

Análise Económica da Proteção das Medidas Tecnológicas no Direito de Autor: Uma Visão Portuguesa

Ana Ramalho

IViR - Institute for Information Law, Universidade de Amesterdão, Holanda.

1. Introdução: Razão de Ordem

O presente artigo pretende ser uma reflexão sobre os fundamentos económicos da proteção outorgada às medidas tecnológicas em sede de direito de autor. Prende-se a escolha do tema com a constatação do aumento do nível de proteção conferido ao titular do direito de autor, o qual, além de beneficiar-se do complexo normativo a ele dirigido e da possibilidade de utilização de medidas tecnológicas de proteção da obra, é agora favorecido com a proteção legalmente consagrada dessas medidas.

O terceiro nível de proteção assim instituído poderá indubitavelmente perturbar o (já de si precário) equilíbrio de interesses entre titular do direito e utilizador¹, em desfavor deste último.

Não almejamos negar que a desmaterialização da obra provoca ou facilita a identidade entre o suporte que a contém e as sucessivas cópias dessa obra, ao mesmo tempo que possibilita uma distribuição dos exemplares potencialmente infinita e à escala mundial, mas fazemos tenção de ponderar se um maior controlo por parte do titular do direi-

¹ Referimo-nos a titular do direito no sentido patrimonial, o qual englobará, *inter alia*, as entidades editoriais e os organismos de gestão coletiva de direitos.

to poderá, de uma parte, obviar aos riscos temidos por este diante do advento do contexto digital, e, de outra parte, revelar-se mais eficiente².

Para tanto, optamos por um pequeno intróito, contendo considerações breves e genéricas sobre a análise económica do direito de autor, para seguidamente ensaiarmos uma definição técnico-jurídica de medida tecnológica aplicada a uma obra protegida pelo direito de autor.

Consideraremos também a análise dos benefícios da sobreproteção conferida *ex lege*, com o intuito de opor à reflexão diametralmente oposta, respeitante às vantagens associadas a uma subproteção (vista esta concretamente como a ausência de proteção legal das medidas tecnológicas).

Analisaremos ainda a problemática relativa à articulação da proteção legal com o exercício das utilizações livres, procedendo nesse âmbito a um exame breve dos fundamentos económicos dessas utilizações.

Finalmente, alvitraremos algumas soluções tendentes a preservar os interesses dos utilizadores no meio digital, as quais pretendem ser um modesto contributo para o resguardo, que se quer inadiável, da livre fruição de bens intelectuais.

2. A Análise Económica do Direito de Autor

É já sobejamente conhecida e discutida a diferença entre a natureza da propriedade em geral e da propriedade intelectual em particular.

² Segundo E. Arkenbout et al, "Copyright in the Information Society: Scenario's and Strategies", *European Journal of Law and Economics*, n.º 17, 2004, p. 238, "for copyright law to promote economic efficiency, its principal legal doctrines must, at least approximately, maximise the benefits from creating additional works minus both the losses from limiting access and the costs of administering copyright protection", o que quanto a nós significa que a eficiência económica se poderá traduzir na seguinte expressão:

$$b - (p + c) \geq 0$$

em que:

b = benefício

p = perda de bem-estar

c = custo de administração do direito

Efetivamente, se o custo de criação de um bem intelectual é elevado, o seu custo de reprodução é por via de regra diminuto³.

Adivinha-se sem demora a consequência nefasta dessa realidade, espelhada na dificuldade de retorno do investimento, a qual por sua vez pode inibir a proliferação da produção intelectual (ou pelo menos limitar a existente até ao ponto de equilíbrio entre o custo marginal de cada cópia adicional e o rendimento percebido pela venda dessa cópia, ou retorno marginal). Para obviar a tal efeito, o autor deve poder cobrar via mercado os benefícios que provocou, assim internalizando as externalidades a que deu origem. Verifica-se aqui uma perspetiva coaseana de atribuição de *property rights*.

No entanto, essa internalização só se torna possível se os custos de transação não forem demasiado elevados, pois caso contrário essa internalização já não é passível de se dar por meio da atribuição de um direito privativo. Estamos agora perante uma das funções do direito de autor: a diminuição dos custos de transação.

Perante a descrita incontestabilidade, poder-se-ia então apologicamente defender o reforço do direito de autor. No entanto, também será invocável que a proteção dada ao direito de autor é inversamente proporcional à possibilidade de inspiração em obras anteriores sem violar aquele direito – e tal possibilidade reflete-se numa diminuição dos custos de criação e num consequente aumento desta.

Mister será, pois, definir o ponto ótimo de proteção, de modo a equilibrar os interesses em jogo, constituindo essa asserção outra das razões pelas quais surge o direito de autor *qua tale*.

Diretamente relacionado com essa matéria está o fato de o objeto protegido pelo direito de autor – a obra –, à semelhança de todos os

³ Note-se que com a referência genérica a custos de criação queremos abranger não só os custos variáveis (os quais aumentam na proporção do número de cópias, sendo por isso facilmente determináveis – é o caso dos custos de edição), mas também o chamado custo intelectual ou fixo, cuja determinação, independentemente do número de cópias produzido, é de difícil alcance, visto que o que está em causa é a avaliação do esforço intelectual do criador.

bens intelectuais em geral, ter um caráter semipúblico. Efetivamente, se por um lado a criação intelectual não gera congestionamento e não é exclusiva na sua índole (visto que não é possível, pela sua natureza, excluir eficientemente alguém do seu gozo), por outro a sua proteção vem possibilitar a exclusão de terceiros do uso do bem durante um determinado período de tempo, decorrido o qual o seu caráter público se reafirma. Existe assim no direito de autor uma espécie de monopólio temporário.

Constatamos ainda que, invocando os conceitos avançados por Calabresi e Melamed⁴, e levando em conta a abrangência de direitos cometidos ao autor enquanto criador intelectual, será a *property rule* a conceção dominante no direito de autor, no sentido em que, por regra, só aquele poderá voluntariamente alienar os direitos sobre a obra que criou, por um preço livremente negociado⁵.

Todavia, existem igualmente vestígios claros de uma *liability rule* – pensamos especialmente nas situações em que o titular do direito não pode evitar determinados usos ou transações (em razão, designadamente, e mais uma vez, dos elevados custos de transação que hipótese contrária comportaria, mas também numa tentativa de obviar à sobrevinda de *deadweight loss*), subsistindo tão-só um direito ao qual se convencionou apelidar remuneração equitativa (caso das exceções ou utilizações livres).

Refira-se que essa compensação monetária não é uma resolução consensual. Mornente, o seu valor objetivo não corresponderá, com alguma frequência, ao valor (necessariamente subjetivo) que o autor atribui ao uso da sua criação. Não obstante, contribuirá indubitavelmente para diminuir os custos de transação e poderá de fato revelar-se a solução mais eficiente (embora não necessariamente mais justa).

Finalmente, a terminar a contextualização a que nos propusemos, relembramos o perfil do direito de autor gizado na era analógica: a con-

⁴ G.Calabresi & D. Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral” in Posner & Parisi (eds.), *Law and Economics*, Vol. I, Cheltenham, Edward Elgar, 1997.

⁵ Ressalvando sempre a inalienabilidade dos designados direitos morais ou pessoais.

cessão de uma proteção *a posteriori* e independentemente de registo. Tais características derivam, *inter alia*, do

caráter proibitivo dos custos de verificação da existência de cópias (visto que seria necessária a análise integral de todas as obras registadas), bem como do fato de a criação acidental não implicar *free riding* (porquanto, não copiando a primeira, a segunda obra implica de igual forma custos de criação)⁶.

As considerações acima tecidas, aparentemente de índole diversa, têm um fio condutor comum: todas elas são inerentes ao direito de autor herdado do período analógico. O excuso que se segue tem o propósito de analisar se as premissas então estabelecidas continuam válidas no meio digital, particularmente após a proteção outorgada às medidas tecnológicas.

3. Contributo para uma Definição de Medida Tecnológica

Anteriormente à proteção legal conferida às medidas tecnológicas, o controlo que o titular do direito podia exercer sobre utilizações da obra era meramente técnico. Esse elemento técnico da medida tecnológica enquanto método de fiscalização do uso da criação intelectual não sofre alterações ponderosas aquando da entrada em vigor da referida proteção legal, continuando a existir *grosso modo* quatro métodos de controlo de utilização da obra. É assim possível, separada ou cumulati-

⁶ Abrimos aqui um parêntesis, que julgamos necessário, para tentar aferir da noção de “cópia”. Efetivamente, o conceito de cópia exclui *in limine* a criação independente, visto que implica a reprodução de uma obra preexistente. Ao contrário da patente, cujo objeto tem um caráter mais objetivo ou, se quisermos, mais independente da subjetividade criativa inerente ao respetivo autor, o direito de autor protege a marca indelével que o criador intelectual deixa na obra criada. Os limites da inspiração em obra preexistente, a partir dos quais a criação independente passa a ser considerada cópia, prender-se-ão pois com a ausência de caráter distintivo da segunda criação relativamente à primeira, entendido aquele caráter como diferenças subjetivas – isto é, relacionadas com o espírito do autor –, por oposição a objetivas. A cópia implica, assim, quanto a nós, o que apelidaremos de “furto intelectual”, pelo aproveitamento da essência ou do espírito da obra alheia, o qual repercutirá necessariamente na forma exterior, mas sendo esta apenas um veículo de transmissão de uma essência idêntica (porque copiada) a uma obra preexistente.

vamente, impedir a modificação da obra, prevenir ou restringir determinados usos, impor um número máximo de utilizações ou somente controlar o simples acesso à obra.

Contudo, a definição técnica de medida tecnológica não será necessariamente equivalente à noção jurídica. Em Portugal, essa noção consta do artigo 217º número 2 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC),⁷ sendo que a proteção só é assegurada se a medida for considerada eficaz nos termos do número 3 do mesmo artigo.⁸

Destacamos que o referido artigo 217º número 2 procede a uma delimitação negativa, espelhada nas alíneas a) a d) do preceito, a qual poderia *prima facie* indicar um esvaziamento do proémio da norma. Numa análise mais detalhada, porém, esse esvaziamento é, quanto a nós, apenas aparente.

De fato, no que diz respeito ao protocolo – que poderemos definir como um formato previamente acordado que possibilita a transmissão de dados entre dois computadores – e ao formato – comumente utilizado para designar a organização de dados antecipadamente determinada, a qual imporá que os dados de um ficheiro que são armazenados num determinado formato só possam ser lidos pelo mesmo programa ou por programa similar para que possam ser inteligíveis (é o caso, no-

⁷ Artigo 217º número 2 CDADC: “[...] entende-se por «medidas de caráter tecnológico» toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, não devendo considerar-se como tais:

- a) Um protocolo;
- b) Um formato;
- c) Um algoritmo;
- d) Um método de criptografia, de codificação ou de transformação.

⁸ Artigo 217º número 3 CDADC: “As medidas de caráter tecnológico são consideradas ‘eficazes’ quando a utilização da obra, prestação ou produção protegidas forem controladas pelos titulares de direitos mediante a aplicação de um controlo de acesso ou de um processo de proteção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação da obra, prestação ou produção protegidas, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objetivo de proteção.”

meadamente, dos formatos jpg ou pdf) –, o próprio significado revela que estes não se destinam especificamente a proteger direitos exclusivos, mas antes decorrem naturalmente das funcionalidades informáticas que lhes deram origem.

Relativamente à alínea d) do mencionado artigo 217.º, que exclui da definição de medida tecnológica simples métodos, relembramos que é apenas o método que é excluído da delimitação operada pelo legislador português, e não a codificação ou a transformação em si, como aliás esclarece o número 3 do artigo 217.º.

Tal exclusão prevista na alínea d) tem a sua origem na inevitabilidade de o método dever ser livremente estudado, de forma a permitir novos desenvolvimentos na área da criptografia; e, consequentemente, a sua proteção não seria articulável com o desejável crescimento tecnológico e com a coerente criação de medidas tecnológicas mais eficazes.

Por último, a alínea c) do artigo 217.º requer uma interpretação cautelosa. O algoritmo é uma noção universal, que designa uma fórmula que possibilita a resolução de um determinado problema, indicando para tanto um procedimento objetivo. Daqui resulta que, na sua essência, qualquer programa informático é passível de ser considerado um algoritmo, pelo que a exclusão deste da definição de medida tecnológica deve ser interpretada restritivamente e à semelhança do explanado quanto à alínea d) do preceito. Ou seja, apenas o algoritmo enquanto método de conceção de um programa informático que consubstancia um dispositivo de proteção – e não o algoritmo *lato sensu* ou o programa em si – fica excluído da definição legal de medida tecnológica.

A leitura das alíneas a) a d) do artigo 217.º, assim elaborada, permite encontrar um sentido na recente regulamentação das medidas tecnológicas, e consente uma compreensão em particular do número 3 do referido artigo 217.º.

Concluímos assim que uma medida tecnológica será todo o mecanismo que tem por objetivo “impedir ou restringir atos relativos a obras” (cf. citado artigo 217.º número 2), entendidas estas como cria-

ções intelectuais às quais é outorgada proteção em sede de direito de autor.

Porém, duas ressalvas se impõem: em primeiro lugar, os atos que se pretendem impedir ou restringir são todos aqueles que não sejam autorizados pelo titular do direito - ao referir apenas atos não autorizados, não os reportando às faculdades patrimoniais típicas do direito de autor, o CDADC mais não faz que impedir atos que não têm um conteúdo jusautoral, como é o caso do acesso à obra⁹.

Em segundo lugar, para gozar de proteção legal, a medida tecnológica deverá ser eficaz, na aceção do número 3 do artigo 217.^º A norma não clarifica o grau de eficácia necessário, exigindo unicamente que a medida “garanta a realização do objetivo de proteção”.

Não obstante, cremos que o nível de eficácia requerido não pode nem deve ser absoluto, pois desse modo quedaria fora da definição legal qualquer medida que pudesse ser neutralizada – o que, além de contrariar frontalmente o espírito do legislador, iria, uma vez mais, esvaziar a noção de conteúdo¹⁰.

⁹ Discute-se a esse propósito se a proteção outorgada às medidas tecnológicas a nível nacional, comunitário e internacional criou um novo direito ou faculdade patrimonial, que seria o direito de acesso. Cremos no entanto que não é assim, uma vez que o acesso em si é apenas um meio de controlar as faculdades já existentes, assumindo-se como um mecanismo instrumental que não consubstancia um aproveitamento económico da obra. Veja-se, a título meramente exemplificativo, a solução do direito estadounidense – é proibida a neutralização de medidas tecnológicas que controlam o acesso à obra (Secção 1201(a)(1)(A) da Copyright Law of the United States of América); mas já não a neutralização de medidas que protegem um direito exclusivo do autor (Secção 1201(b) a contrario da referida Lei). Essa dicotomia que a própria lei estabelece entre acesso à obra e direitos atribuídos ao autor é indicadora da intenção do Digital Millennium Copyright Act (que introduziu a proteção das medidas tecnológicas) de não criar um novo direito, ao contrário do que é o entendimento de alguns autores – vide, por todos, I. Garrote Fernández-Díez, *El Derecho de Autor en Internet: la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, Granada, Comares, 2001, p. 532.

¹⁰ Nesse sentido, cf. W.Olivier, *Le Fair Use & les Exceptions au Droit d'Auteur: Aspects de Droit Comparé*, disponível em http://www.droit-tic.com/pdf/fair_use.pdf, págs. 46 e seguintes (consultado pela última vez em 8 outubro 2011). Contra, B.W. Esler, *Technological Self-help: Its Status under European Law and*

Desse modo, a noção de eficácia deverá, quanto a nós, encerrar dois requisitos: por um lado, a medida tecnológica em causa deve ser primordialmente destinada a proteger criações intelectuais que se encontram sob a égide do direito de autor (isto é, o seu *objetivo* é essa proteção); por outro, a estrutura técnica dessa medida deve estar concebida de tal forma que garanta – razoavelmente – aquele objetivo. É, pois, um critério de razoabilidade, que deve estar subjacente à noção de eficácia.

Do que deixamos exposto decorre uma conclusão linear: a noção jurídica de medida tecnológica, não sendo exatamente equivalente à sua congénere técnica, tem um conteúdo bastante abrangente, o qual poderá influenciar o delicado equilíbrio entre interesses dos autores e interesses dos utilizadores. Porém, para formularmos proposição semelhante, torna-se necessário analisar detalhadamente os benefícios e os inconvenientes que resultam da proteção dessas medidas. É o que faremos nas secções seguintes.

4. A Análise Económica das Medidas Tecnológicas

4.1. Introdução

As medidas tecnológicas surgem atualmente como reforço da exclusividade de direitos cometidos ao autor. Tal exclusividade era já parcialmente garantida pelo próprio direito de autor, que confere ao criador intelectual determinados direitos ou faculdades, alguns dos quais inclusivamente inalienáveis (caso dos direitos pessoais ou morais).

No entanto, as limitações inerentes ao direito de autor (como a sua duração e o objeto da proteção), já não se verificam no que respeita às medidas tecnológicas, verificando-se quanto a estas um alargamento daquela exclusividade – refira-se, a propósito, a possibilidade de exclusão de terceiros do gozo de obras que estão no domínio público.

Implications for U.K. Law, disponível em <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Technological%20Self-Help%20-%20Its%20Status%20under%20European%20Law%20and%20Implications%20for%20U.K.%20Law.pdf>, nota 81 (consultado pela última vez em 8 outubro 2011).

A razão do seu aparecimento radica na (suposta) maior vulnerabilidade do titular do direito no ambiente digital, que é consequência da perfeição da cópia e da possibilidade de distribuição quase infinita desta, existindo pois uma perda de controlo por parte daquele titular. Por outro lado, com as medidas tecnológicas, a regra da contratação *ex ante* vem substituir a indemnização *ex post*, num claro regresso à *property rule*¹¹.

No que respeita à análise concreta da proteção das medidas tecnológicas, há ainda que levar em conta o artigo 219.^º do CDADC¹², no sentido de sublinhar que a justificação da proteção outorgada leva também a punir os atos preparatórios, evitando-se assim a concessão de meios de infração do direito de autor a utilizadores desprovidos de conhecimentos necessários para tal. Trata-se, indubitavelmente, de uma forma de diminuir os custos de evitar violações do direito.

Vejamos então especificamente, de seguida, quais os benefícios da sobreproteção conferida pelo regime legal (4.2.), para seguidamente aferir das vantagens de uma subproteção (4.3.)

4.2. Benefícios de uma sobreproteção

(i) CRESCIMENTO DO MERCADO

Como já referido, as medidas tecnológicas podem proteger a obra não só contra a cópia não autorizada, mas também contra o mero acesso, bem como contra atos que violam quaisquer faculdades

¹¹ Vide G. Calabresi & D. Melamed, op. cit..

¹² Artigo 219 CDADC: “Quem, não estando autorizado, proceder ao fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer, ou tiver a posse para fins comerciais de dispositivos, produtos ou componentes ou ainda realize as prestações de serviços que:

- a) Sejam promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a proteção de uma medida eficaz de caráter tecnológico, ou;
- b) Só tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da proteção da medida eficaz de caráter tecnológico, ou;
- c) Sejam essencialmente concebidos, produzidos, adaptados ou executados com o objetivo de permitir ou facilitar a neutralização da proteção de medidas de caráter tecnológico eficazes;

É punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 20 dias.”

patrimoniais cometidas ao autor (*v.g.*, o direito de distribuição), os quais se tornaram mais acessíveis no ambiente digital. Ora, essa acessibilidade poderá causar a inibição do crescimento do mercado, em vista do desincentivo à criação que ela representa.

Nessa perspectiva, as medidas tecnológicas podem inverter a tendência para a falta de incentivo à criação e favorecer aquele crescimento, em vista da internalização direta de externalidades que possibilitam, e, bem assim, facilitar o uso das obras intelectuais¹³. Recorrendo a um exemplo concreto, invocamos o caso de Stephen King, que publicou um livro *online*, por meio da divulgação sequencial de novos capítulos contra pagamento dos leitores/utilizadores. Essa hipótese revelou-se benéfica tanto para o autor – que assim evitou os custos inerentes à atividade editorial de terceiros – como para os utilizadores, uma vez que os custos associados ao livro digital são mais diminutos que os resultantes da publicação em papel.

(ii) POSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

As medidas tecnológicas consentem uma discriminação de preços, oferecendo ao autor variados usos (*v.g.*, copiar, consultar ou imprimir a obra) a preços diferentes, e assim aumentando os seus proventos em razão das diversas exigências de diferentes utilizadores. O mesmo é dizer, assim evitando a *deadweight loss*.

As consequências imediatas da discriminação de preços serão pois o combate à pirataria, mas também uma maior adequação de preços à conduta do utilizador, que paga somente o uso que solicita (pense-se na possibilidade de pagar um preço mais reduzido por uma obra que

¹³ Referimos a internalização direta a propósito das situações específicas nas quais é o próprio autor que procede à aposição de uma medida tecnológica sobre a sua obra. Porém, chamamos a atenção para a necessidade de autorização do criador intelectual nos casos em que um intermediário aplica uma medida tecnológica de controlo de acesso, circunstância que também facilitará aquela internalização, apesar da inexistência de negociação direta entre autor e utilizador (cf. artigo 217.^º número 4 do CDADC: “A aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador intelectual”).

não permite a respetiva cópia para uso privado, por exemplo), situação que pode conduzir a um ótimo de Pareto.

Colocamos, contudo, profundas reservas à consideração da discriminação de preços como um verdadeiro benefício, pois motivos relevantes apontam igualmente em sentido contrário.

A nossa primeira hesitação resulta do fato de a discriminação de preços não poder ter lugar em qualquer situação¹⁴; efetivamente, é necessário que o agente que a pratica seja competitivo relativamente à concorrência (isto é, que venda o produto a um preço igual ou inferior para o mesmo segmento de mercado), devendo ainda aquele agente ter a possibilidade de impedir que o segmento mais baixo revenda ao segmento mais alto – o que consubstancia uma incumbência impossível relativamente a determinados atos, quanto aos quais se prescreve a regra do esgotamento do direito na União Europeia, nos termos do artigo 68.º número 5 do CDADC¹⁵ (mas já não quanto a outros que não esgotam o direito do titular, como a colocação da obra à disposição do público). Acresce igualmente que a operação de discriminação de preços depende na íntegra da capacidade do respetivo agente para distinguir e classificar os vários segmentos de mercado (o que poderá ser medianamente alcançável por meio, por exemplo, de uma análise das preferências do consumidor).

No entanto, os meios para impedir a revenda e para distinguir segmentos de mercado devem ser contabilizados como custos, os quais se refletirão no preço final a apresentar ao consumidor, e esse aumento de preço excluirá alguns utilizadores do gozo do bem, o que significará a manutenção da *deadweight loss* que se pretendia evitar, visto que

¹⁴ Nesse sentido, vide K.J.Koelman, Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?, disponível em: <http://cli.vu/pubdirectory/191/manuscript.pdf> (consultado pela última vez em 8 outubro 2011), p. 21 e seguintes.

¹⁵ Artigo 68 número 5 CDADC: “Os atos de disposição lícitos, mediante a primeira venda ou por outro meio de transferência de propriedade, esgotam o direito de distribuição do original ou de cópias, enquanto exemplares tangíveis, de uma obra na União Europeia.”

mesmo o preço mais baixo será demasiado elevado para alguns consumidores. Por outro lado, entre os consumidores com maior disposição de pagar, encontrar-se-ão provavelmente os criadores futuros, muitas vezes, necessitados de obras preexistentes como referência ou inspiração. Esse custo adicional de criação quedará refletido nas suas obras¹⁶.

Mas mais uma reserva obsta à consideração da discriminação de preços como um puro benefício da sobreproteção decorrente do regime legal das medidas tecnológicas, dessa feita relacionada com a particularidade do bem em causa. De fato, a obra ou criação intelectual é infungível, pelo que o agente económico não poderá ser realmente competitivo num mercado que se assume assim como de concorrência imperfeita. Ora, não existindo a condição de competitividade, a discriminação de preços dificilmente será realizável.

(iii) DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Os contratos pré-determinados associados ao aparecimento das medidas tecnológicas, que são celebrados mediante um mero “click ok” por parte do utilizador, excluem, pela sua própria natureza, a livre negociação de cláusulas contratuais entre o titular do direito e o utilizador final.

É essa falta de negociação prévia que provoca a diminuição dos custos de transação, nos quais se incluem os custos de efetivação do direito, porquanto o controlo da utilização é feito *a priori*.

Porém, ficando a liberdade do utilizador reduzida a aceitar ou rejeitar o contrato proposto, há que levar em consideração a regulação imposta pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, relativo às Cláusulas Contratuais Gerais (designadamente no que respeita às cláusulas absoluta e relativamente proibidas – cf. artigos 20.º a 22.º do referido Diploma).

De fato, em certos cenários contratuais, podemos afirmar que se verifica uma simples transposição dos custos de transação para mo-

¹⁶ K.J.Koelman, op. e loc. cit.

mento posterior à contratação – veja-se, a título exemplificativo, o caso de subsistência do contrato previsto no artigo 13.º do Diploma, situação que pode conduzir a uma negociação incidente sobre a manutenção ou não manutenção do contrato.

Não obstante, a diminuição dos custos de transação continua, quanto a nós, a assumir-se como um verdadeiro benefício nas situações que não contendam com o regime das Cláusulas Contratuais Gerais ou outros que garantam os legítimos direitos dos consumidores e a boa fé contratual.

(iv) POSSÍVEL DIMINUIÇÃO DO PREÇO DA OBRA

A ponderação de vários fatores nos permite afirmar que a proteção legalmente outorgada às medidas tecnológicas poderá eventualmente resultar numa diminuição do preço das criações intelectuais.

O primeiro fator é consequência da própria função de proteção das medidas tecnológicas; a restrição do número de atentados ao exclusivo do autor baixa proporcionalmente as perdas decorrentes desses atentados, o que se poderá refletir numa diminuição do preço final.

Do preço final, pode também ser deduzida a diferença entre os custos de edição e distribuição a nível analógico e a nível digital - ainda que o lucro por unidade continue estável, a diminuição do preço aumentará a procura, logo subindo o número de unidades vendidas¹⁷.

Poderá finalmente ser contabilizada a redução do custo de efetivação do direito no ambiente digital (que se verifica nomeadamente quando o titular do direito utiliza programas de busca capazes de localizar *online* usos não autorizados da obra), bem como a diminuição de remunerações não pagas ou pagas erradamente por parte das sociedades de gestão coletiva de direitos.

¹⁷ Essa diferença de custos refere-se não só às possibilidades técnicas do meio digital – v.g., distribuição eletrónica à escala mundial via internet, ou edição digital que prescinde dos custos associados ao papel – mas também à hipótese assim concedida ao autor de dispensar entidades terceiras para poder editar ou distribuir a sua obra. Essa última circunstância será inclusivamente, o que poderemos apelidar de benefício reflexo da sobreproteção, visto que retira peso de mercado a entidades que não têm uma função criativa (como é o caso das editoras).

4.3. *Benefícios de uma subproteção*

(i) LIBERDADE DAS OBRAS NO DOMÍNIO PÚBLICO

As medidas tecnológicas podem ser aplicadas a obras não protegidas ou no domínio público, o que pode configurar um desincentivo à criação, pois existirá menos investimento criativo enquanto houver retorno de criações preexistentes.

É certo que se retira *a contrario* do artigo 217.^º número 2 do CDADC que, se a obra não for protegida, a respetiva medida tecnológica poderá ser licitamente neutralizada; porém, esse argumento não poderá proceder, visto que os utilizadores que não tenham habilidade técnica para tanto perdem o seu “direito a neutralizar”¹⁸, mormente em vista da proibição, constante do artigo 219.^º do CDADC, de fabrico, distribuição, venda, e demais atos que promovam a disseminação de meios de neutralização.

No entanto, é defensável a existência de benefícios decorrentes da proteção tecnológica de obras caídas no domínio público. A extinção do direito de autor por decurso do tempo justifica-se em face do retorno de investimento que esse hiato temporal permitiu, razão pela qual, após esse momento, se concede por exemplo a qualquer editor o direito de concorrer com os demais na publicação dessas obras, suportando os custos de edição.

Hoje em dia, porém, com o advento das cópias eletrónicas, os custos de editar com base numa cópia editada por outrem (ou editar “em segunda mão”) são assaz reduzidos. Ou seja, o adquirente de uma obra eletrónica caída no domínio público pode entrar em concorrência com o primeiro editor que lhe forneceu a obra. Mas essa hipótese queda impossibilitada se o primeiro editor aplicar uma medida tecnológica àquela obra que impeça reproduções posteriores, promovendo-se desse modo a propagação de criações intelectuais, *rectius*, a difusão da cultura.

¹⁸ No mesmo sentido, cf. K.J.Koelman, op.cit., p. 18 e seguintes.

(ii) LIBERDADE DE MERCADO

Intrinsecamente relacionada com a questão anterior está a situação de domínio de mercado a que é possível conduzir o impedimento de usar livremente obras preexistentes.

Efetivamente, enquanto os titulares de direitos sobre essas obras estão isentos do que poderemos já apelidar de “custo de inspiração” inerente à nova criação intelectual, todos os outros potenciais criadores ficam deparados com a obrigação de contabilizar tal custo, o qual irremediavelmente se refletirá no preço final da criação e simultaneamente diminuirá a produção de obras futuras. Gera-se, pois, uma ineficiência.

Aliás, refira-se a propósito que o mecanismo de mercado só leva ao nível de eficiência ótimo se existir concorrência perfeita (isto é, sem posições dominantes). Ora, ao aplicar uma medida tecnológica, impedindo desse modo concorrentes de competirem nos termos explicitados, desvirtua-se aquela concorrência¹⁹.

(iii) EQUILÍBRIO ENTRE O CARÁTER PÚBLICO E PRIVADO DO BEM INTELECTUAL

Em vista das especiais características do bem intelectual, este não é passível de degradação por motivos de uso excessivo, pelo que o uso adicional não acarreta custo adicional.

É certo que, para permitir que o titular do direito recupere o investimento feito, assim incentivando a criação de bens intelectuais, deve ser conferida a possibilidade de excluir utilizadores do uso da obra. No entanto, a rivalidade ou concorrência no acesso ao bem será tanto maior quanto o for o controlo sobre o mesmo por parte do titular, assim se descaraterizando exponencialmente o respetivo caráter público (o qual, outrossim, resultava já deteriorado em vista do possível aumento do preço da obra para o consumidor final, conforme explanado em

¹⁹ Sem prejuízo das consequências advinentes da infungibilidade do bem em causa, à qual já aludimos *supra*, em 4.2.(ii).

4.3 (ii), uma vez que esse aumento provocará maior exclusão do gozo do bem intelectual).

O equilíbrio entre o caráter público e privado do bem intelectual – ou, se quisermos, a manutenção estrita do seu caráter semipúblico – será ainda afetado em face do estatuído no CDADC relativamente aos atos autorizados pelo titular do direito. Como já referido, as medidas tecnológicas possibilitam a proibição de acesso a uma obra, que até o momento era tendencialmente livre (pelo menos, em certos casos, como consultar um livro numa livraria).

Mais uma vez, pode-se avistar uma ineficiência, pois excluindo esse uso adicional ou excessivo resulta também impedido o ótimo de Pareto.

(iv) POSSÍVEL OBSTÁCULO AO AUMENTO DO PREÇO DA OBRA

Já tivemos ocasião de relembrar a infungibilidade da criação intelectual. É essa característica que nos faz explorar a possibilidade contrária à examinada em 4.2 (iv). Assumimos como válido tudo o então referido, mas arrogamo-nos a junção de mais um fator – a aspiração ao aumento de lucro por parte do titular do direito, enquanto fornecedor de bens intelectuais.

Efetivamente, se a obra é em si naturalmente infungível, essa característica terá tendência a resultar reforçada com a proliferação de medidas tecnológicas (e respetiva proteção), na medida em que o consumidor de um determinado bem intelectual, se em princípio não consideraria o consumo de outro bem intelectual em substituição do desejado, ainda menos o fará se esse potencial sucedâneo estiver também onerado com uma medida tecnológica.

Essa infungibilidade da obra espelha-se pois numa propensa inelasticidade da procura, resultando nesse caso mais compensador para o titular do direito a opção pelo aumento do preço do bem intelectual²⁰.

²⁰ Vide ARAÚJO, F. **Introdução à Economia**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005. p. 177-182.

Do exposto, resulta assim que será igualmente possível que um maior controlo provoque uma subida de preços – desse modo gerando *deadweight loss* e consequentemente uma ineficiência – ou, se quisermos, que um menor controlo impedirá tal subida.

(v) *FALIBILIDADE DAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS*

Apontamos agora um paradoxo que cremos incontornável: a criação de uma medida tecnológica eficaz implica custos elevados (não só de investimento financeiro, mas também de tempo e conhecimento técnico), enquanto a correspondente neutralização tem um custo substancialmente mais baixo. Não concebemos medidas tecnológicas infalíveis, mas tão-só medidas tecnológicas *temporariamente* infalíveis.

A asserção assim apresentada leva a uma consequência não despicienda – as medidas tecnológicas não extinguirão utilizações não autorizadas da obra. Simplesmente, essas utilizações consubstanciarão infrações à proteção das medidas tecnológicas e não diretamente ao direito de autor.

A propagação de cópias não autorizadas de obras intelectuais protegidas na internet será pois substituída pela multiplicação no mesmo meio de dispositivos de neutralização. Ou seja, a proteção das medidas tecnológicas pretendeu atalhar o desequilíbrio que se avizinhava no ambiente digital em desfavor dos criadores intelectuais, mas não forneceu uma solução absoluta ou vitaliciamente segura, uma vez que as infrações e respetivas dificuldades de sancionamento não se extinguirão.

(vi) *IMPERFEIÇÃO CONTRATUAL*

Conforme já mencionado em 4.2 (*iii*), a maior parte dos contratos *online* subjacentes às medidas tecnológicas implicam a aceitação ou rejeição de um conjunto de cláusulas pré-definidas, assim excluindo a livre negociabilidade destas.

A realidade demonstra que o utilizador médio se limita a aceitar o contrato *qua tale*, não se preocupando em conhecer os respetivos termos e, consequentemente, desconhecendo os usos que lhe são permitidos e proibidos, isto é, o fato de o titular do direito proceder a uma

discriminação de preços baseada nos usos que autoriza não vai constituir um fator determinante aquando da aquisição de uma obra, não afetando por isso a concorrência .

Cabe aflorar, a propósito, uma controvérsia existente com relação à potencialidade de as medidas tecnológicas e os contratos celebrados em razão delas poderem substituir o direito de autor²¹. Resumidamente, a resposta deverá ser negativa.

De uma parte, se as medidas tecnológicas não são tecnicamente infalíveis, o incumprimento e as omissões contratuais só serão evitados mediante recurso a um direito que assegure os interesses do autor. De outra parte, os custos de transação não diminuem o suficiente para permitir a substituição da regulamentação legal por meros contratos, levando em consideração que além da matéria imediata existem regulações específicas (como o uso subsequente), que podem ser postergadas, havendo ainda que ponderar a possibilidade de renegociação para renovação do contrato e o aumento de custos de efetivação do direito, o qual se verificará automaticamente na ausência da referida regulamentação legal.

5. Proteção das Medidas Tecnológicas Vs. Utilizações Livres

As utilizações livres, também apelidadas de exceções ou limitações ao direito de autor, vêm previstas essencialmente nos artigos 75.º e 81.º do CDADC. Consustanciam tais utilizações usos da obra que são lícitos independentemente da autorização do titular do direito, tais como a reprodução para uso privado ou para fins de ensino e educação. O principal problema que se põe nessa sede é a conciliação da proteção conferida às medidas tecnológicas com essas utilizações.

Analisaremos pois de seguida os fundamentos económicos das utilizações livres (5.1), para em momento posterior comentar a sua articulação com o regime de proteção das medidas tecnológicas (5.2).

²¹ Para uma análise detalhada *vide* J.Farchy & F.Rochelandet, “Self-help Systems: Good Substitutes for Copyright or New Barriers to Competition?” in Wendy & Watt (eds.), *The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2003.

5.1. Fundamentos económicos das utilizações livres

(i) EQUILÍBRIO DE INTERESSES

As particulares características dos bens intelectuais originam uma falha de mercado, consubstanciada na impossibilidade natural de exclusão de terceiros do gozo daqueles bens e consequente empeço ao retorno do investimento, assim impedindo que a produção dos referidos bens atinja um ponto ótimo.

No entanto, a exclusão de terceiros do gozo de bens não deterioráveis (como é o caso da criação intelectual), proporcionada pela atribuição de um direito exclusivo ao criador intelectual, resulta em *deadweight loss*, ou, se quisermos, noutra falha de mercado.

São exatamente as utilizações livres que sopesam ambas as falhas de mercado, assegurando que existe um saldo positivo de bem-estar social entre ambas. Reconhece-se, pois, que a partir de determinado nível de controlo por parte do titular do direito não existe um aumento de produção, e logo não há um ganho de bem-estar social nem um maior incentivo a criar – pelo que, a partir desse nível, o controlo por parte do titular do direito passa a ser ineficiente.

O mesmo é dizer, as utilizações livres desempenham um papel fundamental no delicado equilíbrio de interesses entre titulares do direito e utilizadores, moderando o incentivo à criação e a conveniência do consumidor de bens intelectuais ou mesmo da ordem pública (*v.g.*, salvaguarda do direito à informação ou à educação)²².

²² Como apontam K.C. Baseman, F.R. Warren-Boulton & G.A. Woroch, The Economics of Intellectual Property Production for Software, disponível em: <<http://elsa.berkeley.edu/~woroch/softcopy.pdf>> (consultado pela última vez em 8 outubro 2011), pág. 1, “efficiency in production requires that the producer receives a positive price, whereas efficiency in distribution requires that users should pay a zero price”. Não se afigurando possível a simultânea eficiência máxima na produção e na distribuição, é pois necessário o referido equilíbrio entre o incentivo à criação e o interesse dos utilizadores, equilíbrio esse fornecido pelas utilizações livres.

(ii) ELIMINAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Referimos já que ao autor deve ser dada a possibilidade de internalizar as externalidades que provocou, sendo essa aliás uma das funções do direito de autor. Só por meio dessa internalização se atinge o ponto ótimo de produção de bens intelectuais.

No entanto, como mencionámos igualmente, as externalidades só podem ser internalizadas pela atribuição de direitos privativos quando os custos de transação não são elevados ao ponto de excederem o valor do objeto transacionado – no caso, a faculdade de utilização de uma obra.

Eliminando a livre negociabilidade, as utilizações livres reduzem ou mesmo anulam os custos de transação; veja-se, a título exemplificativo, o caso da citação: facilmente se concebe que a negociabilidade da sua extensão, fim ou enquadramento originaria custos de transação relativamente elevados. E, ainda que assim não acontecesse, sendo exequível a negociação com todos os utilizadores, o montante a pagar por cada um destes pela respetiva citação seria de tal forma exíguo que não cobriria os custos de efetivação do direito.

5.2. *Quinta Essentia*

Adiante-se primeiramente que, por um lado, a tecnologia não atingiu ainda o nível de sofisticação necessário que permita uma distinção primorosa entre as utilizações livres e não livres – é o caso, por exemplo, de uma citação poder ser considerada lícita ou ilícita, consoante o respetivo fim. Por outro lado, as medidas tecnológicas impedem de fato violações do direito de autor.

Não parece que a solução passe por permitir a neutralização nos casos em que o utilizador possa ser beneficiário de uma utilização livre, uma vez que nem todos os utilizadores possuirão a capacidade técnica necessária para neutralizar. Ora, se os dispositivos técnicos de neutralização não são permitidos, excluem-se utilizadores com base nos respetivos conhecimentos técnicos (na medida em que aqueles estariam sempre dependentes da autorização do titular do direito), e esvazia-se na mesma medida o conteúdo das utilizações livres.

No entanto, os dispositivos de neutralização não conseguem também aferir a licitude ou ilicitude das utilizações livres, pelo que a falta de proibição da sua comercialização pode implicar o correspondente uso em violações do direito de autor – e nessa hipótese esvazia-se o conteúdo das medidas tecnológicas.

Cremos que é defensável que quando tiver havido contratação é porque os custos de transação são inferiores ao benefício, não se justificando as limitações ao direito de autor (cf. artigo 222.º do CDADC)²³.

Porém, se relembrarmos os fundamentos das utilizações livres anteriormente apontados, concluímos que não é provável que a possibilidade de poder controlar todo e qualquer uso seja eficiente, e ainda que não existam custos de transação. Nomeadamente, destacamos que as medidas tecnológicas poderão afastar os benefícios advenientes da evolução tecnológica (*v.g.*, inibindo a capacidade de efetuar *copy-paste* para efeitos de citação, obrigando o beneficiário da utilização livre em causa a empregar técnicas anacrónicas e menos eficientes, assim dificultando a nova criação intelectual).

Veja-se, ainda, quanto à presente problemática, o artigo 221.º do CDADC: limita-se a proteção das medidas tecnológicas, mas apenas no que respeita ao exercício de determinadas utilizações livres, provavelmente com o propósito de impedir o *hold out*²⁴.

Sobrevém do exposto a impossibilidade de apresentar conclusões definitivas, no sentido de seguramente afirmar que a proteção das me-

²³ Artigo 222º do CDADC: “O disposto no artigo anterior [i.e., as limitações à proteção das medidas tecnológicas] não se aplica às obras, prestações ou produções protegidas disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido.”

²⁴ No mesmo sentido, cf. K.J.Koelman, *op.cit.*, págs. 9/10, que explicita que o *hold out* terá efeitos nefastos nos custos de transação, no sentido de provocar um tal aumento destes que os mesmos sejam impeditivos da negociação, assim assumindo a preferência, nessas circunstâncias, por uma *liability rule*, em detrimento da *property rule*. No entanto, como o próprio autor indica, parece que o legislador apenas revela a preocupação de prevenir o *hold out* na negociação *offline* – cf., no caso português, o artigo 222.º do CDADC.

didas tecnológicas e as utilizações livres não poderão coexistir. Todavia, pensamos poder, com algum grau de certeza, asseverar que o recente regime de proteção das medidas tecnológicas tem a potencialidade de desequilibrar a balança de interesses, tornando-se então necessária a adoção de algumas cautelas que permitam, ainda que infimamente, a proteção desse equilíbrio – tarefa a que procederemos seguidamente.

6. Soluções Propostas

6.1. O recurso ao direito do consumidor

A referência à presente hetero-regulação encontra a sua justificação no fato de a fruição de uma obra poder ser considerada um ato de consumo – no contexto da internet, basta termos em conta o caso específico das transmissões *on demand*.

Partindo dessa premissa, afigura-se possível um conflito entre o direito do utilizador enquanto consumidor – direito a usufruir de uma utilização livre no caso concreto – e o direito do autor.

Note-se porém que, nos termos do artigo 2.º número 1 da Lei número 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei número 67/2003, de 8 de abril, esse conflito só terá lugar na hipótese de o titular do direito exercer com caráter de habitualidade (por oposição à pontualidade) a atividade económica subjacente ao fornecimento de bens intelectuais (sendo ainda necessário que tal atividade vise a obtenção de benefícios – cf. citado artigo 2.º número 1)²⁵. Acresça-se ainda que o uso a que o consumidor destina a obra não deverá ser profissional.

De qualquer forma, nas situações em que a delimitação apontada não obste à ingerência do direito do consumidor, impenderá sobre o fornecedor um dever de informação, nos termos do artigo 8.º número 1 do citado Diploma. Ora, tal dever poderá ser traduzido, no domínio da contratação que tem por objeto uma criação intelectual, como uma

²⁵ Nesse sentido cf. P. Duarte, *O Conceito Jurídico de Consumidor, Segundo o Artigo 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*, Coimbra, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 73, 1997. págs. 669 e seguintes.

obrigação de informar o consumidor (ou utilizador) dos benefícios que lhe assistem – nomeadamente, os decorrentes de uma utilização livre e legalmente prevista.

Porém, uma delimitação adicional é imposta pelo artigo 222.º do CDADC, que estatui a não aplicabilidade das limitações previstas no artigo 221.º à contratação *online*, o que *a contrario* significará que as medidas tecnológicas podem constituir *de jure* “um obstáculo ao exercício normal” de determinadas utilizações.

Consequentemente, nos casos aí previstos não deverá consubstanciar uma obrigação do fornecedor/titular do direito informar o consumidor/utilizador de um benefício que a própria Lei afirma não existir nesse caso concreto, pelo que a solução presentemente proposta só poderá lograr no âmbito analógico.

Não obstante, o consumidor poderá ainda recorrer ao regime consagrado em sede de Cláusulas Contratuais Gerais, ao qual já fizemos alusão em momento anterior²⁶, na circunstância de se ver deparado com um contrato pré-definido do qual constem cláusulas absoluta ou relativamente proibidas.

6.2. O recurso às regras gerais do direito civil

Optamos por agora pela formulação de um princípio geral: também a negociação de bens intelectuais se deverá pautar por uma conduta conforme às regras gerais do direito civil.

O recurso a tais regras é premente, quanto a nós, em duas desconformidades distintas – a falta de informação, por parte do fornecedor do bem intelectual, de que este se encontra onerado com uma medida tecnológica²⁷; e a situação diametralmente oposta, em que o fornecedor

²⁶ Cf. *supra*, 4.2.(iii).

²⁷ Hipótese semelhante foi objeto de uma decisão por parte do Cour d'Appel de Versailles, *Arrêt S.A. Emi Music France contre Association CLCV*, de 30 de Setembro de 2004, tendo aquele Tribunal condenado a EMI Music France a informar os consumidores da existência de uma medida tecnológica que impedia determinados usos da obra, através da aposição nesta da frase “attention, il ne peut être lu sur tout

informa que aplicou uma medida tecnológica a uma obra quando de fato não o fez.

No que respeita à primeira patologia, afigura-se relativamente simples a invocação do artigo 913.^º do Código Civil Português (CCP), alegando em consonância o regime de venda de coisa defeituosa²⁸. Mas algumas precauções deverão ser tomadas. Designadamente, parece que será necessário que a medida tecnológica afete de qualquer forma o uso normal do bem (*v.g.*, o uso privado). Só assim a obra não poderá ser empregue na “realização do fim a que é destinada” (cf. citado artigo 913.^º), permitindo a aplicação do referido regime²⁹.

Relativamente à segunda hipótese colocada, impõe-se o recurso à boa fé contratual e, especificamente, ao instituto de *culpa in contrahendo*, previsto no artigo 227.^º do CCP³⁰. Nomeadamente nas situações em

lecteur ou autoradio”. Contudo, o fundamento jurídico para tanto foi encontrado com base no recurso ao Direito do Consumidor.

²⁸ Artigo 913 CCP: “1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes. 2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.

²⁹ É nossa opinião que a hipótese em apreço não poderá reconduzir-se à falta de qualidades asseguradas pelo vendedor, visto que se trata aqui de uma conduta omissiva da parte deste, ao passo que o preceito exige, quanto a nós, a prestação expressa de uma garantia – nas palavras de F.Pires de Lima & J. Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, em anotação a este artigo, deverá verificar-se um “empenhamento especial” por parte do vendedor. Note-se ainda que o número 2 do artigo 913.^º fornece um critério objetivo que poderá revelar-se útil na situação retratada. Efetivamente, a maioria das medidas tecnológicas destina-se a impedir determinadas utilizações da obra que até agora eram encaradas como ínsitas na função normal destas. Assim, por exemplo, um CD que não permita a audição em determinados aparelhos ou um DVD que só pode ser utilizado em alguns dispositivos afronta, a nosso ver, a função normal a que a coisa se destina (audição/visualização), razão pela qual, insistimos, o contrato deverá mencionar o fim do bem vendido – por meio da inserção de informação bastante na capa do CD ou do DVD, no exemplo dado – a fim de afastar o regime de venda de coisa defeituosa.

³⁰ Artigo 227.^º CCP: “1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras

que, anunciada a existência de uma medida tecnológica, o utilizador paga o desbloqueio de determinados usos desnecessariamente, tomamos como válido o recurso às regras gerais de responsabilidade civil (aliás, por imposição do próprio artigo 227.º).

Por outro lado, invocamos aqui acessoriamente, do ponto de vista do direito civil, o problema da proteção do contraente mais fraco, que implica um dever de lealdade acrescido³¹, e que tem a sua justificação económica no fato de a “assimetria informativa” impedir o funcionamento perfeito do mercado e, consequentemente, o bem-estar³². Reconhecemos, pois, nesse caso, a conveniência de um paternalismo mínimo³³.

7. Conclusões

O excuso até aqui percorrido impele a sublinhar o caráter dual da internet e da revolução tecnológica. Afinal, se a cópia resulta facilitada, a proteção da obra fica também assegurada em igual proporção. Essa proposição dogmática converte-se numa incerteza relativamente ao desenvolvimento do mercado de obras intelectuais e da sociedade da informação.

Desconhecendo-se para qual dos lados a balança de interesses penderá, cremos precipitada a conclusão legal – o ambiente digital pode

da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

³¹ Cf. A.Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., 2.ª ed., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1990, págs. 706 e seguintes.

³² Cf. K.J.Koelman, op.cit., págs. 24/25.

³³ Cf. F.Araújo, op.cit., págs.461 e seguintes, e C.R Sunstein, & R.H. Taler, *Libertarian Paternalism is Not An Oxymoron*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=405940 (consultado pela última vez em 8 outubro 2011). Acreditamos inevitável, aliás, o reconhecimento genérico da necessidade do referido paternalismo mínimo ou, na aceção destes últimos autores, de um “paternalismo libertário”, e perguntamo-nos se não será eventualmente uma forma de paternalismo afirmar o não paternalismo por meio da concessão de escolha, uma vez que, ainda que minimamente, tal atitude envolve com frequência a opção prévia (paternalista) de considerar, de entre um número potencialmente infinito, as hipóteses nas quais o sujeito passivo (consumidor, por exemplo) poderá estar interessado, para que este tenha a possibilidade de efectuar futura seleção entre elas.

inclusivamente acarretar mais vantagens que inconvenientes para o titular do direito, das quais a possibilidade da negociação *online* de obras intelectuais é apenas um tímido indício.

Nessa mesma esteira, e tentando resistir à tentação de mais um expediente paternalista, é configurável que o próprio titular do direito fique mais beneficiado no ambiente digital do que *offline*, não se desvirtuando nesse caso a necessidade de proteger a exclusividade com recurso a medidas tecnológicas.

De qualquer forma, a consequência da proteção outorgada a tais medidas é linear: o bem intelectual como mercadoria sobrepõe-se ao bem intelectual como bem público. O mesmo é dizer, permitindo as medidas tecnológicas a exclusão de gozo do bem intelectual, descaracteriza-se profundamente o caráter público desse bem.

A tecnologia não está desenvolvida o suficiente para suportar essa opção presunçosa do legislador, que, qual oráculo, arrancou certezas da incerteza e se substituiu a uma observação futura do desenvolvimento do mercado digital.

É sobretudo a imperfeição latente das medidas tecnológicas que nos leva a vaticinar um futuro desequilíbrio de interesses em desfavor dos utilizadores de criações intelectuais, o que poderá eventualmente gerar as ineficiências já apontadas. Mas é também a incúria legislativa que nos permite concluir que no mercado de bens intelectuais provavelmente escasseará o bem-estar ambicionado.