*, 2008, cit., p. 153.

3.1. O contrato de licença de utilização de programas de computador

A licença, enquanto figura contratual, surgiu como modalidade de concessão da exploração económica de bens imateriais pelo licenciante, o titular do direito, ao licenciado, um terceiro, inicialmente como forma de dispor de direitos de propriedade industrial (relativamente a direitos sobre descobertas e criações intelectuais), e posteriormente comunicada ao direito de autor. Tradicionalmente tem carácter temporário e não concede a alienação dos direitos correspondentes.

Contudo, a categoria de contrato de licença, além de surgir como exploração empresarial das potencialidades patrimoniais de um bem incorpóreo, emerge atualmente como contrato com vista à utilização final de programas de computador. Neste sentido, contratos que têm por objeto a concessão de utilização direta de programas de computador, personalizados ou padronizados, têm sido designados por “licença de uso”, adaptada da expressão americana “*license agreement*”.

O objeto destes contratos, na mesma linha de raciocínio apresentada no ponto anterior, é um direito sobre uma criação de espírito humana, que pela sua natureza se trata de uma coisa incorpórea, e não sobre o(s) objeto(s) material(ais) em que a obra se poderá materializar (como já vimos, sobre o suporte da obra recai o direito de propriedade).

Habitualmente, estas licenças são classificadas pela doutrina como contratos de adesão, uma vez que o utilizador se limita a aderir a cláusulas contratuais gerais, elaboradas e definidas pelo distribuidor, pelo que é necessário que se cumpram os deveres de comunicação e informação. Quando o utilizador adquire uma cópia tangível, a adesão dá-se no momento da abertura do pacote que contém o suporte material do programa de computador (os termos do contrato deverão constar visivelmente no exterior do invólucro) – licença *shrink-wrap*; quando a aquisição é feita através de distribuição eletrónica, a adesão é dada através do simples ato de clicar num ícone ou imagem disponibilizado para o efeito – licença *click-wrap* ou *click-through*¹⁰³.

Quando é disponibilizada uma chave de acesso ou de identificação, o que se procura controlar é o número de computadores em que o programa é instalado, e não determinar a identidade do licenciado.

¹⁰³ Idem, p. 155.

Mas qual a natureza jurídica das licenças de uso? Afiguram-se-nos três possibilidades distintas: locação, compra e venda ou contrato autónomo/*sui generis*.

Os defensores da classificação como locação consideram que o objeto da licença é um mero direito de uso sobre o programa de computador, em que a titularidade permanece na esfera jurídica do licenciante. Assim, o licenciado teria apenas um direito de crédito sobre o licenciante, sem assumir qualquer tipo de direito real, sobre a obra ou sobre a cópia desta. Rejeitamos esta classificação por dois motivos: por um lado, as licenças não personalizadas não estão, geralmente, sujeitas a um limite temporal, por outro, não existe obrigação de restituir o objeto do contrato¹⁰⁴.

Quanto à classificação de compra e venda, a fundamentação reside no facto da licença ser atribuída, regra geral, sem ter um término temporal, no facto de existir um pagamento único no momento da receção da cópia do programa, e ainda no facto do licenciante não ter obrigação de assegurar o gozo do programa para os fins a que este se destina (como teria de fazer se se tratasse de uma locação). As críticas apontadas à aplicação da compra e venda radicam no facto dos traços essenciais deste tipo de contrato, que outorgam a transmissão da propriedade acompanhada de gozo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição, não irem ao encontro das restrições das licenças de utilização¹⁰⁵.

Por fim, o contrato autónomo, ou *sui generis*, que procede instrumentalmente à cessão dos direitos de reprodução necessários à utilização do programa de computador por parte do licenciado – são contratos que não visam o aproveitamento económico do programa de computador por parte do licenciado, apenas a sua utilização final. Esta ideia surge pelo facto das figuras contratuais que acabámos de analisar não integrarem diretamente a licença de utilização, que se afigura numa forma particular¹⁰⁶.

Na nossa opinião, trata-se de um contrato de compra e venda de uma coisa incorpórea onerada. Para além dos argumentos já apresentados, acrescentamos que uma cópia de uma coisa incorpórea também ela é, por maioria de razão, uma coisa incorpórea, e se não há a possibilidade de gozo pleno e exclusivo dos direitos outorgados pela propriedade, é porque estamos perante uma coisa onerada. O esgotamento de direito de distribuição que se aplica

¹⁰⁴ Idem, pp. 166-167.

¹⁰⁵ Idem, pp. 165-167.

¹⁰⁶ Idem, pp. 164, 167-169.

na primeira comercialização do programa de computador ajuda a fazer-nos pender para esta classificação. Vamos, de seguida, aprofundar este instituto.

4. O Princípio do esgotamento de direito

Com o intuito de evitar uma extensão ilimitada do direito patrimonial sobre os exemplares de obras, surge o princípio do esgotamento ou exaustão do direito de distribuição¹⁰⁷. Esta doutrina, que surgiu como *first sale doctrine* nos Estados Unidos da América a partir de 1873, e mais tarde na Alemanha a partir de 1902¹⁰⁸, limita o exercício dos direitos de exclusivo de um titular de direitos de autor quando a obra é colocada no comércio por ele, ou por alguém por ele autorizado, deixando de ter controle sobre a mesma. Porém, não há exaustão de direitos quando a obra é colocada à disposição do público por qualquer meio ou procedimento que não seja distribuição.

Esta *first sale doctrine* visa assegurar ao proprietário do exemplar o pleno exercício dos seus direitos sobre o suporte da obra, pondo em primeiro plano a distinção entre a titularidade dos direitos de autor e a propriedade do exemplar ou suporte que materializa a obra intelectual¹⁰⁹. Na sua origem, o princípio da exaustão está, pois, relacionado com a livre circulação do *corpus mechanicum*.

O art. 6º do Acordo TRIPS estabelece, relativamente ao esgotamento, que cada país é livre para regular esta matéria. Com efeito, a disparidade entre os ordenamentos jurídicos quanto ao tratamento desta matéria era evidente, sobretudo no que dizia respeito à circulação dos bens no comércio internacional. Já o n.º do art. 6º do WCT define as condições básicas para a aplicação do esgotamento de direitos, a saber: “*primeira venda ou outra transferência de propriedade do original ou de um exemplar da obra, efetuada com autorização do autor*”.

Em termos conceptuais, este instituto segue o princípio da territorialidade, pelo que pode revestir natureza nacional, regional ou internacional. A Diretiva 2001/29/CE optou pela exaustão regional, a nível da União Europeia, acolhida por nós no art. 68º, n.º 5 do CDADC.

Quando o original ou as cópias de uma obra são alvo de disposição lícita em certo país e posteriormente importadas para outro, estamos perante uma importação paralela. Ora, uma vez esgotado o direito de distribuição na EU, o titular do direito de autor não pode

¹⁰⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito de Distribuição e Esgotamento*, 1991, p. 633.

¹⁰⁸ SANTOS, Manoel J. Pereira; *Exaustão de direitos de autor e revenda pelo usuário de programas de computador*, 2015, p. 402.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 403.

impedir estas importações paralelas dentro da Comunidade, apenas o poderá fazer relativamente a importações de exemplares colocados licitamente no mercado fora da UE, devido ao facto de termos adotado a exaustão regional.¹¹⁰

Tanto a Diretiva 2001/29/CE como a Diretiva 2009/24/CE contemplam esta doutrina, nos respetivos arts. 4º, n.º 2, porém a primeira deixa expresso que este princípio apenas se aplica a cópias tangíveis (tal como o nosso 68º, n.º 5 do CDADC). Como sabemos, a primeira é de aplicação mais ampla, enquanto que a segunda assume um verdadeiro papel de *Lex Specialis*, como já evidenciado no caso Nintendo.

De notar que o princípio de exaustão sofreu limitações a partir de 1980, devido ao desenvolvimento da atividade de locação de cópias. Assim, a Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro, revogada pela Diretiva 2006/115/CE do parlamento Europeu e Conselho, de 12 de dezembro, reconheceu o direito exclusivo do autor autorizar ou proibir a locação ou empréstimo de obras protegidas por direitos de autor. Com efeito, a Diretiva 2009/24/CE, no n.º 2 do art. 4º, deixou expresso que o direito de controlar a locação ulterior do programa ou de uma cópia constitui exceção à extinção do direito de distribuição na Comunidade dessa mesma cópia.

4.1. Exaustão de direitos e suportes digitais

Será completamente normal se um usuário desejar revender a sua cópia de programa de computador, seja porque não tem interesse em continuar a utilizar a obra, recuperando o investimento efetuado, seja para satisfazer um crédito ou até em virtude da aquisição de um negócio.¹¹¹

Com a revolução digital, surgiu uma nova forma de comercialização de programas de computador, muito mais prática e rápida, que tem vindo a ganhar terreno: os usuários podem, hoje em dia, podem descarregar *online* (*download*) o programa de computador a

¹¹⁰ AKESTER, Patrícia; Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais, 2013, p.105.

¹¹¹ SANTOS, Manoel J. Pereira; Exaustão de direitos de autor e revenda pelo usuário de programas de computador, 2015, p. 400.

partir de uma plataforma digital (*site*), pelo que a cópia do programa é fornecida digitalmente¹¹².

Porém, o princípio do esgotamento surgiu para assegurar ao adquirente o pleno exercício dos seus direitos sobre o suporte da obra, pelo que está vinculado ao conceito de circulação do *corpus mechanicum*. Assim, que tipo de cópia é que pode ser objeto do esgotamento de direito?

Como já vimos, a Diretiva 2001/29/CE deixa explícito que o direito de distribuição contemplado nos seus preceitos legais recai sobre exemplares tangíveis, seguindo a linha de que a exaustão de direitos se deve limitar ao mundo real, com o argumento de que, se não há distribuição de exemplares, apenas conteúdos, então também não poderá haver esgotamento de direitos. Como é evidente, mais tarde ou mais cedo (e acreditamos que seja mais cedo que tarde), com o aumento exponencial de transações *online* relativas a conteúdos protegidos por direitos de autor, este preceito tornar-se-á obsoleto.

Pois bem, no nosso entender, qualquer forma técnica de fixação da obra pode ser considerada um suporte – incluindo o suporte eletrónico. Este é tão ou mais capaz quanto os suportes convencionais, visto se tratar de um objeto físico capaz de fixar a obra e permitir o acesso através do ecrã do computador, *smartphone* ou *tablet* (entre outros). Pereira Santos defende esta linha de raciocínio: “a cópia digital pode ser equiparada à cópia convencional da obra intelectual para fins de aplicação do conceito de distribuição já que o armazenamento eletrónico é uma modalidade de reprodução”¹¹³. Mesmo não tendo as propriedades de um suporte convencional, o arquivo digital é um suporte tangível, daí ser possível existir uma distribuição imaterial, uma vez que a cópia recebida em linha se materializa no dispositivo eletrónico utilizado.

Já Alberto de Sá e Mello rejeita a telecomunicação digital em rede como modalidade de distribuição de obras, defendendo que se trata de uma prestação de facto que proporciona um acesso efémero a um bem imaterial¹¹⁴.

Neste domínio, como já estabelecido, seguimos a posição de Pereira Santos, que vai mais longe e afirma que não existe diferença conceitual entre adquirir uma cópia física ou

¹¹² Idem.

¹¹³ Ibidem, cit., p. 409.

¹¹⁴ MELLO, Alberto de Sá e; *Manual de direito de autor*, 2014, p. 192.

uma cópia digital, seja programa de computador, música ou livros: “*essas cópias estão materializadas em objetos perfeitamente identificáveis, ainda que digitais, podendo ser transferidas a terceiros, seja a título gratuito, seja a título oneroso*”¹¹⁵.

Ora, os programas de computador encontram-se ao abrigo da Diretiva 2009/24/CE enquanto *Lex Specialis*, que tem um âmbito ligeiramente diferente, como veremos.

Efetivamente, a comercialização de um programa de computador em suporte físico ou através da Internet, de um ponto de vista económico, são semelhantes, e se o leitor ainda não estiver convencido, debrucemo-nos então sobre o que o TJUE teve a dizer sobre a matéria.

4.1.1. O caso *Usedsoft V. Oracle*

O processo C-128/11 *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.* (doravante caso *Usedsoft*), respeitante à revenda de programas de computador digitalmente distribuídos, revelou-se um marco na jurisprudência da UE, em que o TJUE foi chamado a responder a questões relacionadas com a distribuição e exaustão de direitos de autor de cópias de programa de computador *online*.

A empresa *Usedsoft* comercializa licenças de programas de computador em segunda mão. Entre essas, incluem-se licenças de usuário para programas de computador desenvolvidos pela *Oracle*, que as distribui, em 85% dos casos, através de descarregamentos a partir da Internet. Para esse propósito, a *Usedsoft* adquire as licenças aos clientes *Oracle*, ou partes destas, quando se destinam a número de utilizadores superior às necessidades do primeiro adquirente.

Tal foi motivo para uma disputa entre a *Usedsoft* e a *Oracle*, que se iniciou frente ao *Landgericht München I*, segundo a qual as ações da *Usedsoft* e dos seus clientes infringiam o direito exclusivo da *Oracle* sobre a reprodução permanente ou temporária de programas de computador ao, abrigo do Art. 4º, n.º1, al. a) da Diretiva 2009/24/CE, que julgou procedentes os pedidos da *Oracle*. A *Usedsoft* entropôs recurso para o BGH, que suspendeu

¹¹⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira; Exaustão de direitos de autor e revenda pelo usuário de programas de computador, 2015, cit., p. 410.

a instância e remeteu para o TJUE três questões prejudiciais relativas à interpretação da Diretiva 2008/24/CE¹¹⁶.

Até ao acórdão do processo em causa, a doutrina da exaustão tinha sido apenas aplicada a cópias tangíveis de uma obra, pelo que era essa mesma cópia física que poderia ser vendida a um novo proprietário¹¹⁷, porém o reino digital veio complicar a terminologia “cópia”, porque nunca é a cópia original que se transfere, mas sempre uma nova.

A revenda do produto da *Oracle* por parte da *Usedsoft* era apenas, na realidade, uma revenda da licença e não do programa do computador, visto que o cliente da *Usedsoft* teria que descarregar uma cópia nova do programa a partir do *site* da *Oracle*. Por outras palavras, não havia uma transferência da cópia do primeiro adquirente do *software*. Contudo, o TJUE entendeu que o *download* e a licença tinham que ser examinados como um todo e, como tal, considerou que o direito de reprodução estava de facto em questão¹¹⁸. Ao criar uma situação funcionalmente equivalente entre o mundo tangível e o intangível, o TJUE declarou que o adquirente original “*deve inutilizar a cópia descarregada no seu computador no momento da respetiva revenda*” para evitar infringir o direito exclusivo do titular de reproduzir o seu programa de computador de acordo com o Art. 4º, n.º1, al. a) da Diretiva 2009/24/CE¹¹⁹.

Em circunstâncias normais, o *download* da cópia do programa de computador da *Oracle* requereria autorização do titular do direito (neste caso a *Oracle*), mas o TJUE concluiu que, devido ao programa de computador ser inutilizável sem a licença, as ações dos clientes da *Usedsoft* qualificavam-se para a exceção descrita no art. 5º, n.º 1 da Diretiva 2009/24/CE. Através deste raciocínio, o TJUE admitiu a possibilidade de esgotamento digital, e, por conseguinte, a possibilidade de revender programas de computador adquiridos *online*.

¹¹⁶ Cfr. *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, par. 34.

¹¹⁷ LINKLATER, Emma; *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the E-Exhaustion Meteor About to Strike?*, p. 14.

¹¹⁸ Cfr. *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, par. 70 e 78.

¹¹⁹ *Idem*, par. 78.

Em suma, o TJUE considerou que o art. 4.º, n.º 2 da Diretiva 2009/24/CE permite que o direito de distribuição sobre a cópia de um programa de computador seja esgotado após a concessão de uma licença de uso, quando a venda foi efetivamente estabelecida. Contudo, temos de ter em atenção que as disposições da referida Diretiva (e em particular o art. 4.º, n.º 2) constituem *lex specialis* em relação às provisões da Diretiva 2001/29/CE (que não admite a revenda de programas de computador adquiridos *online*). Esta leitura é confirmada pelo TJUE, que no caso em apreço declarou que “*mesmo que se admitisse que a relação contratual do processo principal ou um aspeto dela também podia ser abrangida pelo conceito de «comunicação ao público», na aceção do art. 3.º, n.º1, desta última diretiva [2001/29/CE], a «primeira comercialização (...) de uma cópia de um programa», na aceção do art. 4.º, n.º2, da Diretiva 2009/24, daria lugar ao esgotamento do direito de distribuição dessa cópia, em conformidade com o disposto nesta mesma disposição*”¹²⁰.

Se, neste caso, o Tribunal se tivesse apoiado na Diretiva 2001/29/CE em vez da Diretiva 2009/24/CE, ter-se-ia originado outro resultado, porque, como sabemos, as provisões relacionadas com a distribuição e exaustão dos direitos são diferentes em ambas, com um resultado em favor da *Oracle*, porque a transferência do programa de computador da *Oracle* para os seus clientes teria caído no âmbito do direito da comunicação ao público, para a qual não há nenhuma regra de exaustão.

É, de facto, possível revender programas de computador adquiridos *online* com base no disposto na Diretiva 2009/24/CE, desde que se cumpram certos requisitos. A interpretação dos arts. 4.º, n., 2, e 5.º, n.º 1, da Diretiva 2009/24/CE deve ir no sentido de que se poderá invocar o esgotamento do direito de distribuição se a licença tiver sido concedida ao adquirente, pelo titular do direito de autor sobre o programa de computador, através de *download* a partir do *site* desse mesmo titular, sem limite de duração e mediante o pagamento de um preço com vista a permitir que este último possa obter uma remuneração correspondente ao valor económico da referida cópia da sua obra, dentro da UE. Por conseguinte, o segundo adquirente dessa licença, assim como qualquer adquirente posterior, poderão invocar previsto no art. 4.º, n.º 2, desta Diretiva e, consequentemente, ser

¹²⁰ *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, cit., par. 52.

considerados adquirente legítimos da cópia do programa de computador na aceção do art. 5º, n.º 1, beneficiando do direito de reprodução previsto nesta disposição¹²¹.

O TJUE entendeu ainda que, havendo esgotamento do direito de distribuição nos termos do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva em questão, o titular do direito de autor sobre o programa deixa de se poder opor à revenda da cópia em questão, independentemente da existência de disposições contratuais que proibam uma cessão posterior.

4.1.2. Direito comparado e o caso *Vernor v. Autodesk*

A *first sale doctrine*, por se aplicar unicamente a proprietários de uma cópia protegido por direitos de autor, tem-se revelado controversa. Ora, de acordo com o Tribunal de Recurso do Nono Circuito dos EUA, no caso que iremos agora analisar, “propriedade” de uma cópia de *software* pode ser um conceito mais elusivo do que parece.

Os factos em *Vernor v. AutoCAD* não estavam em disputa: a *Cardwell / Thomas & Associates, Inc.* utilizava a versão 14 do programa *AutoCAD*, comercializado pela *Autodesk*. Após instalar a versão mais recente do programa, em vez de destruir os seus CDs da versão 14, conforme exigido pelos termos do contrato de licença de *software* da *Autodesk* (aceite pelo usuário antes de instalar o programa), esta vendeu-os a Timothy Vernor numa venda de escritório, com um desconto substancial face ao preço de origem. Por sua vez, Vernor colocou as cópias à venda no *eBay*. Quando a *Autodesk* tomou conhecimento deste último facto, solicitou ao *eBay* que retirasse o produto de venda, alegando que a comercialização daqueles CDs da Versão 14 infringia os seus direitos de autor. Em virtude do *eBay* ter suspenso a conta de Vernor devido às repetidas acusações de violação por parte da *Autodesk*, este intentou uma ação declarativa para estabelecer que as revendas do *software* em questão estavam protegidas pela *first sale doctrine*. O Tribunal Distrital decidiu a favor de Vernor, sustentando que este era “proprietário” das cópias adquiridas face à Lei dos Direitos de Autor, pelo que a *Autodesk* recorreu para o Tribunal de Recurso do Nono Circuito¹²².

¹²¹ *Idem*, par. 88.

¹²² Cft. HAYES, Elizabeth; Vernor V. Autodesk: Power to the . . . Producers?, 2012, pp. 21-23.

O Tribunal de Recurso reverteu a decisão do Tribunal Distrital, ao considerar que as cópias do *software* em questão eram licenciadas em vez de vendidas, pelo que, sendo o utilizador licenciado e não proprietário, a *first sale doctrine* não poderia ser invocada. Pelo contrário, os seus direitos eram quase inteiramente ditados pelos termos do contrato de licença. Para se determinar se uma cópia de programa de computador é licenciada ou vendida, este Tribunal estabeleceu um teste de três partes: “*Acreditamos que um usuário de software é licenciado, em vez de proprietário, de uma cópia em que o proprietário dos direitos de autor (1) especifica que o usuário recebe uma licença, (2) restringe significativamente a capacidade do usuário transferir o software e (3) impõe restrições de uso notáveis*”¹²³. Ao aplicar estes passos, o Tribunal verificou que Vernor não era proprietário das cópias em causa, e ainda que a transferência destas constituía, não só violação dos direitos de autor, como violação de contrato.

No mesmo sentido foram as decisões em *Microsoft Corp. v. Harmony Computer & Electronics, Inc.*, 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994); *Adobe Sys. Inc. v. One Stop Micro, Inc.*, 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000); *Microsoft Corp. v. Grey Computer*, 910 F. Supp. 1077 (D. Md. 1995); *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co.*, 64 F. Supp. 3d 1330 (9th Cir. 1995); *Microsoft Corp. v. Software Wholesale Club, Inc.*, 129 F. Supp. 2d 995 (S.D. Tex. 2000), o que demonstra uma grande proteção conferida à indústria de *software*, visto que praticamente todos os programas de computador comerciais já vêm acompanhados por um contrato de licença declarando que o *software* é “licenciado, não vendido” para o utilizador, pelo que a indústria pode restringir substancialmente o mercado secundário para a revenda de *software*.

No início de 2016, o *U.S. Copyright Office* produziu um relatório denominado *The making available right in the United States, A Report of the Register of Copyrights*, que, entre outras questões, respondeu à pergunta se existe uma *digital first sale doctrine*. Das entidades auscultadas, um pequeno número argumentou que as transmissões digitais não deveriam entrar no âmbito do direito de distribuição, uma vez que a “transmissão de bits” através da Internet não envolve a distribuição de um objeto material¹²⁴. Porém, o *Copyright*

¹²³ *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102 (9th, Cir. 2010), cit., par. 1111 (tradução livre).

¹²⁴ United States Copyright Office; *The making available right in the United States, A Report of the Register of Copyrights*, 2016, p. 19

Office recusou os argumentos apresentados, indo na linha de raciocínio apresentada pelo Tribunal Distrital de Massachusetts no processo *Londres-Sire Records, Inc. v. Doe 1*¹²⁵: o direito de distribuição não se limita à distribuição de produtos tangíveis, mas também é aplicável às transferências digitais, uma vez que um arquivo eletrónico se considera um “objeto material”¹²⁶. Ainda assim, entende que a *first sale doctrine* apenas protege a distribuição pelo proprietário de uma cópia dessa mesma cópia, ao passo que uma transferência de arquivo digital cria uma nova cópia no computador do cessionário¹²⁷. Não obstante, a opinião do *Copyright Office* é apenas e só isso, uma opinião. Pode não ter o mesmo peso que a legislação em vigor, mas é uma opinião que não é facilmente ignorada pelos legisladores e magistrados, o que torna improvável a alteração da *first sale doctrine* por parte dos EUA a curto prazo.

Esta situação é ligeiramente diferente na UE. O legítimo adquirente só pode vender “aquela cópia” particular que ele possui, se ele criasse uma cópia “nova” no processo de distribuição de sua própria cópia, tal poderia levar à exclusão da doutrina do esgotamento. Até este ponto, a situação é bastante semelhante à dos EUA, no entanto, quando se tem em conta que a regra da livre circulação é de grande importância dentro da UE, o caso muda de figura. No processo examinado anteriormente, o TJUE contrariou o argumento da *Oracle* de que “*policar eliminações [de cópias] é difícil*” ao identificar que em uma situação similar com um meio físico (um CD-ROM ou DVD) a capacidade de controlar reproduções é igualmente difícil, mas “*é permissível o distribuidor fazer uso de medidas técnicas de proteção*”¹²⁸, como, por exemplo, as chaves de ativação. O acima exposto parece implicar que o esgotamento digital será justificado pelo TJUE quando é proporcionado um meio mais amplo para os titulares de direitos se protegerem contra a criação de uma “cópia adicional”, que claramente diferencia a situação da UE da situação dos EUA.

¹²⁵ *Londres-Sire Records, Inc. v. Doe 1*, 542 F. Supp. 2d 153 (D. Mass. 2008).

¹²⁶ *Idem*, p. 20.

¹²⁷ *Idem*, nota de rodapé 94.

¹²⁸ *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, par. 79.

4.2. Implicações e consequências do esgotamento de direitos de autor sobre cópias de programas de computador

O que o princípio da exaustão visa é criar um equilíbrio entre direitos, nomeadamente entre os direitos de propriedade sobre bens e os direitos de autor sobre criações intelectuais, e, em última análise, a livre circulação de mercadorias. No entanto, como assinalou Westkamp, no contexto da UE, “*a promulgação de um princípio abrangente de esgotamento europeu tem sido, quanto muito, uma resposta à dinâmica da formação de um mercado único, em vez de uma tentativa de aproximar as leis de propriedade intelectual*”¹²⁹.

Na decisão do caso *Usedsoft*, o TJUE decidiu proteger o próprio princípio de esgotamento, o que é evidenciado no par. 49, segundo o qual qualquer decisão diferente comprometeria o efeito útil do princípio do esgotamento, visto que “*bastaria que os fornecedores qualificassem o contrato de «licença» e não de «comercialização» para contornar a regra do esgotamento, privando-a assim de qualquer alcance*”¹³⁰. Deste modo, além da preservação do propósito do princípio da exaustão como um objetivo em si mesmo, devemos identificar como objetivo subjacente “*evitar a compartimentação dos mercados*” e “*limitar as restrições à distribuição das referidas obras àquilo que é necessário para preservar o objeto específico da propriedade intelectual em causa*”¹³¹. Ora, para proteger estes objetivos, o TJUE fundamentou-se num sentido de equivalência entre os mercados *online* e *offline*, entendendo que estes deveriam ser tratados do mesmo modo, uma vez que o descarregamento é o “*o equivalente funcional da entrega de um suporte material*” e “*de um ponto de vista económico, a comercialização de um programa de computador em CD-ROM ou em DVD e a comercialização de um programa de computador através do seu descarregamento a partir da Internet são semelhantes*”¹³².

¹²⁹ WESTKAMP, Guido; Intellectual Property, Competition Rules and the Emerging Internal Market: Some Thoughts on the European Exhaustion Doctrine, 2007, cit., p. 334 (tradução livre).

¹³⁰ *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, cit., par. 49.

¹³¹ *Idem*, cit., par. 62.

¹³² *Idem*, cit., par. 61.

A referência do TJUE à igualdade de tratamento como justificação para bens tangíveis e intangíveis serem tratados da mesma forma pode ter vastas repercussões. Como princípio geral, igualdade de tratamento significa que situações diferentes não devem ser tratadas da mesma forma, assim como situações comparáveis não devem ser tratadas de modo diferente, a não ser que tal tratamento seja justificado objetivamente. Ora, no domínio do direito económico, este princípio é aplicado para evitar distorções da concorrência dentro do mercado interno, logo o recurso à igualdade de tratamento está em consonância com os objetivos enunciados anteriormente. Contudo, a segunda frase do par. 61 é particularmente ameaçadora, se se entender que o princípio da igualdade de tratamento exige que a doutrina do esgotamento englobe também a exaustão digital, baseando-se unicamente na capacidade substantiva das transmissões *online* para o fornecimento num suporte material. Os desenvolvimentos ao longo destas linhas devem, portanto, ser abordados com cautela¹³³.

Podemos, então, afirmar que os direitos de autor devem fundamentar-se e adequar-se às regras de livre circulação, visto que a razão de ser da doutrina do esgotamento na UE é conciliar o princípio da livre circulação de mercadorias em todo o território da União com a proteção dos direitos de propriedade intelectual, raciocínio este que faz parte do esgotamento dos direitos de autor da UE desde a decisão seminal do TJUE no caso *Deutsche Grammophon v. Metro*¹³⁴. Fica claro que, ao contrário dos EUA, o foco da UE na era digital não será tanto na própria lei de direitos de autor, mas nas regras de liberdade de movimento e direito da concorrência.

A UE determinou uma definição básica da doutrina do esgotamento, segundo a qual a revenda de um produto tangível, que já foi legitimamente colocado no mercado pelo titular do direito, ou com a sua permissão, pode ocorrer sem a autorização do mesmo. O que se segue é que uma eventual doutrina do esgotamento digital à escala comunitária, para proteger os princípios da livre circulação de bens e serviços. Recentemente, e como já referido, a UE deu alguns passos na direção de um mercado único abrangente ao adotar a Estratégia do Mercado Único Digital, que é um processo contínuo para criar uma economia

¹³³ LINKLATER, Emma; *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the E-Exhaustion Meteor About to Strike?*, 2014, pp. 17 e 18.

¹³⁴ *Deutsche Grammophon v. Metro*, Processo 78/70, Acórdão do Tribunal de Justiça, 8 de junho 1971, par. 12 e 13.

digital única europeia, assente em três pilares: (1) melhorar o acesso dos consumidores e empresas aos bens e serviços digitais em toda a Europa; (2) criar as condições certas e condições equitativas para que as redes digitais e os serviços inovadores floresçam; (3) maximizar o potencial de crescimento da economia digital¹³⁵. O primeiro pilar parecia ser o mais promissor para incluir a introdução do esgotamento digital, especialmente quando a Estratégia do Mercado Único Digital afirmou como necessária "*a rápida eliminação de diferenças-chave entre os mundos em linha e fora de linha a fim de derrubar os obstáculos à atividade transfronteira em linha*"¹³⁶. Ainda que esta Estratégia deixe a opção do esgotamento digital em cima da mesa, a nova Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital¹³⁷ não introduziu alterações neste domínio, ficando fora deste processo uma discussão real sobre se os mercados de obras digitais em segunda mão podem e/ou devem ser considerados legítimos sob a legislação comunitária. Parece-nos, portanto, que tão cedo não serão introduzidas iniciativas políticas/legislativas no domínio do esgotamento digital a nível da UE.

Consequentemente, devido à falta de ação legislativa, cabe ao TJUE preencher esta lacuna. Certamente, tem o poder de determinar, à escala da UE, se o esgotamento do direito de distribuição também deve abranger o esgotamento digital, o que acontecerá num futuro próximo. Em meados de 2018, o Tribunal do caso *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* suspendeu a instância e colocou quatro questões prejudiciais ao TJUE, a fim de obter uma decisão preliminar à luz da incerteza jurídica que existe¹³⁸. Este caso trata especificamente de *e-books*, e com as questões colocadas o Tribunal de Haia pertente, basicamente, apurar se existe ou não exaustão digital. Uma resposta afirmativa às questões colocadas poderá ter um impacto gigantesco, pois reforça o caminho para um mercado digital em segunda mão iniciado com o caso *Usedsoft*.

¹³⁵ Comissão Europeia – comunicado de imprensa; Mercado Único Digital para a Europa: Comissão Europeia define 16 iniciativas para a sua concretização, 2015.

¹³⁶ COM (2015) 192 final, cit., p. 4.

¹³⁷ Diretiva 2019/790/CE.

¹³⁸ Processo C-263/18.

Independentemente das repercussões que o caso *Usedsoft* possa vir a ter em futuras decisões relativamente ao princípio da exaustão em ambiente digital, o certo é que a decisão proferida pelo TJUE, que chocou a indústria de tecnologia da informação e comunicação, efetivamente abriu precedentes para a criação de um mercado secundário para programas de computador licenciados, independentemente dos termos do contrato de licença, o que poderá ter um forte impacto na indústria do *software* e fomentar mudanças estruturais nos modelos de negócios das empresas do setor¹³⁹.

Um mercado secundário para um produto usado tem múltiplos efeitos. O mercado secundário compete com o mercado primário, logo se um produto usado está disponível a um preço inferior ao do produto novo, o consumidor tem menos probabilidade de gastar mais por um novo produto¹⁴⁰. Assim, o mercado secundário coloca pressão nos preços praticados no mercado primário, mas ao mesmo tempo que aumenta o valor da compra original, visto o consumidor poder vir a recuperar parte do seu investimento inicial com a revenda. Outro efeito de um mercado de segunda mão é que a revenda de um bem digital é geralmente útil para toda a economia, uma vez que leva ao reinvestimento no sistema¹⁴¹. Ora, um mercado secundário também aumenta a acessibilidade do produto, permitindo que consumidores com menor disposição para pagar participem do mercado e fazendo com que a circulação e o conhecimento do produto aumentem, o que pode provocar um aumento da procura do produto no mercado principal¹⁴². Mais, quando um produto é descontinuado por vezes continua a ter procura, que pode ser suprida por um mercado secundário¹⁴³.

¹³⁹ KHOURY May; Exhausted Yet? The First-Sale Doctrine and the Second-Hand Market for Software Licenses in the European Union, 2014, p. 55.

¹⁴⁰ GLATTHAAR, Matthias; Resale of Digital Music: Capitol Records v. ReDigi, 2012, p. 3.

¹⁴¹ KAWABATA, Mako B.; Unresolved Textual Tension: Capitol Records v. ReDigi and a Digital First Sale Doctrine, 2014, pp. 76-77.

¹⁴² GLATTHAAR, Matthias; Resale of Digital Music: Capitol Records v. ReDigi, 2012, p. 4.

¹⁴³ Em 2014 ocorreu um caso caricato, quando a aplicação *Floppy Bird* foi retirada das lojas. Continuava a haver demanda deste produto, pelo que começaram a revender no *eBay*

A indústria de *software* pode optar por diferentes vias para ultrapassar os obstáculos criados pelo mercado secundário e permanecer em conformidade com a legislação comunitária. As licenças por prazo limitado (temporárias) parecem ser o caminho mais simples a adotar por parte dos distribuidores de programas de computador. Contudo, os prazos terão de ser reais e aplicados, não meramente formais, visto ser pouco provável que os tribunais, pelo menos a nível nacional e europeu, permitam que o princípio da exaustão seja contornado por meras formalidades. Aliás, exatamente por isto, até mesmo licenças excessivamente longas (100 anos, por exemplo) afiguram-se-nos insuscetíveis de sustentarem que o acordo não é, em substância, uma "venda" para os fins da Diretiva 2009/24/CE. Uma outra opção, tendo em consideração que o TJUE, a título subsidiário, deixou claro que o princípio do esgotamento não se estende a contratos de manutenção ou de serviços, é o fornecimento do programa de computador através de serviços em linha, baseados em "nuvem" (o licenciado não recebe uma cópia do programa de computador, mas sim acesso *online*), visto que este tipo de acordo tem menor probabilidade de ser considerado equivalente a uma venda de uma cópia de *software* em caso de litígio. Pelo mesmo motivo, e porque o Conselho estabeleceu que a prestação de serviços através da Internet não provoca esgotamento, outra via para evitar o esgotamento de direitos poderá ser a transição para um modelo baseado em subscrição, no qual a empresa não fornece o programa de computador, mas antes um serviço por tempo limitado, renovável (ou não) mediante pagamento (taxas de licença recorrentes)¹⁴⁴. Outras soluções incluem a permissão para revenda apenas sob certas condições, a utilização de um sistema de distribuição seletiva, ou ainda a configuração um registro de validação de transferência¹⁴⁵.

O TJUE deixou também explícito que os desenvolvedores de programas de computador podem utilizar medidas técnicas de proteção (e.g. chaves de produto) para garantir que o adquirente que revenda a sua licença torne a sua própria cópia inutilizável antes da revenda. Ainda assim, não é claro até que ponto os provedores de programas de

telemóveis com o jogo instalado, com preços entre os \$300 e os \$90 000. Cft. <https://www.theguardian.com/technology/2014/feb/10/phones-flappy-bird-ebay-app-store>.

¹⁴⁴ MARSDEN, Grainne; *Selling used software. The implications of UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012, p. 9.

¹⁴⁵ KHOURY May; *Exhausted Yet? The First-Sale Doctrine and the Second-Hand Market for Software Licenses in the European Union*, 2014, pp. 55-56.

computador podem implementar este tipo de medidas para impedir a transferência de *software*, embora os princípios de livre circulação de mercadoria possam fundar uma resposta positiva por parte dos tribunais.

Muito provavelmente o maior impacto da decisão do TJUE no caso *Usedsoft* será na esfera dos consumidores. Por um lado, poderão beneficiar de um mercado secundário dedicado a cópias de *software* já usadas a preços competitivo, porém, por outro lado, será sem dúvida o utilizador a suportar os custos da interpretação adotada pelo Tribunal, através de preços mais elevados ou inovação reduzida¹⁴⁶. Visto que os fornecedores de programas de computador apenas irão gerar lucro com a venda original, poderão vir a cobrar preços mais elevados para compensar os ganhos que deixarão de estar disponíveis. Em alternativa poderão adotar um dos diferentes métodos de contornar a aplicação do princípio da exaustão o que, invariavelmente, sairá altamente oneroso para o consumidor.

O caso *Usedsoft* abre caminho para se colocarem uma série de perguntas que, para já, ainda não têm resposta legal. Primeiro, que termos de utilização são aplicáveis ao segundo adquirente? O TJUE verificou que o descarregamento de uma cópia de um programa de computador e a celebração de um contrato de licença de utilização respeitante a essa cópia formam um todo indivisível, e que o segundo adquirente (bem como qualquer adquirente posterior) constitui um “adquirente legítimo” na aceção do art. 5º, n.º 1¹⁴⁷, o que concede os direitos necessários para o adquirente utilizar o programa de computador de acordo com o fim a que se destina, algo que só pode ser determinado com base nos termos originais da licença. Assim, o direito de uso transferido para o(s) comprador(es) subsequente(s) provavelmente será limitado pelo escopo das permissões estabelecidas na licença original. Ademais, contratos separados (como de manutenção e suporte) não estão sujeitos ao princípio da exaustão, o que nos leva a crer que o novo adquirente não poderá exigir correções, atualizações ou suporte do fornecedor do *software* sem primeiro entrar diretamente num novo contrato.

¹⁴⁶ KHOURY May; *Exhausted Yet? The First-Sale Doctrine and the Second-Hand Market for Software Licenses in the European Union*, 2014, p. 56.

¹⁴⁷ *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012, par. 44 e 80.

Em segundo lugar, poderemos utilizar os mesmos princípios e argumentos para assumir as obras em questão como objeto sucessório (à semelhança do que acontece com as cópias tangíveis dos programas de computador)? Acreditamos que a resposta seja positiva: o art. 2025º, n.º 1 do CC estipula que não constituem objeto de sucessão as relações jurídicas que se extinguem com a morte do titular por estipulação legal ou decorrente da sua natureza. Ora, ainda que não tenhamos entrado na discussão doutrinal relativamente à natureza jurídica do direito de autor, seja direito de propriedade ou de exclusivo, o certo é que sabemos que é um direito patrimonial. Assim, havendo esgotamento na venda em linha e tratando-se de um direito patrimonial, não nos parece que possa ser levantada objeção à hereditabilidade de cópias de *software*.

Outra questão que fica por esclarecer é se os detentores de direitos de autor devem permitir positivamente a revenda dos seu programas de computador removendo medidas de carácter tecnológico de proteção incorporadas que a impeçam. Se assim não for, os fornecedores de *software* poderão utilizar medidas técnicas de proteção que tornem impossível revendê-lo, como, por exemplo, impedir a execução do programa sem uma conexão com o servidor da empresa, vincular o *software* à estação de trabalho do primeiro adquirente ou ceder chaves de ativação de utilização única (que, quando introduzida pelo novo adquirente, não é validada pelo sistema)¹⁴⁸.

Por fim, levantam-se algumas questões relativamente ao efeito da decisão do TJUE sobre o comércio externo da UE: as empresas de *software* norte-americanas deixam de se poder opor à revenda de cópia por parte dos utilizadores da UE, mesmo que os termos da licença proibam expressamente tal prática, porém qual a lei a aplicar quando um usuário europeu revende fora da UE? Também não é claro se as empresas norte-americanas poderão ou não impedir a revenda de programas de computador nos EUA por parte de utilizadores europeus.

A decisão do TJUE revelou-se uma surpresa para muitos, porém esta tentativa ficou manifestamente aquém de elucidar claramente uma regra sobre os direitos dos compradores em segunda mão de materiais intangíveis.

Resta, assim, saber se outras obras digitais e físicas são comparáveis (*e-book* e livro, por exemplo), embora se possa indagar que, pelo menos para o TJUE, o potencial de

¹⁴⁸ MARSDEN, Grainne; *Selling used software. The implications of UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012, p. 9.

substituibilidade foi aceite como apoio suficiente para um resultado de comparabilidade. Ainda assim, qualquer justificação objetiva que possa ser discutida quanto à diferença de tratamento pode afigurar-se como um entrave a esta interpretação, como a falta de fiabilidade do método proposta pelo Tribunal (em que o adquirente original elimina a cópia revendida), que parece fundamentar que o esgotamento digital não se justifica, a menos que seja previsto um meio mais amplo para os titulares de direitos de autor se protegerem contra "cópias adicionais".¹⁴⁹

Os videojogos, do nosso ponto de vista, são as obras protegidas por direitos de autor mais suscetíveis de serem os próximos alvos de esgotamento digital, por variados motivos. Por um lado, ainda que estes sejam criações complexas que albergam uma multiplicidade de elementos extra-*software*, o cerne da obra é sempre o programa de computador, o que é obvio se colocarmos lado a lado um videojogo recente e um dos mais primordiais: é possível existir um videojogo sem grandes elementos audiovisuais criativos, porém não é possível existir sem o *software* de base. Por outro lado, tanto os fornecedores de programas de computador quanto os de videojogos utilizam os mesmo mecanismo de comercialização, seja através de distribuição ou de prestação de serviços. O tratamento do videojogo como simples *software* não põe em causa a proteção dos demais elementos que o constituem, como é evidente no meio dos produtos informáticos disponíveis para dispositivos móveis como *tablets* e *smatphones*. As lojas virtuais como a *PlayStore* ou a *AppStore* utilizam a mesma forma de exploração económica para todas as obras, sejam jogos ou outro tipo de ferramentas, apelidadas indiscriminadamente de aplicações (ou *apps*).

Por fim, de relevar ainda que, por terem como base um programa de computador, é possível fazer uso dos mesmos mecanismos de carácter tecnológico para impedir que sejam feitas cópias adicionais, ou até para garantir uma transferência efetiva entre adquirentes subsequentes sem frustrar os direitos dos titulares, pelo que não vemos motivos para haver uma distinção tão abismal entre a proteção legal conferida aos videojogos e ao *software*.

¹⁴⁹ Idem, p. 18.

Conclusão

“Vivemos numa época em que as obras do génio literário e artístico, independentemente do país de origem, não tardam a espalhar-se por toda a terra tomando todas as línguas civilizadas, utilizando todas as formas de reprodução.”

– **Edouard Clunet**¹⁵⁰

A disseminação a grande escala de material protegido por direito de autor não é uma questão nova, como podemos verificar nas palavras de Edouard Clunet, porém o advento da tecnologia veio complicar a compreensão legal das relações jurídicas que emergem neste sentido. Enquanto estamos no domínio físico das coisas corpóreas não é difícil de compreender a razão de ser do princípio do esgotamento, mas quando passamos para uma realidade intangível, por ser tão abstrata, o tema complica-se.

O direito de autor foi concebido num tempo em que a realidade tecnológica ainda não permitia ao adquirente a partilha, reprodução ou recombinação das obras protegidas. Entrementes, a constante e vertiginosa inovação tecnológica, aliada à crescente democratização e popularização das novas tecnologias, permite a qualquer um de nós realizar cópias de alta qualidade a um custo muito baixo, aceder a um vastíssimo leque de conteúdos através de um clique, partilhar em tempo real qualquer tipo de ficheiro, enfim... Um verdadeiro fenómeno de mobilidade e portabilidade da informação, o que evidentemente acarreta impactos nos hábitos da sociedade. Assim, o grande desafio dos direitos de autor é a busca pelo equilíbrio entre a defesa dos titulares dos direitos e o acesso da sociedade ao conhecimento e cultura.

A legislação atual tem-se demonstrado insuficiente para dar resposta às novas realidades digitais, uma vez que o avanço tecnológico está a tornar alguns institutos jurídicos obsoletos, e a fomentar a necessidade de reformulação e ajustamento dos sistemas jurídicos

¹⁵⁰ CLUNET, Edouard; Étude sur la convention d’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques: suivie du texte de l’avant-projet de la conférence de Berne de 1883, de la convention définitive du 9 sept. 1886, de la loi espagnole du 9 jan. 1879 sur la propriété intellectuelle, et de la convention franco-espagnole du 16 juin 1880 pour la garantie des œuvres d’esprit et d’art. Paris: Marchal et Billard, 1887 (tradução livre).

nacional e comunitário para enfrentar a nova realidade digital, o que se revela um verdadeiro desafio para o Direito.

Tal como na generalidade das legislações dos EMs da UE, a proteção dos programas de computador deve ser “*como obras literárias*”, suscetíveis de proteção pelo direito de autor, ao abrigo da Convenção de Berna. Desde logo é possível verificar que o Direito parece não reconhecer por completo o programa de computador como uma categoria de obras protegidas por direito de autor independente, o que há muito deixou de fazer sentido, por serem duas realidades tão distintas.

Vimos também que na legislação internacional, comunitária ou nacional em vigência não existe definição expressa de programa de computador enquanto objeto de proteção de direito intelectual, uma vez que qualquer noção adotada rapidamente se tornaria obsoleta. Assim, temos antes uma delimitação ampla e negativa: no âmbito de proteção do programa de computador inclui-se o material de conceção, porém as ideias e princípios subjacentes ficam de fora. Uma vez que se trata de uma coisa incorpórea, a sua proteção só poderá ser efetuada através do direito intelectual. Coexistem, então, duas vias de proteção distintas: o direito de autor e a propriedade industrial. A proteção sob alçada do direito de autor está expressamente consagrada na legislação europeia (e transposta para o nosso ordenamento jurídico) na Diretiva 2009/24/CE, ao passo que no âmbito da propriedade intelectual o programa de computador em princípio não poderá ser objeto de patente quando considerado isoladamente, mas poderá usufruir de proteção indireta enquanto parte integrante e elemento necessário ao normal funcionamento de um invento.

No que concerne aos videojogos, é indiscutível que estes contêm duas partes principais, os elementos audiovisuais e o programa de computador. Existem ainda outros elementos criativos, como o *script*, enredo, coreografias, mapas ou obras arquitetónicas, que são também protegidos pelo direito de autor, daí concluirmos que não se trata apenas e só de *software*. Enquanto trabalhos originais são capazes de atrair três formas distintas proteção com base na sua possível classificação: programas de computador, obras audiovisuais, ou uma combinação dos dois (obra multimédia). Contudo, uma classificação definitiva de videojogos parece estar longe da legislação internacional. A UE não os contempla diretamente, porém o TJUE forneceu a sua posição sobre o conceito, afastando-o da proteção conferida aos programas de computador, uma posição da qual tendemos a discordar.

O autor pode obter remuneração pelas utilizações públicas da sua obra, dentro dos limites estabelecidos por lei, o que inclui a divulgação, a publicação e exploração económicas por qualquer forma, seja direta ou indiretamente. Não raras são as vezes em que os programas de computador são distribuídos sob contratos de licenciamento, que habitualmente são classificadas pela doutrina como contratos de adesão. Rejeitamos esta classificação no geral: quando verificados certos pressupostos (a licença não ter um término temporal, existir um único no momento da receção da cópia do programa e o licenciante não ter obrigação de assegurar o gozo do programa para os fins a que este se destina) estamos, sem dúvidas, perante um contrato de compra e venda. O TJUE seguiu uma interpretação muito semelhante, porém a doutrina norte-americana, para fins de direito comparado, vai numa direção completamente oposta, protegendo os “contratos de licença”

A figura do esgotamento surgiu com o intuito de evitar uma extensão ilimitada do direito patrimonial sobre os exemplares de obras, protegendo o direito patrimonial do adquirente sobre o suporte físico. Para que este princípio vá ao encontro da sua função, terá sempre de existir exaustão aquando da primeira comercialização, seja física ou não, caso contrário o utilizador perde o controlo total sobre o dispositivo para onde descarrega o material protegido. A real questão que se coloca é se é possível revender as cópias digitais em linha, e não tanto se há esgotamento, porque se o utilizador decidir vender um dispositivo eletrónico com programas de computador licenciados instalados, nada o impede.

O caso *Usedsoft* revelou-se altamente fraturante, com a inovação legal da exaustão digital a ser aceite pela jurisprudência. Os fundamentos utilizados poderão facilmente ser aplicados a outros tipos de obras, desde que se desenvolvam mecanismos efetivos de controlo da originalidade das cópias. Os videojogos afiguram-se os principais candidatos à e-exaustão, por serem essencialmente programas de computador peçados de outros elementos artísticos, mas cuja proteção não fica em risco com uma distribuição equiparável à do *software*.

Sem dúvidas que esta decisão abre caminho para a aceitação e compreensão do esgotamento digital. Se até há algum tempo fazia sentido vedar esta doutrina ao ambiente *online*, por não existir tecnologias de controlo efetivas, hoje já não é bem assim. Cada vez mais os utilizadores escolhem adquirir conteúdo protegido em linha, por ser mais cómodo, económico, imediato e ecológico. O problema será quando se começarem a perder espólios artísticos familiares porque o Direito não está a acompanhar a evolução tecnológica. O futuro

é digital, e o Direito não pode nem deve ser o último instituto a reconhecê-lo e a adaptar-se. Para já aguardaremos pela próxima decisão do TJUE, mas fica a nota de que é imperativo aptificar a legislação às novas realidades virtuais, a fim de eliminar a relativa insegurança jurídica que decorre da falta de contemplação legal de alguns preceitos.

Bibliografia

AKESTER, Patrícia – *Código do direito de autor e direitos conexos anotados*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724069005.

AKESTER, Patrícia – *Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 9789724052311.

ASCENSÃO, José de Oliveira; As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. *Revista da ESMAP E*, Recife, v. 13, n. 28, 2008.

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *A proteção jurídica dos programas de computador*, in *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 1990.

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723220582.

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *Direito de Distribuição e Esgotamento*. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 1991.

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?*. In *Themis*, ano VIII, n.º15. Lisboa: Almedina, 2009. ISBN 9789724037264.

AZUL, Artur Augusto – *Técnicas e linguagens de programação: introdução à programação: programação em pascal: 10º ano*. 1ª ed. Porto: Porto Editora, 2000. ISBN 9720434309.

BORRUSO, R. & RUSSO, S. – *Informatica per il giurista: dalbit a internet*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

BROOKSHEAR, J. Glenn – *Computer Science: an overview*. Boston: Pearson Education, Inc, 2007. ISBN 0321434455.

CLUNET, Edouard – *Étude sur la convention d’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques: suivie du texte de l’avant-projet de la conférence de Berne de 1883, de la convention définitive du 9 sept. 1886, de la loi espagnole du 9 jan. 1879 sur la propriété intellectuelle, et de la convention franco-espagnole du 16 juin 1880 pour la garantie des œuvres d’esprit et d’art.* Paris: Marchal et Billard, 1887.

COELHO, Helder – *Computador e Informação.* 2ª ed. Lisboa: Laboratório Nacional de Engenharia Civil, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa – *A proteção dos direitos intelectuais sobre programas de computador no Brasil e o movimento de software livre.* In Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária. Coimbra. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724061153.

CORDEIRO, Pedro – *A lei portuguesa de proteção do “software”.* In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, 1994. ISSN 0870-8118.

CORDEIRO, Pedro – *Limitações e exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e o digital.* In: Direito da Sociedade da Informação. Coimbra: Coimbra, 2002.

DENNIS, Stevenson – *The independent ICT in Schools Comission: Information and Communications Technology in UK Schools, an independent inquiry.* London, Uk, 1997.

EGENFELDT-NIELSEN, Simon & SMITH, Jonas Heide & TOSCA, Susana Pajares – *Understanding Video Games: the essential introduction.* New York: Routledge, 2016. ISBN 9781138849822.

GLATTHAAR, Matthias – *Resale of Digital Music: Capitol Records v. Redigi.* 2012. Disponível na Internet em: <https://ssrn.com/abstract=2172403>

HAREL, David & FELDMAN, Yishai – *Algorithmics: the spirit of computing*. 3ª ed. Glasgow: Pearson Education, 2004. ISBN 9780321117847.

HAYES, Elizabeth – *Vernor V. Autodesk: Power to the . . . Producers?*. In IP Theory: Vol. 2, n.º 2, Artigo 1. 2012. Disponível na internet em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ipt/vol2/iss2/1>

KAWABATA, Makoa B. – *Unresolved Textual Tension: Capitol Records v. ReDigi and a Digital First Sale Doctrine*. In UCLA Entertainment Law Review, Vol. 21, N.º 1: 2014.

KÉRÉVER, André – *Projeto de diretiva sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*. In ROCHA, Margarida Almeida – *Temas de propriedade intelectual*. 1999.

KHOURY, May – *Exhausted Yet? The First-Sale Doctrine and the Second-Hand Market for Software Licenses in the European Union*, 37 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. E. Supp. 45, 2014. Disponível na Internet em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol37/iss3/5>

KITCHIN, Rob & DODGE, Martin – *Code/Space – Software and everyday life*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2011. ISBN 9780262525916.

LINKLATER, Emma – *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the E-Exhaustion Meteor About to Strike?*. In Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law. Abril de 2014. Disponível na internet em: <https://ssrn.com/abstract=2433430>

LIPSON, Ashley Saunders & BRAIN, Robert D. – *Computer and Video Game Law – Cases, Statutes, Forms, Problems & Materials*. Carolina Academic Press, 2009. ISBN 9781594604881.

MARQUES, J. P. Remédio – *Biotecnologias e propriedade intelectual*. 1º vol. Coimbra: Almedina, 2007.

MARQUES, J. P. Remédio – *Patentes de programas de computador e sistemas informáticos de jogos eletrónicos - métodos de exercício de atividades económicas*. In Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária. Coimbra. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724061153.

MARQUES, José Alves – *Fundamentos de sistemas operativos*. 1ª ed. Lisboa: Presença, 1990. ISBN 9722311034.

MARSDEN, Grainne – Selling used software; *The implications of UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012. Disponível na Internet em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/ANZCompuLawJI/2012/7.pdf>

MATOS, José A. – *Dicionário de informática e novas tecnologias*. 3ª ed, aumentada. Lisboa: FCA – Editora de Informática, 2009. ISBN 9789727224692.

MELLO, Alberto de Sá e – *Manual de direito de autor*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789724057811.

PATT, Y. N. & PATEL, S. J. – *Introduction to computing systems: from bits and Gates to C and beyond*. Boston: McGraw-Hill Higher Education, 2004. ISBN 9780072467505.

PEREIRA, Alexandre Dias – *Descompilação e Direitos do Utente de Programas de Computador*. In Revista de direito intelectual. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9782183258027.

PEREIRA, Alexandre Dias – *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008. ISBN 9789724036427.

PEREIRA, Alexandre Dias – *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 9723210037.

PEREIRA, Alexandre Dias – *Patentes de Programas e Métodos de Negociação na Internet*. In *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Vol. IX.

PEREIRA, Alexandre Dias – *Patentes de Software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*. In *Direito Industrial I / Associação Portuguesa de Direito Intelectual*. Coimbra: Almedina, 2001.

RAMALHO, Ana – *Ensaio sobre a construção de um conteúdo normativo do direito de autor europeu*. In *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724061153.

REBELLO, Luís Francisco – *Visita guiada ao mundo do direito de autor*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1974.

RENDAS, Tito – *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*. Lisboa: UCP, 2014. Disponível na internet em: <https://ssrn.com/abstract=2456273>.

ROCHA, Maria Vitória – *A originalidade como requisito de proteção pelo direito de autor*. Verbo Jurídico, 2003. Disponível na internet em: <https://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/originalidade.html>.

SANTOS, Manoel J. Pereira – *Exaustão de direitos de autor e revenda pelo usuário de programas de computador*. In *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724061153.

STAMATOUDI, Irini, A. – *Copyright and Multimedia products: a comparative analysis*. Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2007. ISBN 9780521808194.

TRABUCO, Cláudia – *O direito de autor e as licenças de utilização sobre programas de computador. In Themis. 2008. No 15.*

TULIP, J. & BEKKEMA, J. & NESBITT, K. – *Multi-threaded Game Engine Design. Interactive Entertainment (IE06), 2006.*

VASCONCELOS, José Braga & CARVALHO, João Vidal – *Algoritmia e Estruturas de Dados: Programação nas linguagens C e JAVA. V.N. Famalicão: Centro Atlântico, 2005. ISBN: 9896150125.*

VENÂNCIO, Pedro Dias – *O programa de computador como objeto do direito. In Cadernos de direito privado. Braga: CEJUR. No. 45, 2014.*

VICENTE, Dário Moura – *A tutela internacional da propriedade intelectual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724037073.*

VICENTE, Dário Moura – *O equilíbrio de Interesses no Direito de Autor, In Direito da Sociedade de Informação, APDI, Vol. IX, 2011.*

VIEIRA, José Alberto – *A proteção dos programas de computador pelo Direito de Autor. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 2005. ISBN 9789728634278.*

WESTKAMP, Guido – *Intellectual Property, Competition Rules and the Emerging Internal Market: Some Thoughts on the European Exhaustion Doctrine, In 11 Marquette Intellectual Property Law Review 2, 2007.*

Jurisprudência

Adobe Sys. Inc. v. One Stop Micro, Inc., 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000).

Deutsche Grammophon v. Metro, Processo 78/70, Acórdão do Tribunal de Justiça, 8 de junho 1971.

Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-5/08, 16 de julho de 2009.

Londres-Sire Records, Inc. v. Doe I, 542 F. Supp. 2d 153 (D. Mass. 2008).

Microsoft Corp. v. Grey Computer, 910 F. Supp. 1077 (D. Md. 1995).

Microsoft Corp. v. Harmony Computer & Electronics, Inc., 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994).

Microsoft Corp. v. Software Wholesale Club, Inc., 129 F. Supp. 2d 995 (S.D. Tex. 2000).

Nintendo Co. Ltd e Outros v. PC Box Srl e 9Net Srl, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-355/12, 23 de janeiro de 2014.

Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH, Processo C-92/92 e 362/92, Acórdão do Tribunal de Justiça, 20 de outubro de 1993.

Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co., 64 F. Supp. 3d 1330 (9th Cir. 1995).

Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp., Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-128/11, 3 de julho de 2012.

Vernor v. Autodesk, 621 F.3d 1102 (9th, Cir. 2010).

Outras fontes

CCE – *Livro Verde sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia*, COM (88) 172, 16/3/1989, in JOCE C71, 23/3/89.

COM(2015) 192 final; *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence*.

COM(2016) 593 final.

Comissão Europeia – comunicado de imprensa; *Mercado Único Digital para a Europa: Comissão Europeia define 16 iniciativas para a sua concretização*, 2015. Disponível na Internet em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_pt.htm.

OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) – *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, OMPI, 1978.

Processo C-355/12; *Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston*, apresentadas em 19 de setembro de 2013.

Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules. Disponível na Internet em: <https://edri.org/summary-report-responses-copyright-consultation/>

United States Copyright Office – *The making available right in the United States, A Report of the Register of Copyrights*, 2016.

WIPO (World Intellectual Property Organization) – *The legal status of videogames: comparative analysis in national approaches*. 2016.