

Bases de Dados: Conceito, Fronteiras, Regime*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), onde é Professor Auxiliar no Departamento de Direito Empresarial e Investigador do Instituto Jurídico. E-mail: aldp@fd.uc.pt

Recibido: 15-01-14

Aceptado: 20-05-14

Resumen

Este trabalho analisa os elementos constitutivos do conceito normativo de bases de dados e os traços principais da sua proteção pelo direito de autor e pelo direito sui generis do fabricante de base de dados no direito da União Europeia e de Portugal.

PALABRAS CLAVES: Bases de Dados, Direitos de Autor, Direitos *Sui Generis*, Tecnologias da Informação, União Europeia, Portugal.

Databases: Concept, Boundaries, Regime

Abstract

This paper addresses the elements which constitute the normative concept of databases as well as the main features of their legal protection by Copyright and Sui Generis rights of the database manufacturers under both EU and Portuguese Law.

KEYWORDS: Databases, Copyright, *Sui Generis* Rights, Information Technologies, European Union Law, Portugal.

INTRODUÇÃO

As bases de dados são um recurso económico da maior importância na sociedade de informação. Nos mais diversos setores da atividade humana são quotidianamente realizados avultados investimentos em recolha, organização, verificação e apresentação de dados. Ter ou não ter o acesso à informação, eis talvez o grande mote da sociedade de informação.

As tecnologias da informação possibilitam tanto a recolha e o processamento da informação em larga escala como a sua apropriação não autorizada por terceiros, expondo os investimentos em base de dados à vulnerabilidade dos sistemas e à pirataria informática. Sentiu-se, por isso necessidade de clarificar o regime jurídico, colocando sob o manto legal os interesses tanto dos criadores de estruturas originais como das empresas que investem no fabrico das bases.

Neste processo, o direito de autor vai ser utilizado como instrumento de proteção das criações intelectuais em bases de dados, antes restringida às compilações de obras protegidas ou não. Em paralelo, institui-se um novo direito exclusivo, de contornos fluidos, que mais se aproxima da lógica dos direitos conexos ao direito de autor, destinado a proteger o investimento do fabricante de bases de dados. Nisto se traduziu a Diretiva 96/9/CE¹, transposta para o ordenamento interno pelo DL 122/2000, de 4 de julho.

De acordo com a Diretiva 96/9/CE, as bases de dados seriam protegidas pelo direito de autor e/ou, independentemente disso, o fabricante da base poderia ainda beneficiar de um direito especial. Todavia, ao colocar a proteção em alternativa -ou pelo direito de autor, ou pelo direito especial do fabricante (DL 122/2000, art. 1º/3º)- o diploma interno desvia-se da Diretiva. Talvez seja lapso redação, mas a verdade é que, como está, a conformidade do diploma interno com a Diretiva não nos parece, nesse ponto, assegurada.

Centrando a nossa análise no diploma interno, vejamos seguidamente o que se entende por base de dados e os termos da sua proteção ao abrigo da propriedade intelectual, referindo também jurisprudência relevante neste domínio oriunda do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A lei das bases de dados utiliza conceitos indeterminados e difícil concretização. A fluidez dos termos presta-se a alguma casuística ao nível

da determinação concreta do investimento substancial, podendo o nível de investimento exigido variar consoante o tipo de base de dados e/ou a indústria em questão.

O CONCEITO DE BASE DE DADOS

Por base de dados entende-se «a coletânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e suscetíveis de acesso individual por meios eletrónicos ou outros» (art. 1º/2).

A noção legal de base de dados apresenta diversos elementos. O primeiro diz respeito ao conteúdo da base de dados. Com efeito, a base de dados é, em primeiro lugar, uma coletânea, ou seja, uma compilação de dados.

a) Dados-obras, dados-dados e dados- elementos

A noção legal de base de dados é mais ampla do que o conceito de *compilação* previsto no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC). O CDADC estabelece, como espécie de obras equiparadas a originais, as compilações de obras protegidas ou não, tais como seletas, enciclopédias e antologias (art. 3º/1-b CDADC), e as compilações sistemáticas ou anotadas de textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração (art. 3º/1-c CDADC) textos estes que, tal como as respetivas traduções oficiais, não beneficiam de proteção pelo direito de autor (art. 8º/1 CDADC).

Nos termos do CDADC, para ser protegida pelo direito de autor a compilação deve ser compilação de obras, protegidas ou não, sendo os textos oficiais reconduzíveis à noção de obra. Isto é, criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, e quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo (arts. 1º/1 e 2º/1 CDADC).

Ora, na noção de base de dados abrangem-se não apenas obras protegidas ou não pelo direito de autor, incluindo textos oficiais compilados ou anotados, mas também coletâneas de dados ou outros elementos independentes. Isto é, a designação base de dados abrange obras, dados e outros elementos independentes. Isto significa que as obras são abrangidas no

termo genérico 'dados,' ao lado do qual existe um termo específico de dados distinto das obras e de outros elementos independentes.

O que são dados, neste sentido específico, para efeitos da noção legal de base de dados? Pela negativa não serão obras, protegidas ou não (por ex., coleção de selos antigos), nem outros elementos independentes que também não sejam obras (por ex., coleção de borboletas).

Pela positiva, a noção de dados em sentido específico abrangerá, por ex., os dados pessoais que a lei define como «qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (o titular dos dados), considerando-se como tal a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social» (Lei 67/98, art. 3º-a). Por exemplo, o número de identificação fiscal será aqui abrangido. Como dados pessoais, considerados sensíveis, são referidos os «referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica,' os relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos» (Lei 67/98, art. 7º/1).³

Noções de dados encontram-se ainda em outras leis. Por ex., a Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de setembro) define dados informáticos como «qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função» (art. 2º/b); e, por dados de tráfego, entende-se «dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou tipo do serviço subjacente» (art. 2º/c).

Aliás, uma outra noção de dados de tráfego é dada pelo diploma da privacidade nas comunicações eletrónicas (Lei 41/2004, alterada e republicada pela Lei 46/2012, de 29 de agosto), que os define como «quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma» (art. 2º/1-d). Esta lei define ainda os dados de localização como «quaisquer dados tratados

numa rede de comunicações eletrónicas ou no âmbito de um serviço de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público» (art. 2º/1-e).

Veja-se ainda a noção de dados para efeitos do diploma sobre conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (Lei 32/2008), nos termos da qual são dados «os dados de tráfego e os dados de localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador» (art. 2º/1-a). A esta noção acrescem as noções de código de identificação do utilizador e de identificador da célula que serão ainda abrangidos pela noção de dados pessoais da Lei 67/98, de 26 de outubro. Por código de identificação do utilizador (user ID) entende-se «um código único atribuído às pessoas, quando estas se tornam assinantes ou se inscrevem num serviço de acesso à Internet, ou num serviço de comunicação pela Internet» e por identificador de célula (cell ID), entende-se «a identificação da célula de origem e de destino de uma chamada telefónica numa rede móvel» (art. 2º/1-c/d). Assim, por exemplo, relativamente ao acesso à Internet, ao correio eletrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet, consideram-se dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação, o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação (art. 4º/2-b/iii).

A noção de dados em sentido específico abrangerá todos os dados que não sejam criações intelectuais nem outros elementos independentes. Para além dos dados pessoais, incluindo dados de tráfego e de localização, a noção de dados abrange registos de factos e acontecimentos diversos sobre por ex., meteorologia, demografia, economia, biologia, história, desporto, cotações de mercado, etc.

A categoria outros elementos independentes abrangerá dados que não são criações intelectuais nem dados em sentido específico. Pense-se, por ex., em elementos recolhidos numa investigação arqueológica, como fósseis. Não serão criações intelectuais nem dados em sentido específico, mas são dados em sentido amplo, enquanto “outros elementos independentes”.

A base de dados pode conter -e normalmente contém- dados-obras, dados-dados e outros dados-elementos. Pense-se, por ex., numa coleção de instrumentos antigos de medicina com informações (dados) e ilustrações gráficas (obras) sobre esses instrumentos (elementos).

b) Disposição de modo sistemático ou metódico

A noção legal de base de dados exige, em segundo lugar, que os seus elementos (obras, dados e/ou outros elementos) sejam dispostos de modo sistemático ou metódico. Disposição de modo sistemático ou metódico significa que a base não pode ser um agregado caótico e sem unidade, mas antes que os elementos são recolhidos e ordenados de forma consistente, reiterada e organizada em função de determinados critérios pré-definidos.

c) Suscetibilidade de acesso individual por meios eletrónicos ou outros

Os elementos da base devem ser suscetíveis de acesso individual por meios eletrónicos ou outros. A noção legal abrange tanto as bases eletrónicas como as não eletrónicas. Embora a legislação tenha procurado responder sobretudo aos desafios da sociedade da informação decorrentes da digitalização, da convergência e da interoperabilidade tecnológicas, não deixou de fora as bases de dados não eletrónicas. Tenha-se em mente, por ex., o catálogo em papel de uma biblioteca.

Aliás, o facto de a base de dados ser eletrónica não impede que os seus elementos sejam corpóreos. Exemplificando: para ser base de dados, o catálogo eletrónico de uma coleção de numismática terá que permitir o acesso individual aos seus elementos corpóreos (moedas). Pela natureza das coisas, o acesso a estes elementos não se realiza por meios eletrónicos, mas o catálogo eletrónico deve fornecer os dados de localização para efeitos de acesso individual aos elementos da base.

d) Base de dados e programa de computador

Os programas de computador são utilizados para o fabrico e/ou para o funcionamento de bases de dados acessíveis por meios eletrónicos. Todavia, tais programas de computador não devem considerar-se, enquanto tais, elementos da base de dados. Razão pela qual não lhes é extensiva a proteção atribuída às bases de dados, tanto mais que são já objeto de um diploma legal

específico (DL 252/94, de 20 de outubro) e que, aliás, serviu de modelo para efeitos de transposição da Diretiva sobre bases de dados. Com efeito, ao invés de alterar o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, o legislador providenciou a proteção legal dos programas de computador e das bases de dados em legislação avulsa, em atenção às especificidades destes bens intelectuais.

Embora a proteção das bases de dados não seja extensiva aos programas de computador utilizados no seu fabrico ou no seu funcionamento, o investimento em programas de computador é um elemento de apreciação do investimento do fabricante da base de dados para efeitos de atribuição do direito especial.

PROTEÇÃO DA BASE DE DADOS PELO DIREITO DE AUTOR

O único critério determinante de proteção das bases de dados pelo direito de autor é, nos termos do DL 122/2000, que constituam criações intelectuais pela seleção ou disposição dos seus conteúdos (art. 4º/1-2). A disposição de modo sistemático ou metódico dos elementos da base é requisito de existência de base de dados para efeitos de proteção jurídica pelo direito de autor ou pelo direito especial do seu fabricante.

a) Originalidade

A proteção pelo direito de autor exige que as bases de dados constituam criações intelectuais pela seleção ou disposição dos respetivos conteúdos. Numa palavra, as bases de dados devem ser originais, seja pelos conteúdos que selecionam (por ex., ruídos urbanos) seja pela forma como os dispõem (forma de apresentação). De todo o modo, originalidade não significa, em direito de autor, genialidade, já que o mérito não é critério de exclusão das obras de reduzido valor literário, artístico ou científico. Exige-se apenas o mérito de ser original no sentido de não ser criação intelectual de outrem.

O critério de originalidade das bases de dados corresponde ao critério já previsto no CDADC para as compilações de obras, tais como seletas, enciclopédias e antologias. Com efeito, estas compilações de obras são aí protegidas como obras equiparadas a originais na medida em que constituam criações intelectuais pela escolha ou disposição das matérias (art. 3º/1-a CDADC).

Por outro lado, o Código prevê a proteção de compilações sistemáticas ou anotadas de textos oficiais (art. 3º/1-c CDADC), sem para o efeito exigir expressamente a sua originalidade. Terá esta norma sido revogada pelo diploma das bases de dados no que respeita à exigência de originalidade para a sua proteção pelo direito de autor? Em alternativa, pode defender-se que esta norma consagra um direito conexo para as compilações sistemáticas ou anotadas de textos oficiais, os quais são excluídos do âmbito de proteção do direito de autor (art. 8º CDADC). Esse direito pertencerá ao editor, salvo se a compilação constituir criação intelectual, pertencendo nesse caso ao respetivo autor.

Admitindo-se a existência desse direito conexo, concluir-se-ia que o direito especial do fabricante de base de dados poderia ter já equivalente no direito interno no que respeita às compilações sistemáticas ou anotadas não originais de textos oficiais.⁴ Aliás a proteção destas compilações ao abrigo do CDADC poderá até ser mais ampla do que a proteção das bases de dados pelo direito especial do fabricante, designadamente em matéria de prazo de proteção.

Por outro lado, no direito português, coexiste a proteção das compilações (originais ou não) com a proteção das bases de dados, no sentido de que as compilações que não reúnam os elementos do conceito de base de dados protegem-se nos termos do CDADC enquanto as compilações que preencham os elementos desse conceito serão protegidas ao abrigo do DL 122/2000.

b) Direito de autor empresarial (corporate copyright)

O acolhimento de interesses empresariais no seio do direito de autor, enquanto instrumento de proteção do investimento, é muito nítido no diploma sobre bases de dados. Os direitos de autor pertencem em princípio ao respetivo criador intelectual, mas os direitos económicos podem ser contratualmente cedidos a terceiro. Além disso, em várias situações, essa cessão opera por força da lei, designadamente no caso de bases de dados criadas por encomenda ou por trabalhador no âmbito de contrato de trabalho, ou ainda quando sejam criadas no âmbito de uma empresa pois se presumem então obras coletivas (art. 5º; v. art. 19º CDADC).

Os direitos morais do autor de bases de dados parecem reduzidos ao direito de paternidade e identificação. O criador pode apenas reivindicar

a autoria e a sua identificação na obra (art. 8º). O direito à integridade e à genuinidade da obra é afastado dos direitos morais, ao excluir-se expressamente (art. 5º/5) a aplicação do nº 2 do artigo 15º do CDADC, nos termos do qual: «A faculdade de introduzir modificações na obra depende do acordo expresso do seu criador e só pode exercer-se nos termos convencionados.» Esta solução atende à natureza dinâmica e utilitária das bases de dados e baseia-se na letra dos instrumentos comunitários, que incluem, ao arremio da Convenção de Berna, os atos de modificação no direito exclusivo de exploração económica.

Quanto aos direitos económicos, a definição de atos de reprodução é muito ampla, juntando-se-lhe a transformação e a colocação em circulação ou distribuição de exemplares (sujeita ao esgotamento comunitário) e ainda os atos de comunicação ao público (art. 7º). Relativamente, à utilização livre, é excluída a reprodução para uso privado de bases de dados eletrónicas e, para além de situações específicas para fins didáticos ou científicos e para fins de segurança e justiça, são permitidas as formas de utilização livre previstas no artigo 75º do CDADC «sempre que se mostrem compatíveis» (art. 10º/1-d). A duração do direito de autor segue a regra geral dos 70 anos *post mortem auctoris* (art. 6º).

Como direito mínimo imperativo do utente legítimo prevê-se a prática dos atos necessários «ao acesso à base de dados e à sua utilização, na medida do seu direito», (art. 9º). Sendo que a legitimidade do utente dependerá de autorização contratual ou legal de utilização da base protegida.

DIREITO ESPECIAL DO FABRICANTE DE BASE DE DADOS

a) Direito de extração e de reutilização – quadro geral

Ao fabricante de base de dados é atribuído um direito especial sobre o seu conteúdo, independentemente de a respetiva estrutura ser ou não original para efeitos de proteção pelo direito de autor. Trata-se do direito exclusivo de extração e/ou de reutilização, total ou parcial, de partes substanciais do conteúdo de bases de dados quando a sua obtenção, verificação ou apresentação represente um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo. O direito exclusivo abrange ainda partes não substanciais da base quando a sua extração e/ou reutilização ocorra de forma sistemática e contrária à exploração normal dessa base ou possa causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu fabricante (art. 12º).⁵

O direito especial é apresentado unitariamente, embora se desdobre em duas faculdades relativas a dois atos distintos: o direito de extração e o direito de reutilização. A distinção é importante nomeadamente em sede de limites e exceções ao direito.

Por outro lado, o direito especial, que não deriva de nenhum instrumento internacional, «pode ser transmitido ou objeto de licenças contratuais» (art. 13º) e dura 15 anos, embora a mesma base possa ser objeto de prazos de proteção sucessivos sempre que nela sejam introduzidas modificações substanciais (art. 17º).

São previstos como livres certos atos para fins didáticos ou científicos, fins de segurança pública ou de processo administrativo ou judicial. Os fins de informação que fundamentam diversas utilizações livres em sede de direitos de autor não têm aqui lugar, o mesmo sucedendo com a extração para uso privado de conteúdo de base de dados eletrónica.

Por outro lado, o direito especial do fabricante beneficia da tutela das medidas técnicas de proteção, não estando expressamente salvaguarda a prevalência de nenhuma utilização livre sobre esse direito especial (CDADC, art. 217º e seg.).

Na definição do sentido e alcance do direito especial do fabricante destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Com Este Tribunal tem sido chamado a pronunciar-se sobre diversas questões suscitadas a propósito do direito especial do fabricante, designadamente os requisitos do direito especial.⁶

b) Criação v obtenção: O requisito do investimento independente (Fixtures Marketing)

Os organizadores da liga inglesa e escocesa de futebol elaboram listas com as partidas a serem jogadas durante a época. Mandataram a empresa *Fixtures Marketing* para representar os seus direitos de propriedade intelectual sobre essas listas e para negociar a sua exploração fora do Reino Unido. A OAPAP, o operador monopolístico do jogo na Grécia, usou a informação dessas listas nas suas atividades. A *Fixtures* invocou violação do direito especial.

No acórdão *Fixtures Marketing c. Veikkaus/OPAP* (C-46/02 e C-444/02, 9/11/2004), o TJUE decidiu que a noção de base de dados abrange listas de partidas de futebol, incluindo horários, composição das equipas e resultados dos jogos, pois refere-se a qualquer compilação de obras, dados ou outros materiais, independentes uns dos outros sem que o valor dos seus conteúdos seja afetado, incluindo um sistema de recuperação dos seus elementos constitutivos.

No entender do TJUE, o requisito de um investimento na obtenção dos conteúdos de uma base deve ser entendido no sentido de recursos utilizados para pesquisar e recolher materiais existentes em contraposição com os recursos usados para criar os materiais. Por essa razão, para aplicar o direito especial nos casos em que o fabricante da base de dados é igualmente o criador dos seus conteúdos é necessário apurar um *investimento independente* em sede de pesquisa e recolha, apresentação ou verificação dos conteúdos da base de dados.

Por essa razão, no contexto da organização de grelhas da liga de futebol, os recursos utilizados para estabelecer as datas, horas e pares de equipas para as várias partidas na Liga não seriam independentes dos recursos utilizados para a obtenção desses dados, pelo que não poderiam ser tidos em conta para efeitos de aplicação do direito especial.

Nesta ordem de ideias, no caso *British Horseracing* (C-203/02, Col. 2004, I-10365), o TJUE decidiu que o mero investimento na criação dos conteúdos de uma base de dados não é suficiente para que o direito *sui generis* se aplique, a menos que a obtenção, verificação ou apresentação dos dados na base de dados represente um *investimento substancial independente*. Ora, os recursos utilizados na elaboração de uma lista de cavalos numa corrida e os recursos utilizados para fazer verificações nesse contexto não representariam um investimento independente em obter e verificar os conteúdos da base de dados na qual essa lista aparece.

Por outro lado, o facto de os conteúdos de uma base de dados terem sido disponibilizados ao público pelo seu fabricante ou com o seu consentimento não afetaria o direito do fabricante de impedir atos de extração e/ou de reutilização de toda ou de uma parte substancial dos conteúdos da base, já que a disponibilização pública da base de dados não esgota o direito *sui generis*.

c) *Extracção: Uma noção ampla*

No âmbito de um projeto universitário, Mr Knoop compilou e publicou na internet a antologia de poemas “Os 1100 mais importantes poemas na literatura alemã entre 1730 e 1900”. Posteriormente a *Directmedia* comercializou um CD-Rom intitulado “1000 poemas que toda gente deveria ter”, contendo 856 dos poemas também referidos por Mr Knoop.

Em causa estava saber se o conceito de extração abrange a transferência de dados de uma base para outra por meio de consulta e reprodução em suporte analógico, reiteradamente, desses dados.

No acórdão *Directmedia* (C-304/07, 9/10/2008), o TJUE decidiu que a transferência por via analógica ou digital de material de uma base de dados protegida para outra base de dados na sequência de uma consulta no ecrã da primeira base e de apreciação individual do material contido nessa primeira base é suscetível de constituir uma extração no sentido do artigo 7 da Diretiva 96/9, na medida em que -o que caberá ao tribunal *a quo* apurar-essa operação represente transferência de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, dos conteúdos da base de dados protegida, ou transferências de partes não substanciais que, pela sua natureza reiterada ou sistemática, resultem na reconstrução de uma parte substancial desses conteúdos. O modo de operação da extração, analógico ou digital, não é relevante, o mesmo valendo para o seu propósito.

Caso semelhante foi decidido no acórdão *Apis v. Lakorda* (C-545/07, 5/3/2009). *Apis* e *Lakorda* comercializavam bases eletrónicas de dados jurídicos oficiais. A *Apis* acusou a *Lakorda* de ter incorporado mais de 80% da informação recolhida e processada pela *Apis* nas suas bases de dados, incluindo diversos acórdãos ainda não publicados. Chamado a pronunciar-se sobre o sentido dos termos extração e parte substancial, o TJUE decidiu no acórdão *Apis v. Lakorda*, que o critério decisivo para apurar o carácter temporário ou permanente de uma extração é a duração do armazenamento do material extraído em suporte diferente do da base de dados. O objetivo da extração, a modificação do material extraído ou diferenças na organização estrutural da segunda base de dados não afastariam a existência de uma extração. Por outro lado, o facto de que as características físicas e técnicas do conteúdo da base de dados protegida também figurarem nos conteúdos de uma base de dados feita por outra pessoa poderia ser interpretado como prova de extração no sentido

do artigo 7 da Diretiva 96/9, a menos que essa coincidência possa ser explicada por outros fatores que não a transferência entre as duas bases em questão.

No entender do Tribunal, o facto de os dados de uma base, obtidos por fontes não acessíveis ao público, também aparecerem em outra base não faz, só por si, prova da extração, mas pode constituir indício de extração. Por outro lado, o facto de os dados de uma base serem obtidos em fontes não acessíveis ao público pode indiciar um investimento substancial na obtenção desse material em função dos recursos utilizados. Finalmente, o facto de parte do material estar acessível ao público não afasta a possibilidade de extração nem de existência de investimento substancial.

d) Organismo público e empresa

O TJUE foi também chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se um organismo público que recolhe e processa dados que as empresas são obrigadas por lei a entregar-lhe constitui empresa para efeitos do direito da concorrência.

A *Compass-Datenbank* é uma sociedade comercial de responsabilidade limitada da Áustria que tem por atividade serviços de informação. Operava uma base de dados que contém informação económica, designadamente extratos do *Firmenbuch* (RNPC) no qual é registada a informação fornecida pelas empresas.

O Governo da Áustria estabeleceu uma rede de agências com o poder exclusivo de prestar serviços remunerados relativamente à informação do *Firmenbuch* e obteve do Tribunal de Comércio de Viena uma providência cautelar que impedia a *Compass-Datenbank* de usar os dados do *Firmenbuch*, incluindo armazenamento, reprodução e transmissão desses dados.

A *Compass-Datenbank* não se conformou com esta decisão e, na sequência de um processo judicial atribulado, o Supremo Tribunal Austríaco apresentou ao TJUE um pedido de decisão preliminar para saber se o conceito de empresa do artigo 102º TFUE abrange organismos públicos que guardam numa base de dados a informação que lhes é reportada pelas empresas no cumprimento de obrigações legais e que prestam serviços remunerados de pesquisa e de impressão desses dados, proibindo qualquer outra utilização.

No acórdão *Compass-Datenbank* (C-138/11, 12/7/2012), o TJUE considerou não constituir uma atividade económica a atividade de um organismo público que consiste em armazenar numa base de dados a informação que as empresas são obrigadas por lei a comunicar-lhe, em facultar a pesquisa dessa informação a terceiros e/ou em fornecer-lhes impressões pagas desses dados, proibindo qualquer outra utilização desses dados com base nomeadamente no direito especial do fabricante de bases de dados. Por conseguinte, o organismo público que exerce essa atividade não deverá ser considerado empresa para efeitos do direito da concorrência da União Europeia, designadamente a proibição de abuso de posição dominante (art. 102º TFUE).

e) Licenças compulsórias por abuso de posição de dominante

A IMS é uma empresa que presta serviços de informação relacionados com dados de vendas às empresas farmacêuticas na Alemanha. Esses dados eram apresentados aos clientes segundo uma estrutura modular tipo tijolos (*brick structure*) cada um correspondendo a determinada área geográfica definida segundo critérios como a densidade populacional e a distribuição geográfica das farmácias. A IMS também facultava esses dados gratuitamente às farmácias e aos médicos. Com o passar dos anos a sua base tornou-se o padrão da indústria em sede de sistemas de informação e de distribuição destes dados do setor farmacêutico.

Por seu turno, a NDC adquiriu uma empresa antes detida por um gerente da IMS para operar no mesmo sector da IMS. Como os clientes manifestavam preferência pelo formato da IMS, a NDC começou a utilizar estrutura semelhante. A IMS reagiu por violação de direito de autor. A NDC invocou abuso de posição dominante já que a IMS recusava conceder-lhe licença de utilização da base.

Tendo em conta a jurisprudência precedente sobre licença compulsória por abuso de posição dominante⁷, o TJUE decidiu no acórdão IMS (C-418/01, IMS Health/NDC Health), que a titularidade de direito de propriedade intelectual não constitui, só por si, posição dominante e que a recusa de licenciar tal direito só em circunstâncias excecionais representará abuso dessa posição. Por outro lado, para saber se o acesso a um determinado recurso é indispensável à entrada ou manutenção num certo mercado, deve determinar-se a existência de produtos alternativos que possibilitem soluções alternativas e ainda se existem obstáculos legais, técnicos ou económicos que

impossibilitem ou tornem excessivamente onerosa a criação de produtos ou serviços alternativos.

Para saber se é abusiva a recusa por uma empresa em posição dominante de conceder licença de utilização de uma estrutura modular protegida pelo direito de propriedade intelectual de que é titular seria necessário aferir, em primeiro lugar, a indispensabilidade dessa estrutura, relevando aqui como fatores de apreciação o nível de participação dos utilizadores no desenvolvimento da estrutura e a dificuldade, nomeadamente em termos de custos, por parte dos utilizadores potenciais em adquirirem estudos sobre vendas regionais de produtos farmacêuticos apresentados com base numa estrutura alternativa.

O TJUE concluiu que a recusa de conceder licença constitui abuso de posição dominante se a empresa que solicita a licença pretende oferecer, no mercado dos dados em questão, novos produtos ou serviços não oferecidos pelo titular da propriedade intelectual e para os quais exista procura potencial (1), a recusa não encontrar razões objetivas de justificação (2), e por via da recusa o titular do direito reservar para si o mercado do fornecimento de dados sobre vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em questão por via da eliminação de toda a concorrência nesse mercado (3).

Em suma, para que a recusa de licenciar a utilização de uma obra protegida pelo direito de autor, indispensável para exercer uma determinada atividade económica, constitua abuso de posição dominante, basta que estejam preenchidas três condições cumulativas: 1) que a recusa impeça a emergência de um novo produto para o qual exista potencialmente procura dos consumidores; 2) que a recusa seja injustificada; 3) que a recusa possa afastar qualquer concorrência num mercado secundário. O Tribunal indicou, ainda, que a dependência de potenciais clientes do bem ou serviço protegidos, bem como os altos custos em encontrar um bem alternativo, devem ser tidos em conta como fatores de aferição da indispensabilidade do acesso a essa estrutura (*essential facilities*).

O Tribunal sublinhou não ser suficiente que a parte que solicita o acesso pretenda duplicar os bens ou serviços já oferecidos no mercado secundário pelo titular da propriedade intelectual. Ou seja, a licença compulsória não terá justificação se for para fazer o mesmo mas apenas se for para fazer melhor ou diferente.⁸

NOTAS

* Comunicação apresentada no dia 18 de maio de 2013 no IV Curso Pós-graduado de Direito Intelectual (Módulo II - Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor), organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).

¹ Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, JO nº L 077 de 27/03/1996, pp. 20-28.

² Doravante, salvo outra indicação, os artigos citados pertencem a este diploma.

³ Veja-se a este propósito a Lei 12/2005, de 26 de janeiro, sobre informação genética pessoal e informação de saúde, incluindo bancos de DNA e outros produtos biológicos, embora estes últimos não sejam dados em sentido específico mas antes “outros elementos independentes” para efeitos da noção de bases de dados.

⁴ Outras normas do CDADC consagram direitos do editor, nomeadamente o preceito que atribui proteção semelhante aos direitos patrimoniais do autor pelo prazo de 25 anos a quem fizer publicar ou divulgar licitamente obra inédita já caída no domínio público (art. 39º).

⁵ Por exemplo, no caso *eBay*, o Landgericht de Berlim, na sentença de 27 de outubro de 2005, decidiu que as bases de dados do leilão eletrónico *eBay* na Europa eram protegidos pelo direito *sui generis*, em virtude de serem organizadas de forma sistemática e de a *eBay* ter realizado investimentos substanciais na sua produção, traduzindo-se nos seus custos de construção e manutenção. O tribunal entendeu ter ocorrido violação do direito em virtude de o seu conteúdo ter sido copiado, considerando irrelevantes não apenas o facto de os dados serem publicamente acessíveis mas também o facto de o réu ter organizado esses dados de forma diferente. Ver também a decisão *Hit Bilanz* do *Bundesgerichtshof* de 21 de Julho de 2005 - [http://www.ivir.nl/files/database/index.html# Implementation](http://www.ivir.nl/files/database/index.html#Implementation).

⁶ No direito comparado, o direito *sui generis* do fabricante de base de dados continua uma figura estranha ou alienígena. É significativa a resistência nos EUA no que respeita à introdução de um direito semelhante a este direito. O princípio do livre fluxo da informação é considerado um valor fundamental que os tribunais invocam para recusar proteção a meros factos pelo *copyright*, incluindo as chamadas *hot-news* tal como decidido no caso *National Basket Association and NBA Properties v. Motorola* (US Court of Appeal, 1997). Além disso, no caso *Feist* (1991), o *Supreme Court of Justice* afastou-se do tradicional critério do ‘suor na testa’ para passar a exigir um mínimo de originalidade (*modicum of creativity*) como critério de proteção de bases de dados pelo *copyright*, para além de excluir os meros factos. Resta, assim, a via contratual sancionada no caso *ProCD v. Zeidenberg* (1996) e em decisões posteriores da jurisprudência norte-americana. Pelo que, apesar de não ser estabelecida a proteção legal do conteúdo de bases de dados não originais, a jurisprudência acaba por permitir um efeito semelhante ao validar as *licenças de plástico* e de *aceite-clicando* relativas à utilização dessas bases (e.g. listas telefónicas). Vide <http://www.copyright.gov/reports/db4.pdf>.

⁷ Designadamente os acórdãos *Magill* (C-242/91, Col. 1995, I-00743), *Volvo v. Veng* (Col. 1998, p. 6211), *CBEM et al* (C-311/84, Col. 1985, p. 3261) e *Oscar Bronner* (C-7/97, Col. 1998-I, p. 7817).

⁸ A jurisprudência do acórdão *IMS/Health* foi objeto de desenvolvimentos posteriores no acórdão *Microsoft* (T-201/04, Col. 2007, II-03601).

REFERENCIAS

- Ascensão, José de Oliveira. (2002). Bases de dados electrónicas: O estado da questão em Portugal e na Europa, *Direito da sociedade da informação*, Vol. III, Coimbra Editora.- Garcia Marques / Lourenço Martins (2006). *Direito da informática*, 2.ª ed. Almedina.
- Gonçalves, Maria Eduarda. (2003). *Direito da informação - novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, 2.ª ed. Almedina.
- Mello, Alberto Sá e. (1999). Tutela jurídica das bases de dados (a transposição da Directriz 96/9/CE), *Direito da sociedade da informação*, Vol. I, Coimbra Editora.
- Pereira, Alexandre L. Dias. (2010). Bases de dados e direito sui generis, *Direito Industrial*, Vol. VII, Almedina.
- Pereira, Alexandre L. Dias. (2009). *Inovação tecnológica, Propriedade Intelectual e defesa da concorrência no mercado do software*, BFDUC 85, pp 237-259.
- Pereira, Alexandre L. Dias. (2008). *Direitos de Autor e liberdade de informação*. Almedina.
- Pereira, Alexandre L. Dias. (2001). *Informática, Direito de Autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra Editora.
- Vicente, Dário Moura. (2009). *A tutela internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina.