



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**ENTRE CONTRADIÇÕES: A AUTORIA E A TITULARIDADE DO DIREITO
DE AUTOR RELATIVO À OBRA INTELECTUAL**

A problemática à luz do artigo 14º do Código do Direito de Autor e dos Direitos
Conexos

Sara Choupina

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2016

**ENTRE CONTRADIÇÕES: A AUTORIA E A TITULARIDADE DO DIREITO
DE AUTOR RELATIVO À OBRA INTELECTUAL**

A problemática à luz do artigo 14º do Código do Direito de Autor e dos Direitos
Conexos

Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios
Sob a orientação de: Professora Doutora Maria Victória Rocha

Sara Choupina

Faculdade de Direito | Escola do Porto
outubro de 2016

*À minha mãe, personificação da força
ao meu pai, pelo exemplo
à Rita e à Flávia, pela inesgotável paciência
à Professora Doutora Maria Victória Rocha, pela dedicação incansável*

“ Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”

Universal Declaration of Human Rights

RESUMO

A análise ora encetada versa sobre a atribuição da autoria e da titularidade originária sobre as obras intelectuais nos casos excepcionais do artigo 14º do Código de Direito do Autor e Direitos Conexos, *v.g* contrato de encomenda e contrato de trabalho. Porque o artigo em questão falha na clareza da estatuição e uma vez que a sua compreensão reside na *ratio* enformadora do sistema jurídico (autoria humana) em cujo regime português se insere, propusemo-nos fazer uma leitura sistemática, comparatística e dogmática.

A problemática afigura-se de elevado interesse, não apenas pela divergência doutrinal existente, mas sobretudo porque encerra duas vertentes de diagnóstico. Uma de foro prático, porquanto a determinação da autoria e da titularidade originária contende com a circunscrição das faculdades pessoais e patrimoniais *jusautorais* na esfera jurídica do autor e outra de origem *axio-filosófica*, pois que a putativa exceção elencada no art. 14º do *Código de Direito do Autor e Direitos Conexos* pode resultar na subversão das premissas do ordenamento *jusautorais* nacional.

Por conseguinte, temos por objetivo evidenciar o espírito da lei, denunciando as suas fragilidades e contradições e compreender porque não pode o artigo em questão excepcionar a *ratio* do regime *jusautorais* português.

PALAVRAS-CHAVE: autoria, titularidade originária, direitos pessoais, criador, contratos de trabalho criativo, contrato de encomenda.

ABSTRACT

The ensuing analysis regards the problematic of assigning authorship and first ownership of the copyright in a work created under the exceptional circumstances of article 14 of *Código de Direito do Autor e de Direitos Conexos* e.g employment contracts and commission contracts. Given the legal uncertainty triggered by the previously stated norm and since its comprehension lies within the philosophical foundation (creators doctrine) of the legal system in which the Portuguese legal framework is inserted we have performed a systematic, comparative and dogmatic analysis.

We emphasize the relevance of said problematic not only due to its divergent doctrinal interpretation but given the two lines of thought that it entails. On the one hand there is the question related to the ownership of both moral and material rights, on the other hand the hypothetical subversion of the Portuguese copyright legal principles.

Consequently, our main goal is to clarify the spirit of the law, demonstrating its weaknesses and contradictions and highlighting the reasons why article 14 of *Código de Direito do Autor e de Direitos Conexos* shall not be deemed as an exception to the creators doctrine.

KEYWORDS: authorship, first ownership, moral rights, creator, employment contract, commission contract.

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------------------|-----------|
| Introdução | 11 |
| 1. Considerações Preambulares | 13 |
| 1.1 Droit d’auteur e Copyright | 13 |
| 1.2 Moral Rights e Droit Morals | 14 |
| 1.3 Caso Português | 16 |
| 1.4 Estrutura | 18 |
| 2. A Titularidade e a Autoria | 20 |
| 2.1 A problemática | 20 |
| 2.2 Ambiguidade terminológica | 25 |
| 2.2.1 Paralelismos Jurídicos | 29 |
| 2.2.2 As soluções no direito comparado..... | 31 |
| 2.3 A discussão dogmática | 35 |
| 2.4 A obra coletiva..... | 38 |
| 2.5 As soluções | 40 |
| Conclusão | 44 |
| BIBLIOGRAFIA | 46 |

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|----------|--------------------------------------------------------|
| Ac. | Acórdão |
| Art. | Artigo |
| Arts. | Artigos |
| CB | Convenção de Berna |
| CC | Código Civil |
| CDADC | Código de Direito do Autor e dos Direitos Conexos |
| CDPA | Copyright, Designs and Patents Act (UK) |
| Cfr. | Conferir |
| CPI | Code de la Propriété Intellectuelle |
| CDADC | Código do Direito de Autor e Direitos Conexos |
| CDE | Code de Droit Economique (Bélgica) |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| Dir. | Diretiva |
| DL | Decreto-Lei |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos do Homem |
| Ed. | Edição |
| EM | Estados Membros |
| Ibid. | <i>Ibidem</i> |
| LPI | Ley de Propiedad Intelectual |
| L.aut.it | Lei autoral italiana (Lei nº 633 de 2 de Abril, 1941) |
| N | Nota |
| Nº | Número |
| Op.cit | <i>Opere Citato</i> |
| P. | Página |
| Pp. | Páginas |
| Pt. | Ponto |

| | |
|-----------|---------------------------------------|
| Proc. | Processo |
| RL | Relator |
| Ss. | Seguintes |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| UE | União Europeia |
| UhrG | Urheberrechtsgesetz |
| UhrG aus. | Urheberrechtsgesetz austriaco |
| US.Copy.L | United States Copyright Law |
| VARA | Visual Artists Rights Act |
| Vd. | <i>Vide</i> |
| Vg. | <i>Verbi gratia</i> |

Introdução

A constatação da relação simbiótica entre criação intelectual e crescimento económico é inescapável¹, sendo imperativo harmonizar a tutela daquele que é sua força motriz, o criador, e dos exploradores económicos, enquanto primaciais transformadores das obras em ativos económicos integráveis no mercado. Progressivamente ultrapassada a conceção do criador solitário é frequente a sua integração em relações contratuais tendentes à criação, v.g contratos de trabalho e de encomenda, e por isso anteriores à própria formação do direito autoral.

As normas relativas a estes tipos contratuais, que indelevelmente contendem com a estatuição da autoria e da titularidade originária do direito de autor, são matizadas pelas tradições jurídicas em que se inserem. Integrando-se o regime no sistema anglo-saxónico a tónica legislativa centrar-se-á na promoção e tutela do investimento, percebendo-se a naturalidade com que a titularidade originária e autoria são atribuídas ao comitente/empregador. Por sua vez, integrando-se no sistema continental, o escopo tutelador firmar-se-á na criação, enquanto expressão da singularidade e individualidade do criador, não se admitindo como titular originário e autor outrem que não criador.

O regime português integra-se na tradição continental, sendo a tónica de proteção a criação e o princípio basilar, a autoria humana. Tal é espelhado nos arts. 11º e 27º do CDADC que respetivamente, delineiam a atribuição originária do direito de autor e a imputação da autoria, sem descartar, obviamente, a proteção do investimento, por vezes reforçada em detrimento da do criador.

O pomo da discórdia, *ratio* da análise por nós encetada, reside precisamente em compreender se a exceção que é elencada nos artigos *supra* é a resultante das previsões do art. 14º do CDADC, que referindo-se aos contratos de encomenda e de trabalho, parece no seu nº1 possibilitar a convenção da titularidade originária (e como veremos a autoria), ao empregador/comitente, presumindo-a no nº 3. Esta discussão afigura-se premente, não apenas pelos efeitos práticos que encerra, v.g circunscrição total dos direitos patrimoniais e pessoais na esfera jurídica de outrem que não o criador mas, sobretudo, porque espelha o fito enformador do regime *justautoral* português e, portanto, a sua tónica.

¹ *Vd.* COMISSÃO 2010, 5ss.

Alertamos o leitor que a presente dissertação, mais do que procurar uma solução para o problema em mãos, visa expor as suas fragilidades, explicitando as suas contradições, tendo por barómetro a premissa *axio-filosófica* que balizou o ordenamento *jusautor* português e lhe confere densidade e coerência.

1. Considerações Preambulares

1.1 *Droit d'auteur e Copyright*

Para compreender o Direito de Autor contemporâneo e, em particular, as soluções *jusautorais* nacionais, afigura-se imprescindível a sua perscrutação ontogénica. Este ramo do Direito parte de um fundamento *axio-filosófico* particularmente demarcado, tingindo indelevelmente a *praxis* legislativa.

Curiosamente, a primeira manifestação de proteção autoral surge em benefício dos impressores e, portanto, do investimento. A estes eram concedidos privilégios², monopólio de impressão e distribuição, garantindo-lhes a exploração económica da obra e, conseqüentemente, reduzindo o autor a um mero executante. Alteração paradigmática resulta da inaugural consagração legal do Direito de Autor pela Lei da Rainha Ana (1709/10), que passa a tutelar o próprio autor, colmatando as pretensões de proteção dos criadores com a afirmação da sua propriedade sobre a criação. Sob a premissa da promoção da ciência e do incentivo à aprendizagem³, e inspirado na filosofia lockeana da propriedade, afloram-se aquelas que ainda hoje são as premissas do sistema anglo-saxónico: a funcionalidade e a alienabilidade dos direitos autorais. Em contrapartida, forjada pelos ideais da Revolução Francesa, pela exaltação dos valores humanistas kantianos, surge o sistema continental *jusautorais*, v.g. *droit d'auteur*. É a consagração do “ser humano enquanto ser criador”⁴ que o justifica, não obstante a suscetibilidade de exploração económica da obra.

Embrionariamente idênticos, os sistemas partem de uma mesma constatação, de que a criação intelectual, pelo seu valor económico, político e cultural, era digna de tutela legal. Contudo, como num qualquer processo mitótico, inúmeras mutações condicionaram o seu desenvolvimento, conferindo-lhes características frequentemente antitéticas⁵.

² DRUMMOND 2015, 601-628.

³ SILVA 2013, 1136.

⁴ PEREIRA 2008, 80.

⁵ É premente aludir às premissas demonstrativas da divergência legislativa entre o sistema anglo-saxónico, forjado sob a premissa do *ownership*, valorizando a materialidade, a comercialização e a proteção do investimento, do *droit d'auteur*, que tem por base matricial a conexão umbilical criador-obra e a atividade criadora como *ratio* e fundamento da tutela *jusautorais*. Não nos interessa apenas circunscrever as dissemelhanças, mas perceber a sua lógica legislativa. Encetando pela inexigibilidade de fixação no direito continental em detrimento da sua obrigatoriedade no regime anglo-saxónico, descortina-se a relevância do ato criativo e a primazia que se atribui à obra intelectual enquanto tal, em oposição à conceção mercantilista

Compreendem-se agora as dissemelhanças etimológicas, hermenêuticas e, conseqüentemente, político-legislativas do Direito de Autor continental e anglo-saxónico. No primeiro é privilegiada a tutela do autor, enquanto sujeito criador, no segundo é exaltada a obra, enquanto veículo de disseminação cultural em benefício do interesse público, com particular ênfase comercial e negocial⁶.

Chegados aqui, cumpre-nos antecipar uma das nossas teses, independentemente da tónica de proteção, os dispositivos normativos devem refletir a *ratio jusautoral* daquele ordenamento jurídico, sob pena da subversão do seu propósito e da edificação de um conflituante e problemático colosso jurídico. O sistema continental é particularmente afetado pelo conflito económico-filosófico característico da divergência de interesses dos seus principais atores. De facto, de forma quase esquizofrénica assiste-se frequentemente à subversão da premissa base deste sistema e à conseqüente “vitimização do sujeito-criador”⁷.

1.2 *Moral Rights e Droit Moral*⁸

Havendo diferenças a registar quanto ao tratamento patrimonial nos vários regimes, não há maior expressão da relação autor-obra e mais clara demonstração da atitude do legislador quanto ao objeto a proteger (se o autor, enquanto ser criador, se a obra, enquanto vetor de inovação e transação) do que a pertinência (ou falta dela) e integração no catálogo intelectual normativo dos direitos pessoais do autor. De facto, a inclusão destes direitos na maioria dos catálogos *jusautorais* continentais não foi

de foco transaccional da “mercadoria”. Relativamente à originalidade, ainda que, condição *sine qua non* nos dois sistemas, percebe-se a exigência de um maior nível criativo no *droit d’auteur* em comparação com o *sweat of the brow* anglo-saxónico, verificando-se no primeiro caso a exaltação do espírito criativo do autor e no segundo a recompensa pelo investimento na novidade. Sobre a aferição da originalidade veja-se o caso *Infopaq*, que enaltece o esforço criativo do autor físico como fundamento da tutela jusautoral. Por fim, repare-se naquele que é talvez o *punctum crucis* da discórdia, a atribuição *ab initio* da titularidade dos direitos de autor a outrem que não criador. Saliente-se a facilidade com que o sistema de copyright atribui *ab initio* a titularidade e autoria a entidades empresariais privilegiando a organização e o investimento, em detrimento do papel do criador e da sua atividade intelectual, estes últimos barómetro da consagração legislativa dos sistemas continentais. Compreende-se a vedação da possibilidade *supra* na maioria dos sistemas continentais, *vd.* SILVA 2013, 1331-1387, AKESTER 2013, 27-38 e PEREIRA 2008, 240-265.

⁶ *Vd.* PATTERSON 2003, 916-919 e 945 ss.

⁷ DRUMMOND 2015, 622. Este autor fala de um “deficit filosófico” que “fortalece o valor económico às justificativas” autorais.

⁸ Terminologicamente mais correto substituímos de ora em diante direito moral por pessoal *vd.* ALMEIDA 2001, 1072-1076.

acidental, mas antes a consagração legal do “vínculo indissolúvel que liga a obra de engenho a quem a cria”⁹¹⁰¹¹.

Ínsito no ADN continental, fruto do labor jurisprudencial franco-alemão, a tutela de direitos não económicos e sua integração na lei intelectual contrasta ostensivamente com a posição anglo-saxónica¹². Com base na premissa de que o autor possui um direito pessoal indisponível sobre as suas obras, resultado da íntima conexão de ambos¹³, foram desenvolvidos quatro aspetos da tutela pessoal, comumente aceites: direito à paternidade – direito de se afirmar como criador da obra e evitar a apropriação da autoria por outrem; integridade – objeção à modificação da criação; inédito – direito de decidir o quando e o se da divulgação da obra; retirada – faculdade de retirar a obra de circulação.¹⁴ Diferentemente do que alguns autores preconizam, o fito destes direitos não é proteger a obra em si, mas garantir a atribuição de um acervo de faculdades que permitam a apresentação e conservação da obra como o autor a idealizou¹⁵.

Sem nos alongarmos mais evidenciamos que tanto o regime francês, como o alemão e o italiano, ainda que marginalmente diferentes¹⁶ acordam na tutela pessoal concedida exclusivamente à pessoa física criadora, sua integração no regime *jusautorale* e sua indisponibilidade.

⁹ CASELLI 1960, 695 *apud*. ALMEIDA 2001, 1079.

¹⁰ Nem todos os ordenamentos continentais regulam a vertente pessoal *jusautorale* de igual forma. A Suíça, ao contrário da Alemanha, Itália ou França, não inscreveu a vertente pessoal dos direitos de autor na sua lei autoral, mas protege-a civilisticamente com base no direito geral da personalidade do autor, *vd.* RIGAMONTI 2006, 391-399.

¹¹ Demonstrativo do fundamento humanístico do Direito de Autor é a sua consagração enquanto Direito do Homem no art. 27º do DUDH.

¹² O US.Copy.A. não possuía qualquer disposição relativamente aos direitos pessoais até 1990 com a amend (§ 106ª US.Copy.A.) introduzida pelo VARA. Contudo, não só o âmbito tutelar é diminuto, abarcando exclusivamente as artes visuais, como o é a consagração dos direitos, resumindo-se ao direito de integridade e paternidade, cumprindo os mínimos definidos no art. 6ºbis da CB. Note-se ainda que estes direitos são renunciáveis e atribuíveis quer ao autor físico, quer ao “autor” empregador como frequentemente acontece nas denominadas “*works made for hire*”. (§ 201(a) US.Copy.A.). A doutrina mostra-se irredutível apreciando de forma negativa a existência desta vertente alertando para a sua contraprodução económica e ineficácia protetora, reiterando a incompatibilidade filosófica e negocial do sistema anglo-saxónico com a consagração legal do direito pessoal de autor, *vd.* COTTER 1997, 37 e 84ss, CHINNI 1992 173ss e FIELKOW 1997, 218ss.

¹³ Esta conexão, inspirada na filosofia *jus personalística kantiana*, resulta da constatação de o que direito de autor não se reduz a um mero direito real, porquanto é inato e inerente à própria pessoa. Opõe-se à conceção anglo-saxónica que percebe o acervo *jus pessoal* como instrumental à integridade e honra da própria obra e procura ceifar qualquer amarra que prejudique os interesses dos intermediários comerciais *cfr.* MANZANO 2011, 16, 20-31.

¹⁴ PEREIRA 2008, 464.

¹⁵ GERALDO ALMEIDA fala na “defesa da personalidade criativa refletiva na obra” *vd.* ALMEIDA 2001, 1079 e FERRI 1984,143-150 *apud.* VITORINO 1995, 61. Igualmente REBELLO 2002, 50.

¹⁶ *V.g* perpetuidade dos direitos pessoais na lei francesa L121-1 CPI.

Não desconhecendo os conceitos acima enunciados, e tendo em conta a recente consagração legal que se tem vindo a registar nas tradições anglo-saxónicas¹⁷, entendemos, que a cisão sistemática reside na forma como é justificada e conceptualizada a vertente pessoal dos direitos autorais¹⁸.

Assim, reiteramos que sendo o propósito do Direito de Autor continental a tutela do autor (criador) e a proteção dos direitos pessoais a sua expressão máxima, os legisladores nacionais não podem, dissimuladamente, veicular infiltrações subversivas do bem jurídico a salvaguardar.

1.3 Caso Português

Na sequência dos considerandos *supra* vertidos, parece-nos premente aferir da (in)coerência dos comandos normativos intelectuais portugueses.¹⁹

O direito português teve uma evolução *axio-filosófica* similar à dos seus pares continentais, perfilhando e inspirando-se, em particular, nos postulados franceses²⁰. Não obstante, fruto da evolução legislativa própria, regista algumas diferenças, que em comparação denotam uma certa incongruência, não só entre as respetivas disposições, mas, sobretudo, em relação ao bem jurídico tutelado.²¹²²

¹⁷ Já relatamos a tímida e ineficaz mudança legislativa nos EUA, no Reino Unido cumpre-nos referir que foi introduzido com o CDPA (1988) um capítulo dedicado aos direitos pessoais do autor, contudo em virtude das muitas limitações e exceções- violação da titularidade do autor apenas se afirmada contratualmente *a priori*, inaplicabilidade dos direitos de paternidade e integridade na relação laboral e nas obras coletivas, possibilidade de renúncia dos pressupostos pessoais *vd.* §77(1), 79(2), 87(1) CDPA-, o seu âmbito é parco e por isso substancialmente simbólico *cfr* ROUXINOL 2014, 124.

¹⁸ *Cfr.* RAJAN 2013, 123ss

¹⁹ Cientes da ênfase dada à perscrutação ontogénica do Direito de Autor, recuamos um pouco mais na aferição da intenção do legislador, relembrando as palavras de BAPTISTA MACHADO “um direito (...) exprime-se através de códigos (...) por isso mesmo (...) [os] complexos [normativos] sistematizados têm de se articular coerentemente uns com os outros. (...) O autor do projeto tem que começar por documentar-se minuciosamente sobre a história legislativa do sector em causa, sobre a jurisprudência, sobre os dados do Direitos Comparado (...) e prestar a melhor atenção à coordenação entre as diferentes disposições do projeto”. Escudando-nos deste ensinamento, concluímos, que a análise histórica e comparatística não é meramente opcional e destituída de interesse prático, mas condição *sine qua non* da composição legislativa e da sintonia textual do direito, *vd.* MACHADO 2010, 121-122

²⁰ PEREIRA 2008, 52-62

²¹ Criticando a preterição da tutela do criador em detrimento dos interesses e interessados económicos ASCENSÃO 2012, 15-17.

²² Realcemos a assertividade com que os regimes francês e alemão definem o autor como figura central, garantindo, desde logo, unidade e congruência aos respetivos sistemas –L112-1 CPI e §1 e 11 UhrG. O CDADC, por sua vez, principia a codificação com a mera definição de “obra protegida”, levando-nos a crer, como de resto nos ensina MELLO 2014, 95 ss, que sendo o objeto do direito de autor a obra intelectual é este o seu foco de proteção. “ A matéria de um direito é o objeto que lhe subjaz” condicionando este as

Sem nos alongarmos quanto àquele que será o tema de discussão, salientamos a imprecisão com que foi definida a titularidade e autoria. A forma lacunosa como são elencadas as exceções dos arts. 11º e 27º do CDADC traduz a incerteza quanto à posição do legislador relativamente ao bem a proteger. Parece que o legislador teve por objetivo cumprir os cânones continentais da exaltação da autoria humana, mas não querendo comprometer-se em demasia, salvaguardando a posição dos exploradores económicos, procurou criar um sistema suficientemente amplo, indelevelmente gerador de incerteza e insegurança jurídica. Podendo convencionar-se a titularidade *ab initio* – conjugando os arts. 11º e 27º com o artigo 14º do CDADC, de que está o criador a dispor? A totalidade do direito de autor (direitos pessoais e patrimoniais)? Mas se esse for o caso, não estará a renunciar à vertente pessoal, legalmente indisponível pelos arts. 42º e 56º do CDADC? E, se assim for, e entendendo-se pela inexistência da irrenunciabilidade por parte do criador o que sucede com os direitos pessoais? São do titular originário? Não são de ninguém? E será legítimo do ponto de vista axiológico, despojar desta forma o criador? Tratando-o como mero executante ao arrepio da evolução histórica, em especial numa altura em que o mercado empresarial, negocialmente mais poderoso, saliva pelo potencial económico da obra intelectual.

Salientamos também a disparidade com que a transmissão - art. 43º e 44º²³ do CDADC - é tratada em Portugal por contraposição a França ou à Alemanha. Em virtude da consagração do princípio alemão do criador §7 UhrG e em consonância com a

faculdades adstritas aos titulares *vd.* VITORINO 1992, 472-473. Assim, não sendo indiferente ao regime *jusautorale* o sujeito sobre os quais estas se vertem, fruto da interdependência perpétua dos direitos pessoais e patrimoniais e da *ratio* enformadora do sistema, parece-nos redutora a secundarização do autor, desconsiderando que “ a finalidade do Direito de Autor [é] a proteção do autor, através da obra” ROCHA 2008, 159-209. Neste sentido Ac. do TRL de 28/09/2004, afirmando que o objeto digno de proteção é o criador intelectual. Secundarização que não parece coerente tendo desde logo em conta a própria nomenclatura atribuída à disciplina, Direito de Autor. OLIVEIRA ASCENSÃO, referindo-se à heterogeneidade terminológica, afirma que “ a diversidade de expressões indicia uma real diversidade do objeto em cada sistema” *in* ASCENSÃO 2008a, 118. Comprovando esta constatação, atente-se na tradução literal de *Copyright*, direito de cópia, enaltecendo a sua função eminentemente comercial. Pareceu-nos necessário acentuar este pormenor, apenas porque, com base nas premissas axiológicas e filosóficas, na evolução histórica, na integração no sistema continental, e sobretudo, na sistematicidade *jusautorale* portuguesa, não concordamos que a obra seja reduzida à conceção real da propriedade – sobre a natureza do direito de autor, *vd.* ROUXINOL 2014, 190 e ss. Não temos por pretensão encetar na arduosa discussão quanto à natureza *jusautorale*, apenas pretendemos demonstrar que o legislador português, ao contrário dos seus pares, parece ter arquitetado um sistema em que “se misturam princípios de proveniências diversas, em vez de se reduzirem a um sistema unitário”, destacando-se uma “escassa firmeza técnica” e “instabilidade de orientação”, *vd.* ASCENSÃO 2012, 649.

²³ À transmissão global dos direitos de autor de forma originária, através dos contratos de encomenda ou no decorrer da relação laboral (se a aceitarmos) não é exigível qualquer formalidade, *vd.* MELLO 2014, 167 e ROCHA 2010, 775. Também no caso da transmissão *ut universi* não ser definitiva mas temporária parece não ser de aplicar a forma de escritura pública do art. 44º CDADC. Mais uma vez o legislador parece pecar pela inexatidão *vd.* ASCENSÃO 2012, 379 e ROCHA 2010, 789ss

perspetiva monista, apenas se permite o licenciamento dos direitos autorais §29(1) UrhG²⁴ Por sua vez o direito francês - dualista -, permite a transmissão dos direitos patrimoniais, mas nunca de forma total²⁵. Tanto o CPI quanto o UrhG explicitam quais os direitos patrimoniais, suscetíveis de exploração, ao contrário do direito luso que possibilita a utilização de todas as formas exemplificativamente elencadas no art.68º CDADC e ainda os meios que no futuro venham a ser descobertos. Esta última possibilidade pode provar-se absolutamente injusta para o criador, uma vez que, descobrindo-se uma forma de aproveitamento nova, altamente lucrativa, o adquirente será o único e grande beneficiado²⁶.

1.4 Estrutura

A estrutura engloba o estudo da forma e do conteúdo do direito, podendo-se distinguir no Direito de Autor três teorias prevalentes: a pluralista - baseada no princípio da independência das formas de exploração da obra, afirmando o direito de autor como uma pluralidade de direitos pessoais e patrimoniais; a dualista – que encerrando várias concepções, prevalece no ordenamento jurídico francês como abarcando “um direito de exploração patrimonial e um direito de proteção da personalidade do autor”²⁷; a monista – perspetiva dominante e legalmente reconhecida pela lei alemã, que tutela de forma unificada e indivisível o direito de autor, ainda que reconheça a sua polivalência pessoal e patrimonial. Sem surpresa e resultado da imprecisão terminológica legislativa portuguesa, verifica-se entre os autores nacionais alguma divisão, ainda que por vezes ténue, relativamente a este quesito. Respeitosamente, não percebemos, desde logo, o que leva MENEZES LEITÃO a integrar indistintamente as teorias relativas à estrutura naquelas sobre a natureza, potencialmente confundido o intérprete menos informado²⁸.

Analisando o caso português, OLIVEIRA ASCENSÃO parece consagrar a perspetiva pluralista, decompondo os direitos de autor em três: direito pessoal, direito

²⁴ ASCENSÃO 2012, 377-378 urge pela alteração legislativa portuguesa neste sentido, criticando, mais uma vez, o “encapotamento” das leis nacionais, frequentemente destinadas “à tutela dos intermediários e das empresas que realizam a exploração do direito de autor”.

²⁵ VITORINO 1995, 38ss

²⁶ ASCENSÃO 2012, 657-658.

²⁷ LEITÃO 2011, 42.

²⁸ Ibid., 37-45.

patrimonial em geral e o direito de simples remuneração. Refuta os entendimentos clássicos com base na impossibilidade de os coadunarem com as vicissitudes do direito de autor português – nomeadamente com a transmissão global e definitiva do direito autoral, que no caso monista culminaria na disposição em bloco dos direitos pessoais e patrimoniais e relativamente ao dualista levaria a uma cisão dentro dos direitos económicos, não podendo todos os direitos ser transmitidos de igual forma (no caso o autor refere-se ao direito de sequência, que na perspectiva dualista seria integrada no bloco patrimonial, mas que no seu entendimento é intransmissível por ser exclusivo do criador intelectual). DIAS PEREIRA opta por um entendimento dualista, apoiando-se na transmissibilidade dos direitos patrimoniais enquanto baluarte deste modelo e criticando a duvidosa nomenclatura de Direito de Autor.²⁹ VICTÓRIA ROCHA parece entender a estrutura *jusautoral* portuguesa como monista mitigada, face à inextricável e permanentemente inter-relação da vertente patrimonial e pessoal³⁰³¹.

²⁹ PEREIRA 2008, 483ss

³⁰ ROCHA 2011, 206

³¹ Relativamente à natureza do Direito destaca-se a teoria patrimonialista contraditada pela personalística de forma a “*d’éviter de faire tomber les compositions intellectuelles dans le régime des biens corporels mobiliers*”, cfr. André Lucas *apud*. MOYSE 1997, 520-521. Não podendo ser o ramo *jusautoral* reduzido nem à sua vertente real nem à pessoal, concordamos com DIAS PEREIRA e a sua interpretação atualista, aberta e abrangente do conceito de propriedade, definindo o Direito de Autor como um *tertium genus* categoria autónoma voltada para a tutela criativa do indivíduo, *vd.* PEREIRA 2002, 482ss

2. A Titularidade e a Autoria

A questão que nos propomos tratar auspícia-se movediça e tortuosa, não pela complexidade dos conceitos ou da disciplina, mas porque o legislador, como vimos de resto a salientar, parece ter tido dificuldade em conceber um regime “[assente] em conceitos claros e num arcaboço de quadros sistemáticos conclusivos (...) [adaptados] aos seus próprios fundamentos ético-sociais”³². Erigindo um ordenamento por vezes desligado da sua razão de ser e frequentemente conflituante. Sem surpresas, o CDADC mostra-se permeável a variadíssimas divergências interpretativas, perturbadoras da certeza e segurança jurídica e geralmente desfavoráveis ao habitual elo mais fraco, o criador intelectual.

2.1 A problemática

O sector da inovação desempenha um papel crucial no desenvolvimento económico³³, pelo que não nos parece possível persistir na manutenção de uma política legislativa que veda o criador intelectual, alfa e idealmente ómega deste crescimento, de participar merecidamente nos lucros daí resultantes e de legitimar a sua posição enquanto força motriz do desenvolvimento intelectual. O tema em análise afigura-se de fulcral importância, porquanto determina a qualidade de autor e em última análise a quem e em que medida cabe a titularidade do direito de autor.

³² MACHADO 2010, 113.

³³ Porque (in)felizmente a economia desempenha, habitualmente papel primordial na definição da política legislativa, parece-nos relevante aferir sumariamente do impacto económico das atividades diretamente relacionadas com a propriedade intelectual.

Concluiu-se que em 2014 2.9% (6.3 milhões de indivíduos) do total da *workforce* europeia desenvolvia algum tipo de atividade cultural (escritores, arquitetos, atores, jornalistas, dançarinos, trabalhadores artesanais e designers gráficos) ou a ela adstritas, sendo que destes, 30% (1.9 milhões) eram escritores ou artistas vd. EUROSTAT 2016, 58, 68. No mesmo estudo verificou-se que no ano de 2013, 6.4% (675 000 empresas) do total do tecido empresarial europeu de serviços económicos (excetuando empresas financeiras) era composto por empresas ditas culturais, empregando um total de 2.2 milhões de indivíduos, com um volume de negócios de cerca de 300 biliões de euros EUROSTAT 2016, 76. Curiosamente, em 2014, do total de trabalhadores culturais apenas 15% trabalhava por conta própria (49% destes escritores e artistas) EUROSTAT 2016, 68. Ora, empregando um total de 85% de todos os trabalhadores culturais e admitindo que o peso económico iguala, por norma, a capacidade negocial (conformando frequentemente a política legislativa), facilmente se percebem as reticências da UE, que abaixo descreveremos, em contestar legislativamente os interesses empresariais.

Portugal segue a tendência comunitária, tecendo-se iguais conclusões relativamente à putativa pressão empresarial que o legislador e a estrutura política nacional possam padecer, vd. INE 2015, 3-5, 43-51 e ROCHA 2010, 771.

Fruto da silenciosa postura diplomática com que a UE tem atuado ante a regulação da autoria e titularidade dos direitos de autor³⁴, foi deixado ao critério nacional a sua circunscrição normativa. Destarte o legislador português parece, à primeira vista, ter estabelecido um sistema claro e atento aos interesses dos diversos *stakeholders* autorais.

Nos artigos 11º e 27º/1 do CDADC é estabelecida a regra geral para a definição da titularidade e autoria privilegiando o criador intelectual. Acautela-se, contudo, a possibilidade de que outra disposição (em nosso entendimento, somente legal e constitucionalmente justificada³⁵) possa excepcionar o regime-regra.

O que temos dificuldade em compreender foi a opção legislativa em dar semelhante tratamento à titularidade e à autoria, parecendo sugerir que as realidades são similares, com a agravante de no art. 27º do CDADC se ter deixado cair o vocábulo *expressa*, sugerindo erradamente que qualquer disposição, ainda que não legal, possa suprimir o regime-regra³⁶. Não olvidemos também a regra do *auctor est quem opus demonstrat* do art. 27º/2 do CDADC e ainda a utilização indevida do *nomen* autor do art. 27º/3 do CDADC, que parecem legitimar a usurpação do direito de autor. Se é verdade que o titular do direito de autor (patrimonial) pode ser outro que não o seu criador, dada a sua transmissibilidade- art. 9º/2 do CDADC- não nos parece admissível que o autor seja

³⁴ Reconhece-se o esforço comunitário na harmonização legal dos regimes nacionais porquanto “*As disparidades [entre EM] (...) são prejudiciais ao bom funcionamento do mercado interno e não permitem assegurar que os direitos de propriedade intelectual beneficiem de um nível de proteção equivalente em todo o território da Comunidade*” pt. (8) da Dir. 2004/48/CE. Seja por respeito às tradições nacionais, ou quiçá pela pressão dos grandes conglomerados económicos e demais atores da cena económica autoral, o *acquis* comunitário, minucioso na regulação dos direitos económicos, mostra-se largamente deficitário em tudo quanto possa de certa forma embaraçar o tráfego comercial das obras intelectuais, *vd.* IViR 2006, 27ss. Referimo-nos à definição da autoria, da titularidade e dos direitos pessoais, que indelevelmente dificultam a livre negociação das obras intelectuais, pois que constituem amarras indesejáveis pelo investidor, “*The element of inalienability [of moral rights] (...) interferes with the principle of freedom of contract between authors and users of copyrightable works. (...) prohibiting an outright transfer of moral rights [setting] limits to the legally permissible content of copyright contracts*” in RIGAMONTI 2006, 361. Das 11 diretivas até agora elaboradas, verificamos a inexistência de qualquer norma harmonizadora respeitante à titularidade, sendo por sua vez a autoria estabelecida de forma excessivamente ampla e apenas para três categorias de obras *cfr.* art. 4º da Dir. 96/9/CE, art. 5º, alínea a) da Dir. 2004/48/CE, art. 2º da Dir. 2009/24/CE. A tutela dos direitos pessoais meramente cumpridora do mínimo estabelecido no art. 6º *bis* da Convenção de Berna. Em suma “a abordagem não é unitária e a harmonização está longe de ser total, o que leva a que se fale em “ilhas de harmonização”, “fragmentação” ou mesmo de “uma manta de retalhos””, *vd.* SILVA 2013, 1364.

³⁵ ROUXINOL 2014, 93

³⁶ Em manifesta contradição com o argumento constitucional enunciado por MILENA ROUXINOL, *op. cit.* p.94 “o direito de autor é passível de restrições. Terão, porém, de se justificar em ordem à tutela de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos.” sendo-lhes aplicadas obviamente as regras relativas à restrição de bens constitucionalmente protegidos, nomeadamente a necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e adequação. Igualmente PEREIRA 2008, 462. O que temos de ter em consideração é que o sacrifício tolerado não deve exceder o benefício retirado, o que não parece ser o caso. A restrição ao direito (natural) do criador que pode, em última *ratio*, resultar numa verdadeira expropriação, não parece compensar ou, sequer, ser justificada face ao interesse, meramente económico e empresarial de terceiros.

outro que não criador, especialmente quando a definição da autoria pressupõe a atribuição originária do direito de autor (pessoal e patrimonial)³⁷. Augura-nos questionar porque estabelece o legislador um regime tuitivo e protetor do criador intelectual³⁸, para depois dissimuladamente possibilitar a sua silenciosa expropriação.

Este ataque à esfera jurídica do criador parece agudizado e corroborado pelo artigo 14º do CDADC. Estabelecendo o regime para a titularidade dos direitos sobre as obras intelectuais resultantes dos contratos de criação³⁹, é no nº1 do art. 14º do CDADC, sob um falso manto de autonomia privada⁴⁰, deixado ao critério das partes a determinação da titularidade, sendo o legislador omissivo relativamente ao tipo de titularidade que está em causa, se apenas patrimonial se também pessoal. Evidencia-se esta omissão porque ao contrário dos demais contratos autorais, subsequentes ao nascimento da obra e do direito sobre ela⁴¹, aqueles, porque anteriores à própria obra, contendem com a constituição inicial do direito de autor⁴² e, por isso, com a atribuição originária do direito e autoria.

³⁷Cfr. CARVALHO 1994, 541 “A autoria é o título originário da tutela jurídica aprestada pela lei e, portanto, dos direitos de autor”. Com esta são adquiridos, naturalmente, os respetivos direitos pessoais, pelo que nos questionamos se será admissível que a mais visível expressão da relação matricial criador-obra, de “nítida marca protecionista [do criador]”, *vd.* ASCENSÃO 2012, 169, seja garantida a um terceiro externo ao ato criativo. OLIVEIRA ASCENSÃO, ensinando que apenas ao criador intelectual cabem os direitos pessoais, conclui pesadamente que aceitarmos a atribuição *ab origine* a um terceiro “implica a grave conclusão de que não se constitui sempre direito pessoal de autor.”, numa total subversão e escandalosa redundância de todo o regime autoral. Não podemos aceitar que o direito de autor nasça amputado e absolutamente descaracterizado, sob pena de o tornar desprovido de sentido, ASCENSÃO 2012, 194-196.

³⁸ “[É] notória (...) no CDADC, a preocupação da tutela do criador intelectual, em normas como as que prescrevem certas exigências formais para as disposições do direito patrimonial de autor, as que limitam a certos prazos a duração das mesmas, ou ainda, considerada agora a dimensão pessoal da posição *jusautorale*, as que vedam a alienação e a renúncia às faculdades que a integram, a par das que admitem a introdução de modificações na obra, mas apenas se consentidas pelo respetivo autor.”, ROUXINOL 2014, 91. Note-se que, ainda que estas normas se apliquem ao autor a sua razão de ser parece radicar no criador intelectual. Porque interessaria garantir que um titular do direito de autor, como uma sociedade, cuja *ratio* é a obtenção de lucro, por via do volátil mercado negocial não se precipitasse na disposição dos seus direitos (cfr. ROCHA 2010, 770)? Justificar-se-ia a consagração legal da preocupação em assegurar a manutenção do vínculo umbilical autor-obra em virtude da atividade intelectual na criação a uma “pessoa” desprovida de capacidade criativa? Compreender-se-ia a necessidade *ex lege* em asseverar a honra e o bom nome, por via dos direitos pessoais de autor, a uma estrutura artificial, de intuito exclusivamente económico e, por isso, desprovida da dignidade humana que enforma e justifica aqueles direitos de personalidade? Como se compreenderia a *ratio* (continental) *jusautorale* e a atenção com o que o legislador estabeleceu a vertente pessoal do direito de autor senão para e em virtude do criador?

³⁹ VITORINO 1995, 84

⁴⁰ *Vd. pt. 2.3*

⁴¹ Contententes apenas com a vertente patrimonial do direito de autor, estando a pessoal já circunscrita na esfera jurídica do criador.

⁴² Demonstraremos no capítulo *infra* como parece ser possível que por via da imperfeita exceção evidenciada no nº 1 do art. 27º, da regra do *auctor est quem opus demonstrat* do seu nº2 e da sua conjugação com o art. 14º do CDADC, que sendo certo que apenas determina a titularidade do direito de autor porque regula situações jurídicas anteriores à própria formação do direito de autor e portanto anteriores ao firmamento de qualquer vínculo entre sujeito e obra conduz à possibilidade de consagrar o empregador ou comitente como adquirente originário. ANTEQUERA PARILLI ilustra claramente esta possibilidade quando afirma “El primer problema está en determinar si el contrato de obra por encargo puede comprender

Na falta de convenção, de forma redundante e supletiva⁴³ repete-se no nº2 do art. 14º a regra geral do art.º 11 do CDADC, sendo presumida a titularidade por parte do criador intelectual. Mas o que verdadeiramente nos choca é a facilidade com que o legislador permite o despojamento *jusautor* do criador através do nº 3 do art. 14º do CDADC. Declarando que na falta de menção do nome do criador na obra o direito de autor pertencerá à entidade empresarial, situação que frequentemente se verifica face a facilidade com que o empregador tem em “forçar” o mutismo do criador⁴⁴, parte da doutrina tende a ver esta presunção como ilidível, através da revelação da autoria e identidade do autor⁴⁵. Contudo, se entendermos que o direito se circunscreve de forma plena e originária na esfera jurídica da entidade comitente/empregadora, como entende parte da doutrina⁴⁶ e parece resultar da letra da lei, então o criador jamais se poderá fazer valer da paternidade para a elisão da presunção, porquanto não possui qualquer direito pessoal. Se, por outro lado, entendermos que a entidade apenas adquire a vertente patrimonial, permanecendo o direito pessoal na esfera do criador, então ainda que a construção teórica nos pareça correta, não podemos deixar de alertar para a sua ineficácia prática. É que falecendo poder negocial ao criador e estando este numa posição económica fragilizada, elidir a presunção culminará no sacrifício do seu meio de sustento, sob pena de ser rotulado como conflituoso no mercado de trabalho⁴⁷.

o no la cesión del derecho moral (...) esta cuestión plantea el tema de las diferencias entre autoría y titularidad, y entre titularidad originaria y derivada, y porque algunas de las legislaciones indicadas no aclaran si la expresión “derecho de autor” o “la propiedad” está limitada allí a patrimonial”. Como veremos, aquele em cuja esfera jurídica se constituir o direito pessoal será obrigatoriamente o autor e titular originário do direito. Esclarece também que em virtude da subordinação jurídica e alienabilidade típicas da relação laboral se coloca em hipótese a atribuição originária do direito de autor e autoria ao empregador, cfr. PARILLI 1994, 107ss. Se esta questão é facilmente descartável nos ordenamentos jurídicos em que se define taxativamente que o autor não poderá ser senão uma pessoa natural, *vd. n. 63*, em Portugal a questão afigura-se mais conturbada, dada a inexatidão legal e doutrinária.

⁴³ Elucidativamente, MILENA ROUXINOL, *op.cit* pp 103-104 “não se vê como pode cumprir tal propósito [o de controlar o desequilíbrio negocial entre as partes] um regime a que se impute natureza meramente supletiva (...) que só deva valer na ausência de estipulação dos sujeitos do contrato (...) quando é certo que, falecendo efetiva autodeterminação ao sujeito trabalhador, esse regime tenderia a espelhar, afinal, somente os interesses da entidade empregadora”.

⁴⁴ ROCHA 2008, 180.

⁴⁵ *Ibid.* e REBELLO 1994, 105.

⁴⁶ *Cfr. n. 48.*

⁴⁷ Ilustrativo da problemática que tentamos demonstrar é a tese de MENEZES LEITÃO *op.cit* p104, 107-109 e 116-117 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *vd. ASCENSÃO* 2008b, 108, 143-146 e 194-196, que defendem a atribuição originária por via contratual (art.14º/1 CDADC) e legal (14º/3 CDADC) do direito de autor ao empregador e comitente, defendendo o primeiro a atribuição dos direitos pessoais ao empregador/comitente e negando a sua existência o segundo *cfr. LEITÃO* 2011, 117 e *n.38* respetivamente. Estes recorrem à conjugação dos art. 27º e 14º CDADC para inferir a convenção da autoria, demonstrando claramente a confusão e perigosidade que o art. 14º CDADC encerra. SÁ MELLO rejeita a atribuição da autoria por via convencional, esclarecendo que apenas os direitos patrimoniais são passíveis de integrar o nº 1 do art. 14º do CDADC. Contudo, admite que pelo nº 3 do art. 14º do CDADC e renunciando o criador à menção da autoria, esta seja atribuída à entidade empresarial, “sem que isso implique (...) renúncia à paternidade da

Chegados aqui, não poderíamos deixar de atentar no nº4 do art. 14º do CDADC, que prevê a garantia de remuneração especial ao criador, sempre que a obra exceda o desempenho da função ou tarefa (al.a) e quando se façam utilizações ou se retirem vantagens imprevisíveis e não incluídas na remuneração acordada (al.b). Para além da inexistência da definição do *quantum*, potenciadora de conflitos e invariavelmente desfavorável à parte negocial mais fraca, o criador⁴⁸, é chocante constatar que a lei na al.b) do nº4 do art. 14º do CDADC menospreza o criador reduzindo o seu “direito exclusivo (...) num direito de remuneração”⁴⁹. Não se compreende como pode a legislador admitir que mediante uma quantia remuneratória, que como vimos nem sequer definida legalmente é, se legitime um verdadeiro “locupletamento injusto à custa do criador intelectual”⁵⁰.

Ao contrário do direito da propriedade, cujo centro gravitacional é a coisa⁵¹, o direito de autor não pode simplesmente desligar-se do seu sujeito, o que desde logo se verifica pela consagração da vertente pessoal do direito de autor. Se de direitos meramente patrimoniais falássemos, então certamente pouca discórdia existiria. A partir do momento da sua transmissão quaisquer laços se cortariam com o primeiro proprietário e a disposição não acarretaria quaisquer sequelas, mas como o valor a salvaguardar reside

obra”. Respeitosamente não conseguimos compreender este entendimento. Em primeiro lugar não nos parece ser possível desvincular a autoria da vertente pessoal do direito, como veremos *infra* é a própria lei que define o autor como recipiente perpétuo da vertente *juspessoal*, em segundo lugar renunciar à autoria e recusar ser identificado como autor são situações diferentes, na medida em que para se renunciar à menção da identidade é já necessário ter sido investido como autor MELLO 2014, 48-49,255-258. Em sentido inverso e demonstrando que a (auto)privação da autoria, aparentemente veiculada pelo art. 11º do CDADC, viola a ordem pública (art. 81º/1º CC) CARVALHO 1994, 543. Ultrapassando a teoria vejamos a Informação Vinculativa da AT processo nº 9847 que afirmou que a “atribuição originária do direito de autor ao criador intelectual ou ao empregador comitente, [é] consoante as partes livremente acordem entre si (...)no caso da obra feita por encomenda ou por conta de outrem, apenas na ausência de convenção é que a lei presume que a titularidade do direito de autor pertence ao criador intelectual”. São estes os alçapões normativos a que nos referimos, levando perniciosamente a que “desde que emerge a obra pertence a quem lhe proporcionou [economicamente] existência, sem chegar a pertencer a quem a trouxe à existência”, ROUXINOL 2014, 109. O legislador, ao não estabelecer claramente que a autoria só poderá ser daquele que cria, ao não estabelecer que a titularidade de que se fala nos arts. 11º e 14º CDADC é única e exclusivamente a patrimonial, ao permitir o despojamento do direito do criador no nº3 do artigo 14º CDADC e deixar pairar a dúvida quanto ao destino dos direitos pessoais contribui ativa e conscientemente para a manutenção de um sistema dúbio e permeável à divergência.

⁴⁸ O regime francês regula detalhadamente a remuneração autoral, impondo um sistema de remuneração proporcional nos art. L.131-4 ss CPI *vd.* IViR 2002, 67-70. Contudo, não consagrou legalmente o princípio da remuneração equitativa, pedra angular da reforma alemã de 2002 e definido como objetivo chave no §11 UrhG, que veio reforçar a posição negocial e económica dos autores, *vd.* DIETZ 2005, 23

⁴⁹ ROCHA 2008, 181.

⁵⁰ ROUXINOL 2014, 291.

⁵¹ *Vd.* ASCENSÃO, 2012, 666 “não há [no direito de autor] nenhum direito que recaia sobre a obra, como paradigmaticamente acontece nos direitos reais”.

precisamente na relação umbilical criador-obra então não pode o legislador desresponsabilizar-se de garantir a manutenção da *ratio* enformadora do sistema.

O direito de autor português tem na relação matricial criador-obra o fundamento do regime, alicerce que guia, orienta e atribui densidade ao *corpus* jurídico. Negá-lo, ainda que de forma indireta por via de exceções que se convolam em regra é condená-lo à superfluidade, numa inadmissível atitude de complacência do legislador face à legitimação do que é manifestamente injusto e claramente atentatório da função jurisdicção do legislador⁵². A especificidade do regime resulta da perpétua e inextricavelmente relação entre a vertente patrimonial e pessoal⁵³, e desta última com o sujeito, o que justifica o entendimento de que “ as faculdades pessoais (...) não poderão imputar-se senão na esfera jurídica do sujeito cujo de intelecto a obra promane.”⁵⁴

2.2 Ambiguidade terminológica

Conforme ensinam ADOLF DIETZ e VICTOR DRUMMOND⁵⁵ a hermenêutica e, em particular, a linguística, que compõe e condiciona a primeira, explicam e expressam a filosofia e, em última análise, a razão de ser de um determinado ramo do direito. É precisamente esta *ratio* que confere densidade, orientação e unidade a um regime. Sem ela os institutos jurídicos ficam esvaziados de conteúdo, permeáveis a densificações falaciosas e artificiais. Concordamos com DRUMMOND quando afirma que o Direito de Autor, porque apático relativamente às discussões filosóficas, se deixa obnubilar pelo filosoficamente artificial mercado económico que, fazendo uso de *mantras performáticos*⁵⁶, justifica e perpetua comportamentos juridicamente inadmissíveis⁵⁷.

⁵² ROUXINOL 2014, 177.

⁵³ ROCHA 2011, 206.

⁵⁴ ROUXINOL 2014, 331. Igualmente CARVALHO 1994, 541.

⁵⁵ DIETZ 2015, 103; DRUMMOND 2013, 76.

⁵⁶ *Mantras performáticos* “são expressões utilizadas com o fim, primordial, de buscar um convencimento retórico de ideias presentes no senso comum dos *autoristas* e que são utilizadas esvaziadas do seu conteúdo efetivo (...) Decorrentes do deficit filosófico do direito de autor (...)criam um falso convencimento da sociedade de valores que fortalecem um senso comum teórico dos *autoristas* que impede reflexões efetivas”, DRUMMOND 2014, 23.

⁵⁷ *V.g* a vedação ou pelo menos expropriação injustificada do criador relativamente aos seus direitos.

Exemplificativa desta neblina ideológica é a instrumentalização que SÁ MELLO faz quando (comparando o regime português ao britânico⁵⁸) define a imputação da autoria, não como reflexo de espírito criador, mas como um mecanismo artificial de atribuição da titularidade originária do direito de autor⁵⁹. Pelo contrário, DIAS PEREIRA propondo uma leitura corretiva do n.º 1 do art. 27.º do CDADC, com base no argumento ontológico, defende que “a categoria de “autor” não é puramente funcional ou instrumental, antes provida de carga valorativa juridicamente vinculativa”⁶⁰, reservando-a para o criador intelectual. Curiosamente, ambos visam estabelecer um “princípio de coincidência subjetiva entre autoria e titularidade originária de direito de autor”⁶¹, mas enquanto o primeiro o faz despersonalizando a autoria, reduzindo-a a uma inferência jurídica com base em ficções/presunções legais (em nosso entender inexistentes porque resultantes de inferências e deduções e não da clareza da letra da lei) ao estilo do *copyright* anglo-saxónico, o segundo corrige a excessiva amplitude do n.º 1 do art. 27.º do CDADC, baseando-se no “princípio dogmático da autoria humana” conforme a Convenção de Berna, rejeitando a desvinculação da autoria e da criação.

Ainda que, por via de uma interpretação exclusivamente gramatical dos artigos 14.º e 27.º do CDADC pudéssemos aceitar o entendimento favorecedor da tónica do investimento, em total negação dos princípios enformadores e demais normas autorais, somos confrontados com intransponíveis barreiras substantivas que demonstram que, mais do que se aproximar do regime anglo-saxónico, o regime português parece sofrer de uma grave crise de identidade⁶². De facto, no ordenamento americano, para além de não

⁵⁸ O que deveria ser desde logo indicativo da possível impropriedade axiológica dos argumentos.

⁵⁹ MELLO 2014, 57. Este autor coloca a tónica axiológica do direito de autor na vertente económica afirmando os direitos pessoais, em absoluto arrepio da Convenção de Berna e da *ratio* autoral nacional, como “instrumentais da exploração económica” *ibid.* pp 134

⁶⁰ PEREIRA 2008, 436.

⁶¹ MELLO 2008, 570 e PEREIRA 2008, 436.

⁶² Pelo contrário os congéneres ordenamentos parecem não sofrer deste problema. De forma geral os EM seguem a “*creators doctrine*”, *vd.* SILVA 2013, 1349, que sumariamente estabelece o autor (criador), pessoa natural como o titular originário do direito de autor. Consagrando expressamente o criador como autor regista-se a Áustria (10(1)UhrG austríaco), Alemanha (§7 UhrG) e Bélgica (Art. XI.170 CDE). Nestes países não existem desvios ao princípio do criador, com exceção do caso da obra anónima e do pseudónimo. O autor é taxativamente definido como a pessoa natural que cria, recipiente originário do direito de autor. Igual situação se regista em França, com exceção do caso da obra coletiva (L-113-5 CPI), hipótese em que se investe no empregador o direito de autor. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência interpretam de forma restritiva o conceito, de modo a evitar que o empregador contorne o princípio dogmático do criador. Ao contrário do regime português, apenas são qualificadas como obras coletivas aquelas em cujas contribuições individuais não possam, de todo, ser distinguíveis. De resto (arts. L-111-1 e L-113-1 CPI) é pacífico o entendimento do autor como a pessoa natural que cria. No ordenamento italiano, e com base no art. 2576 do *Codice Civile*, tem-se pugnado pela conclusão da coincidência do titular originário com o criador intelectual, *vd.* ROUXINOL 2014, 132. Relativamente ao caso espanhol, o art. 5.º n.º1 da LPI é

serem (ou serem muito limitadamente) reconhecidos direitos pessoais constata-se que o legislador fisionou taxativamente e *ex lege* a autoria por parte do empregador – § 201 (b) US Copyr.A – ao contrário do regime português, de onde esta conclusão apenas se pode retirar por via de inferências e deduções resultantes de artigos lacunosos. Relativamente ao regime britânico constatamos que, não só “ a doutrina corrige a noção legal de autor [reservando-a] para o criador em sentido real” conforme o § 9 (1) CDPA⁶³ (coisa que a nossa lei, quiçá por lapso, não definiu), como também prevê, em todo o caso, a possibilidade da sua disponibilidade de acordo com o § 87 CDPA. Salientemos a inexistência da barreira dos direitos pessoais, que por vezes a doutrina nacional procura minorar.

Os raciocínios de possível desvirtuação do nosso Direito de Autor resultam de um juízo de prognose eventual. A questão da garantia da titularidade originária e autoria, e consequente fixação dos direitos pessoais noutrem que não o criador pode nunca chegar a acontecer. Ou porque estamos perante um criador solitário sem qualquer vínculo contratual anterior à formação do direito de autor, ou porque mesmo que existindo as partes convencionam a atribuição meramente patrimonial do direito de autor.

Clarifiquemos o descrito até este momento. Da leitura concertada dos arts. 9º, 42º e 56º do CDADC e porque a “situação *jus autorial* de direito de autor (...) corresponde [à] constituição do direito de autor [na sua plenitude]⁶⁴ na titularidade de um sujeito (...) que nasce com a exteriorização de uma obra intelectual”⁶⁵ concluímos que, não sendo o

taxativo quando “ considera autor a pessoa natural que cria...”, registando-se igual situação à francesa no caso da obra coletiva (art.8º LPI).

⁶³ PEREIRA 2008, 437

⁶⁴ Surgindo o direito de autor automaticamente e pelo simples facto da criação – cfr. ASCENSÃO 2012, 170; PEREIRA 2008, 392; VITORINO 1992, 487- é forçoso entendermos que num primeiro momento ele nasce uno e pleno (e conforme vimos na esfera jurídica do autor). Demonstrando porque não existe bipartição *ab initio* do direito de autor ROUXINOL, 137. Elucidativamente, PEREIRA 2008, 487 “Os direitos de autor são direitos gémeos: formam-se no mesmo ovo, mas separam-se à nascença”.

⁶⁵ MELLO 2008, 29. Note-se que a maioria dos autores define que a titularidade originária do direito de autor engloba tanto a parte patrimonial como a pessoal, aceitando por isso, que num primeiro momento a titularidade e a autoria coincidam. As divergências resultam da constatação da possível convenção da titularidade originária e por conseguinte autoria, por via do art. 14º e dos arts. 11º e 27º CDADC geradores de conflitos relativamente aos direitos pessoais e sua titularidade. Assim, enquanto alguns autores – *vd.* PEREIRA 2008, 436; ROUXINOL 2014, 133-141; CARVALHO 1994, 543- optam por fazer interpretação corretiva do art. 27º que faça coincidir a autoria com a criação e, por conseguinte, com a titularidade originária (garantindo ao criador a titularidade dos direitos pessoais), outros consagram soluções como a desvinculação dos direitos pessoais da autoria, ao arripio da lei – MELLO 2014, 255-257- a titularidade pura e simples dos direitos pessoais por outrem que não o criador – LEITÃO 2011, 107 e ss – ou a sua inexistência sempre o criador não seja o titular originário – ASCENSÃO 2012, 194-196.

direito pessoal disponível, estabelecendo a lei o autor como seu titular perpétuo⁶⁶ e nascendo o direito de autor (pessoal e patrimonial) no momento e pela criação, pelo menos num primeiro momento a titularidade e a autoria coincidirão⁶⁷. Pelas razões ontológicas, filosóficas e sistemáticas que temos vindo a evidenciar⁶⁸ e como é de resto pacífico na jurisprudência⁶⁹, os direitos pessoais apenas poderão pertencer ao criador intelectual⁷⁰, concluindo-se que inicialmente autor, titular originário e criador serão obrigatoriamente coincidentes, sob pena destes direitos serem erradamente fixados na esfera jurídica de quem nenhum traço da sua personalidade ou esforço intelectual verteu sobre a obra.

Facilmente resolveríamos toda a questão se admitíssemos liminarmente que o art. 14º do CDADC não pode senão versar sobre a titularidade patrimonial⁷¹. Entendimento que sufragamos, mas que a lei não firmou taxativamente, agudizando a problemática ao definir de forma excessivamente lata as exceções ao princípio da autoria (e titularidade) e descartando as salvaguardas normativas que os ordenamentos congêneres edificaram. Simultaneamente, a jurisprudência, habitualmente clarificadora das divergências legais, apresenta-se diminuta relativamente ao art.14º do CDADC, ainda que uníssona quanto a questão dos direitos pessoais, ao contrário da doutrina fortemente dividida. A lei parece permitir tanto o entendimento no sentido da coincidência entre autor, titular originário e

⁶⁶ Claramente VITORINO 1995, 87 “reconhecemos ao autor a titularidade dos direitos pessoais, justificada pelo princípio da *incindibilidade* da ligação destes à pessoa do autor porque derivados de direitos de personalidade. A regra da inalienabilidade (...) tem como razão de ser a sua inseparabilidade, não sendo justo que se admita a constituição originária por mero efeito contratual quando se proíba a aquisição derivada”. Afirmando que o direito de paternidade, aquele que reflete a autoria, se constitui automaticamente e na esfera jurídica do autor, corroborando o entendimento de que o autor é o titular primeiro e perpétuo do direito pessoal cfr. AKESTER 2013, 90.

⁶⁷ Demonstrando a ambiguidade terminológica crónica do CDADC e explicitando o entendimento da coincidência subjetiva autor/titular originário VITORINO 1992, 477, “A paternidade é um facto material, a autoria, ao qual a lei reconhece efeitos jurídicos essenciais, nomeadamente a atribuição originária do direito de autor”.

⁶⁸Cfr. TRABUCO 2015, 154

⁶⁹ Estabelecendo perentoriamente que mesmo nos casos do art. 14º do CDADC o criador intelectual será sempre o titular dos direitos pessoais cfr. Ac. do TRL de 14/11/2013, também AC. do TRL de 25/10/2012, cfr PEREIRA 2008, 469 para recensão jurisprudencial neste sentido. Este autor em *ibid.*, 471 constata que “a jurisprudência estabelece o princípio da titularidade originária dos direitos na esfera jurídica do criador, que conserva as prerrogativas morais não obstante a cessão legal ou contratual dos direitos económicos” o que de resto é afirmado no Ac. do STJ de 01/07/2008 “O criador intelectual da obra tem o seu direito reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer formalidade seja a autoria simples (singular) ou complexa (de colaboração, compósito ou coletivo).” e no Ac. do STJ de 14/12/1995, “O direito de autor pertence ao criador intelectual da obra. A criação é o seu facto constitutivo.”

⁷⁰ Definindo os direitos pessoais como “reconhecimento do carácter eminentemente pessoal da criação literária” *vd.* REBELLO 2002, 50

⁷¹ Repare-se que no próprio nº 4 do art. 14º do CDADC o legislador parece esclarecer que do que se trata nos restantes números é apenas a titularidade patrimonial cfr. VITORINO 1995, 86

criador, como a inversa, contribuindo ativamente (coadjuvada pela inexistente solução uníssona da doutrina) para a manutenção da incerteza e insegurança jurídica, garantindo a perpetuação da possibilidade de utilização do art. 14º do CDADC em benefício de interesses meramente empresariais e/ou económicos.

A lei portuguesa parece sofrer de uma incapacidade em definir a sua identidade legislativa. Em lugar de objetiva e claramente definir o seu escopo e congruentemente edificar um regime consentâneo, parece viver num aparente limbo normativo, recusando definir-se como protecionista do investimento ou do criador, manifestando-se e perpetuando-se esta inconstância terminologicamente.

2.2.1 Paralelismos Jurídicos

Comprovando-se dúbio e fértil em divergentes interpretações, o art. 14º do CDADC revela-se incapaz de esclarecer a intenção do legislador relativamente à autoria e titularidade do direito de autor ante as obras intelectuais decorrentes do contrato de trabalho e encomenda. Partimos então do acervo Comunitário e sua aplicação no regime nacional para uma melhor compreensão, ainda que nos deparemos com algumas imprecisões.

De igual forma nas diretivas sobre os programas de computador (Dir.2009/24) e bases de dados (Dir.96/2) são definidos como autores a pessoa singular ou pessoas singulares conjuntamente, criadoras da obra, sendo-lhes atribuídos os respetivos direitos (individual ou coletivamente) arts. 2º/1, 1ª parte e 4º/1º, 1ª parte respetivamente. Todavia, admite-se que no que concerne às obras coletivas a autoria seja determinada de acordo com a legislação nacional. É aqui que se regista a divergência entre os dois diplomas, uma vez que, no caso das bases de dados (pt.28 e 29 e art.4º/2 Dir. 96/2), se afirma explicitamente que, reconhecendo-se nacionalmente as obras coletivas, apenas pertencerão à pessoa investida no direito de autor os direitos patrimoniais, inferindo-se *a contrario* a atribuição originária do direito ao efetivo criador. Conforme ensina DIAS PEREIRA “é diferente ser considerado autor da obra ou apenas ser investido nos direitos patrimoniais sobre ela”. O autor prossegue sustentado que em ambos os casos se trata não

de uma aquisição originária, mas antes de uma cessão legal ou aquisição derivada, com base no princípio da autoria.⁷²

Se até agora nos parece que a intenção do legislador é no sentido de preservar a atribuição originária do direito de autor nos efetivos criadores, sendo tal óbvio no caso das bases de dados é, contudo, no nº 3 do art.2º da Dir.2009/24 que confirmamos esta convicção, quando o legislador determina que salvo convenção em contrário o empregador dispõe dos direitos patrimoniais. Concordamos com o autor *supra* mencionado quando afirma que embora haja quem critique o artigo, pois que parece favorecedor do investimento⁷³ em detrimento da criação, numa ótica similar aos “*works made for hire*”, o que de facto transparece é o propósito legislativo em garantir a atribuição originária ao efetivo criador e assim uma mera “cessão legal ou aquisição derivada automática”⁷⁴

A transposição das diretrizes comunitárias para o direito nacional (DL 252/94 e DL 122/2000) fez-se em termos similares ao inscrito nas diretivas, reiterando-se uma vez mais a presunção da aquisição dos direitos meramente patrimoniais por parte do empregador.⁷⁵ Se tal é explicitamente consagrado no nº 3 do art. 5º do diploma relativo às bases de dados, a mesma conclusão se deve retirar para os programas de computador. Isto porque, conforme esclarece LUÍZ REBELLO citado no Ac. do TRL de 14/11/2013, se deve interpretar “o art 3º/2 e 3 [da DL 252/94] em função do disposto no art 2º/3 da Diretiva [2009/24] que, referindo que o comitente de um programa de computador está «habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos ao programa assim criado», está manifestamente a excluir *a contrario sensu* os direitos pessoais.”

Outros dois são os casos que parecem revelar a intenção do legislador quanto às questões acima retratadas, o art. 165º e o arts. 173º e 174º do CDADC, sobre as obras fotográficas e jornalísticas respetivamente. No nº 2 do primeiro artigo é afirmado que “na execução de um contrato de trabalho ou por encomenda, [se] presume que o direito previsto (...) pertence à entidade patronal ou à pessoa que fez a encomenda.”, esse direito

⁷² PEREIRA 2008, 458

⁷³ ASCENSÃO 2012, 475

⁷⁴ PEREIRA 2008, 458

⁷⁵ Esta presunção contraria a do nº2 do art. 14º do CDADC e é neste sentido que ASCENSÃO 2012, 475 afirma o privilégio da tónica investimento em detrimento da criação, mas como mencionado o objetivo do legislador foi garantir que a aquisição originária fosse garantida ao criador (assim como os direitos pessoais), pelo que apenas será de admitir uma aquisição derivada mas automática por parte do empregador, salvo disposição em contrário.

é naturalmente o patrimonial, uma vez que no nº1 se elenca o conjunto de faculdades disponíveis, todas elas patrimoniais.⁷⁶⁷⁷ Quanto às obras jornalísticas o caso não se afigura de tão óbvia compreensão. Se é ponto assente que no caso da obra de autor independente (art. 173º CDADC) o direito pertence ao criador intelectual (ainda que se possa restringir pelo art.19º/2 do CDADC)⁷⁸, no caso do trabalhador assalariado a doutrina não é uníssona. Após aturada reflexão MILENA ROUXINOL conclui, não obstante, que estes casos se configuram como aquisições derivadas automáticas e nunca aquisições originárias.⁷⁹

2.2.2 As soluções no direito comparado

A evolução da ciência *jusautorale* passa inevitavelmente pela aferição das soluções congêneres, não numa ótica depreciativa de pura importação utópica, mas para um correto entendimento do papel desempenhado pelo nosso legislador atenta sobretudo a velocidade e dinamismo do mercado globalizado em cujas obras intelectuais se integram.

Enformadas pelo sistema monista, a Alemanha e a Áustria partilham regras similares quanto às obras resultantes dos contratos de criação. Tendo por regra fundamental a “*creators doctrine*”⁸⁰ e definindo-se taxativamente a proibição de transferência total ou parcial do direito de autor⁸¹, em ambos os países se consagrou o criador (pessoa física) como autor e titular originário do direito de autor⁸². Caso o nome deste não conste da obra intelectual, então o editor agirá como seu representante⁸³. Ainda que tal não seja taxativamente previsto, os tribunais alemão e austríaco têm defendido a

⁷⁶ MELLO 2015, 318

⁷⁷ LUIZ REBELLO esclarece que a modificação do nº 2 deste artigo (operada pela Lei nº 114/91 de 3 de Setembro), que inicialmente atribuía ao empregador ou comitente a titularidade originária do direito, veio pôr cobro “à aberração que era a atribuição originária do direito, “*ope legis*”, a uma entidade diversa do autor” *vd.* REBELLO 1992, 27. No mesmo sentido ASCENSÃO 2012, 505, ABRANTES 2011, 85, TRABUCO 2015, 157.

⁷⁸ SÁ MELLO nega a existência de aquisição originária por parte do empregador/comitente, ainda que a obra seja integrada em obra coletiva, MELLO 2008, 276.

⁷⁹ ROMANO MARTINEZ esclarece que ainda que se atribua originariamente a titularidade ao empregador essa é meramente patrimonial MARTINEZ 2011, 70. DIAS PEREIRA evidenciando a presunção da obra jornalística como obra coletiva (art. 19º/3 CDADC), defende a inexistência do desvio ao princípio da autoria (art. 11º e 27º CDADC). Surgindo o direito de autor uno e pelo ato de criação, interpreta restritivamente a atribuição do art.19º/3 do CDADC, adquirindo a empresa *cessio legis* “o direito de utilização económica da obra”, PEREIRA 1999, 593.

⁸⁰ §7 UhrG e art.10(1) UhrG aust.

⁸¹ §29 UhrG e art. 23(3) UhrG aust.

⁸² IViR 2002, 36 e 75.

⁸³ §10(2) UhrG e art. 13 UhrG aust.

atribuição automática de um licença de exploração económica da obra criada em virtude do contrato de trabalho, desde que nada seja convencionado em sentido contrário e limitada pela teoria da finalidade⁸⁴⁸⁵. Esta obrigação é taxativamente prevista para o caso dos programas de computador nos dois ordenamentos e também para o caso das bases de dados na Áustria.⁸⁶ Quanto às obras comissionadas nada é dito, pelo que será de aplicar integralmente a “*creators doctrine*”. O art.XI.170 do CDE belga define como titular originário a pessoa física que criou a obra. O §3 do art.XI.167 do CDE determina que os direitos patrimoniais possam ser transferidos para o empregador/comitente, mas apenas se tal for explicitamente convencionado e a criação cair no escopo contratual da atividade económica, excluindo-se qualquer presunção de titularidade dos direitos patrimoniais a favor do empregador/comitente⁸⁷.

França tem também por regra essencial a autoria e titularidade originária do criador, sendo que o artigo L111-1 CPI prevê taxativamente que “a existência ou celebração de um contrato de “*louage d’ouvrage*” ou “*de service*” não implica nenhuma derrogação do gozo do direito reconhecido pela alínea 1”. Garantida ao criador a atribuição originária do direito, a doutrina e a jurisprudência francesas (ainda que com vozes divergentes) têm pugnado pelo entendimento da cessão implícita do direito patrimonial ao empregador, salvo oposição do criador e na medida do necessário à exploração económica do primeiro, de forma a conciliar os interesses de ambas as partes.⁸⁸ Não obstante, duas presunções no ordenamento francês estabelecem expressamente a transferência das prerrogativas autorais patrimoniais para o empregador. São elas as relativas aos jornalistas e aos programas de computador, conforme os arts. L132-36 e L113-9 CPI. Não existe qualquer regra geral quanto às obras comissionadas, com exceção do art L132-31 CPI que é dedicada à atividade publicitária e estabelece a presunção da transferência dos direitos de exploração da obra para o comitente, aplicando-se nos demais casos a doutrina do criador.

A lei italiana é relativamente silenciosa no que concerne às faculdades autorais resultantes das obras intelectuais emergentes dos contratos de criação. A doutrina tem-se, não obstante, debruçado sobre o assunto, concluindo que estes contratos têm de facto

⁸⁴ §31(5) UhrG ex vi §43 UhrG.

⁸⁵ IViR 2002, 36 e 76. Sobre a atribuição das faculdades patrimoniais alemãs cfr. MELLO 2015, 322-325 e arts.31 a 42 e 43 da UhrG.

⁸⁶ §69(b) UhrG e art. 40b e 40f(3) UhrG aust.

⁸⁷ DUSOLLIER 2014, 112.

⁸⁸ SÁ MELLO 2014, 262, ROUXINOL 2014, 129, DUSOLLIER 2014, 121-122, IViR 2002, 61-62.

eficácia atributiva de direitos patrimoniais ao empregador/comitente, de forma derivada, limitada à satisfação das suas necessidades explorativas e desde que a obra seja objeto do contrato⁸⁹. Este entendimento advém da constatação da titularidade *ab initio* do criador, com base no art. 2576 do *Codice Civile* e sua conciliação com os interesses da parte contrária, assim como os efeitos aquisitivos decorrentes naturalmente dos contratos de trabalho e encomenda. Note-se que o ordenamento jurídico italiano prevê expressamente que quanto aos programas de computador e bases de dados – art. 12ºbis L.aut.it – sejam atribuídas as prerrogativas *jusautorais* patrimoniais ao empregador, o mesmo se verifica relativamente à obra fotográfica – art. 88º L.aut.it - cujos direitos exclusivos são transmitidos ao beneficiário do contrato dentro dos limites e no âmbito do mesmo.⁹⁰

O art. 51º da LPI. estabelece, inexistindo convenção, uma presunção de transmissão dos direitos económicos, limitada às necessidades económicas do contrato, a favor do empregador (o mesmo se previu relativamente aos programas de computador conforme o nº5 do mesmo artigo).⁹¹ Relativamente às obras comissionadas, a lei nada prevê, contudo a jurisprudência e a doutrina têm afirmado que não existe presunção da transferência dos direitos, podendo no entanto tal ser estipulado contratualmente.⁹²

Por fim, resta-nos compreender a perspectiva britânica, porquanto a mais antitética ao sistema continental. Nem sempre coincidindo a veste de autor com a de criador – art. 9(1) CDPA – é estabelecido no art. 11(2) que a titularidade da obra criada no cumprimento dos deveres contratuais é originariamente atribuída ao empregador. Embora, nada seja dito quanto aos contratos de encomenda, admite-se a cessão implícita dos direitos⁹³. Conforme evidenciamos, o modelo contratual e regulatório britânico praticamente não confere qualquer proteção ao criador⁹⁴. KRETSCHMER, admitindo a necessidade da análise científica sobre os efeitos empíricos deste modelo, alerta, desde logo para a visão excessivamente economicista, beneficiária da eficiência dos mercados, mas negligente quanto à justiça e equidade, em prejuízo dos criadores. O autor, criticando a interdependência entre as associações protetoras dos criadores e exploradores económicos, sumariza as seguintes conclusões: os criadores são regularmente forçados a renunciar aos seus direitos pessoais, são igualmente obrigados a transferir a totalidade

⁸⁹ Cfr. ROUXINOL 2014, 131-132, SÁ MELLO 2014, 262-265.

⁹⁰ IViR 2002, 93-94.

⁹¹ ROUXINOL 2012, 129 e SÁ MELLO 2014, 265.

⁹² IViR 2002, 102.

⁹³ Cfr. KRETSCHMER 2010, 13 e IViR 2002, 124-125.

⁹⁴ DUSOLLIER, 17.

dos seus direitos, cobrindo todos os usos potenciais das obras, e no que concerne às obras digitais, são-lhes apresentados verdadeiros contratos de adesão sem qualquer cláusula quanto a pagamento adicional, afirmando explicitamente que caso os criadores se recusem a aceitar o clausulado, outros aceitarão, nomeadamente criadores mais jovens. É particularmente interessante compreender as consequências deste tipo de política, uma vez que, como vem sendo afirmado, a lei *jusauthoral* portuguesa parece determinada em prolongar o estado de ignorância face aos abusos cometidos em nome da autonomia privada. Referindo-se ao ordenamento britânico, KRETSCHMER conclui afirmando que “*copyright policy has ignored, or misunderstood, the role of contracts in effecting or subverting policy aims. It can no longer do so*”⁹⁵.

⁹⁵ KRETSCHMER 2010, 25 e 32.

2.3 A discussão dogmática

Procuramos demonstrar no anterior capítulo que da leitura, ainda que meramente gramatical e sem atender à construção sistemática e axiológica do CDADC, dos arts. 11º, 14º e 27º se poderia admitir que um terceiro alheio à criação - o empregador ou comitente - adquirisse originariamente o direito de autor sobre a obra criada. Resolvemos a questão recorrendo àquele que segundo MILENA ROUXINOL se consubstancia “no mais impressivo argumento contra a tese da aquisição originária [de que este] se conciliaria mal com a natureza das prerrogativas autorais pessoais”⁹⁶.

Contudo, e de novo recorrendo à tese da *supra* mencionada autora, outro nos parece o argumento de ainda maior relevo, porquanto retoma a discussão dogmática relativa à tónica de proteção do regime autoral nacional que vimos encetando.

Consubstanciando-se a *ratio* do sistema jurídico em que o nosso regime se enquadra, na salvaguarda da relação umbilical criador-obra⁹⁷, então admitir que por via do art. 14º do CDADC o empregador ou comitente possam adquirir originariamente o direito de autor na sua plenitude equivale à transmutação do regime português num sistema de copyright ao estilo anglo-saxónico.

As situações jurídicas são o resultado da “juridificação de uma situação concreta da vida”⁹⁸ sobre as quais o Direito, enquanto “ordem objetiva da sociedade, com a sua racionalidade própria, em boa medida subtraída às intervenções voluntaristas arbitrárias do legislador” verte uma resposta em virtude de “uma determinada opção valorativa”⁹⁹. Ponderando e hierarquizando os interesses a ela subjacentes, o legislador enquanto “pena” do Direito define aquele prevalente tutelando-o normativamente¹⁰⁰.

Conforme mencionado, a situação *jusautoral* de direito de autor corresponde à constituição do direito de autor na esfera jurídica de um sujeito. Pela sua atribuição originária são garantidos “um conjunto complexo de faculdades pessoais e de exploração

⁹⁶ ROUXINOL 2014, 135.

⁹⁷ Salvaguarda essa espelhada e garantida pela *incindibilidade* dos direitos pessoais e da pessoa do criador.

⁹⁸ REBELO DE SOUSA 2000, 258 *apud*. MELLO 2008, 29

⁹⁹ MACHADO 2010, 92

¹⁰⁰ Conforme lição de REBELO SOUSA, a análise e posterior reconhecimento do bem jurídico preponderante reclama a intervenção do poder na composição do hipotético conflito. O mesmo autor prossegue “ A situação jurídica ativa corresponde á satisfação do interesse tido por prevalente (...) O direito subjetivo é a situação jurídica mais importante (...) pode definir-se como a proteção jurídica direta e imediata de um interesse, mediante a concessão de um feixe de poderes ou faculdades” *apud*. MELLO 2008, 30.

económica da obra intelectual”¹⁰¹ que permitem simultaneamente aproveitá-la economicamente e impedir que outros o façam indevidamente. Posto isto, torna-se óbvio constatar que a chave da “equação axiológica” reside na determinação do sujeito em cuja esfera jurídica se circunscreverão estas faculdades, pois que refletirá a escolha valorativa do Direito e como tal o interesse prevalecente.

Assim, quando nos debatemos acerca das teses de SÁ MELLO, MENEZES LEITÃO ou OLIVEIRA ASCENSÃO, e ultrapassando o tratamento que cada um dá à questão de garantia ou não dos direitos pessoais a um terceiro não criador, constatamos que o que está realmente em discussão é definir se se privilegia aquele que investe e portanto propicia economicamente a criação ou se se enaltece o criador, dignificando a própria obra enquanto “concretização por excelência da ontogenia do espírito (...) [sua] expressão qualificada”¹⁰². Esta decisão não pode, pelas razões já expendidas, estar na disponibilidade das partes interessadas, que é o que parece acontecer se admitirmos que pelo art.14º (sempre coadjuvados pelos arts. 11º e 27º) do CDADC o empregador possa adquirir *ab origine* o direito de autor. Ademais não nos esqueçamos que o Direito de Autor goza de tutela constitucional (art.42º CRP), pelo que as restrições terão de respeitar a tríade de exigências¹⁰³, não podendo estar sujeitas à volatilidade das decisões negociais dos particulares.

As conclusões *supra* adquirem maior relevo ante a constatação da iniquidade negocial decorrente da diminuta autodeterminação individual do criador. De facto, sob a capa da liberdade contratual parecem legitimar-se restrições e utilizações desnecessárias e manifestamente excessivas do direito de autor¹⁰⁴, quando na realidade a liberdade é meramente aparente, especialmente no caso do criador assalariado, cuja dependência económica e insegurança do mercado de trabalho obrigam à aceitação de condições contratuais desfavoráveis. É precisamente aqui que julgamos ser premente destacar que

¹⁰¹ MELLO 2014, 40.

¹⁰² CARVALHO 1994, 541. Ressalve-se que a discussão quanto aos valores a tutelar não surge apenas quando se fala da possibilidade do empregador adquirir originariamente a totalidade do direito de autor, mesmo se aceitarmos que o que está em causa no artigo 14º do CDADC é apenas a titularidade patrimonial do direito, veremos que não existindo de facto autodeterminação individual de uma das partes sempre se estará a privilegiar o investidor em lugar do criador. Isto porque não se definindo o *quantum* a transmitir e podendo, por via do nº 3 do art. 14º do CDADC, o empregador/comitente adquirir a totalidade dos direitos patrimoniais a expropriação injustificada será inevitável. VICTÓRIA ROCHA demonstra isto mesmo quando defendendo que o art. 14º do CDADC apenas define a titularidade patrimonial do direito afirma que admitindo-se a titularidade a favor do empregador se privilegia a exploração relativamente à criação, vd. ROCHA 2008, 169. No mesmo sentido ROUXINOL 2014, 136.

¹⁰³ Cfr. n 37.

¹⁰⁴ ROUXINOL 2014, 99-102. ASCENSÃO 2012, 378.

esta autonomia privada deve ser e é balizada normativamente. Em primeiro lugar destacar que cada vez mais o direito contratual se move de acordo com imperativos éticos e sociais e que “A liberdade de fixação do conteúdo dos contratos move-se «dentro dos limites da lei» (art.405º CC), limites esses que visam a tutela de interesses das partes – nomeadamente a correção e a justiça substancial”¹⁰⁵. Assim, admitindo que a ordem *jusautor* visa salvaguardar a posição do autor também na cena contratual, impedindo que por via da vaguidade este transmita mais faculdades do que as desejadas, e tendo em conta a função tuitiva e preventiva do direito do trabalho, que ciente da fragilidade do trabalhador¹⁰⁶, procura amenizar a hegemonia jurídica do empregador sobre o último, não podemos senão concluir que a autonomia privada subjacente ao ordenamento *jusautor* terá sempre de respeitar os princípios enformadores das ordens citadas.

Não nos choca que a tónica de proteção nacional possa ser a do investimento, apenas achamos que “a solução adotada [dependendo] de uma ponderação dos valores e interesses em causa, cuja sede própria é a da hétero-regulação, jamais [pode] ser deixada à disponibilidade dos sujeitos envolvidos”¹⁰⁷¹⁰⁸. Somente no plano legislativo se pode definir a necessidade jurídica preponderante e no caso em apreço o seu sujeito originário, porquanto definidor da *ratio* normativa. Não nos parece que o legislador, enquanto personificador do Direito e seu materializador tenha querido desvirtuar o princípio enformador do regime jurídico apreciado, não se podendo por isso aceitar que o art. 14º exceção os arts. 11º e 27º CDADC.¹⁰⁹

¹⁰⁵ COSTA 2009, 242-243.

¹⁰⁶ ROUXINOL 2014, 166-167.

¹⁰⁷ ROUXINOL 2014, 113.

¹⁰⁸ Sintetizamos as conclusões acima expendidas com o ensinamento de OLIVEIRA ASCENSÃO de que “ Se a ordem jurídica deixar de funcionar em benefício coletivo e for instrumentalizada para servir interesses privados, a sua legitimidade desaparece” ASCENSÃO 2010, 222.

¹⁰⁹ Cfr. VITORINO 1995, 86.

2.4 A obra coletiva

Tentamos já demonstrar que a exceção prevista nos arts. 11º e 27º não é a tutelada no art. 14º do CDADC, compete-nos agora compreender se essa será de fato a resultante do instituto da obra coletiva. No art. 16º do CDADC disciplina-se a criação da obra plural, diferenciando-se a obra em colaboração (al. a) da coletiva (al.b), através do papel desempenhado pela entidade económica organizativa. Caso a organização da criação seja feita a cargo de uma entidade singular ou coletiva e a sua divulgação feita em seu nome, ser-lhe-á originariamente atribuído o direito de autor – art. 19º/1 CDADC, porque se privilegia, em “favor do pragmatismo da proteção empresarial”¹¹⁰, o “elemento organizativo (...) e da iniciativa da criação”¹¹¹, em detrimento do ato criativo enquanto *gérmen* da outorga da autoria e titularidade originária. Este parece ser o entendimento de grande parte da doutrina. OLIVEIRA ASCENSÃO di-lo expressamente¹¹², afirmando, contudo, que à empresa não cabem os direitos pessoais, pois que estes são tuteladores da pessoa do criador individual.

VICTÓRIA ROCHA entende, de igual forma, este caso como uma exceção à ideologia continental, advertindo, contudo, que o legislador assegurou no nº2 do art. 19º do CDADC a tutela do criador individual. Caso as parcelas sejam discrimináveis, então os criadores serão titulares dos direitos pessoais e patrimoniais da sua contribuição como no art. 18º do CDADC. À questão de saber se a empresa aufere de direitos pessoais quanto ao conjunto da obra ou no caso de não ser possível discriminar as participações individuais, a autora, afirma que lhe parece excessivo excisar por completo a vertente pessoal do direito de autor, pelo que, e por uma questão de defesa da própria obra, serão de atribuir, ainda que sem igual amplitude, alguns direitos (v.g direito de paternidade ou integridade e genuinidade).¹¹³¹¹⁴

SÁ MELLO perspetiva a atribuição originária do direito de autor, não como decorrente de uma ficção legal de autoria da obra intelectual, em virtude do efeito do ato

¹¹⁰ ROCHA 2008, 186.

¹¹¹ MELLO 2008, 207.

¹¹² ASCENSÃO 2012, 124-127.

¹¹³ ROCHA 2008, 184-187. OLIVEIRA ASCENSÃO, pelo contrário, defende que não se podendo discriminar as contribuições pessoais então não existirão quaisquer direitos pessoais, ASCENSÃO 2012, 127. Em sentido similar relativamente aos direitos pessoais MARTINEZ 2011, 71.

¹¹⁴No mesmo sentido TRABUCO 2015, 161.

jurídico contratual, mas como “consequência natural do próprio processo criativo”¹¹⁵ resultante dos factos materiais – iniciativa, organização, direção e enquadramento empresarial – que lhe deram origem. A obra coletiva é um bem *jusautorais* autónomo, independente das contribuições pessoais, surgindo assim, não como uma criação plural, mas sim como criação singular resultante do esforço empresarial. A conciliação das contribuições criativas discrimináveis faz-se segundo o “princípio” da subordinação ao não prejuízo da exploração económica da obra coletiva.¹¹⁶ Quanto ao direito pessoal da obra, discordando do estabelecido por OLIVEIRA ASCENSÃO, admite o reconhecimento à empresa de direitos pessoais, uma vez que a função destes reside na proteção da genuinidade e integridade da obra, e não da personalidade do autor.

MILENA ROUXINOL, admitindo que à primeira vista a obra coletiva parece ter por objetivo a concessão da tutela ao potenciador económico e organizativo da obra, fccionando a lei, para esse efeito, a sua autoria, logo conclui pela “duvidosa conformidade constitucional” da norma e pela parca utilidade prática do instituto¹¹⁷. Critica o tratamento desigual dado à criação plural e singular, quando feita nos mesmos moldes, ou seja, quando exista igualmente um suporte económico empresarial a organizar e potencialmente dirigir a obra, mas essa seja resultado de criação individual, não se compreendendo, em segundo lugar, o afrontamento legislativo que é a imputação da autoria à entidade organizativa, em (aparente) desconsideração da tutela *jus-autoral* devida aos criadores individualmente considerados, especialmente quando por este meio se garantem, frequentemente, faculdades patrimoniais para lá do necessário e razoável¹¹⁸. É certo, como a autora refere, que não está “em causa a legitimidade do objetivo tutelado (...) nem a adequação do expediente à satisfação desse interesse”¹¹⁹, mas sim a necessidade da restrição, a sua adequação e indispensabilidade face às necessidades da entidade explorativa. A autora conclui afirmando o contrato de trabalho, normalmente na base negocial da obra coletiva, como garante das prerrogativas *jusautorais* necessárias à entidade empresarial, e fornecedor do “quadro referencial” do *quantum*, impedindo a utilização em prejuízo dos interesses da entidade empresarial por parte do criador¹²⁰.

¹¹⁵ MELLO 2014, 73.

¹¹⁶ MELLO 2014, 139.

¹¹⁷ ROUXINOL 2014, 385, 403-404

¹¹⁸ Cfr. n 37. De salientar que em seu entendimento os direitos pessoais nunca se transmitem, pois que de natureza são insuscetíveis de pertencer a uma pessoa jurídica ROUXINOL 2014, 405-416.

¹¹⁹ ROUXINOL 2014, 405

¹²⁰ ROUXINOL 2014, 449

Por sua vez, DIAS PEREIRA compreende a obra coletiva “como uma regra de atribuição de direitos através da técnica *cessio legis*”, assim, admitindo que a letra da lei parece indicar no sentido da ficção da autoria à entidade coletiva, persiste no ato de criação e na incapacidade criativa dos entes coletivos como argumentos inultrapassáveis. “O facto constitutivo (...) é apenas a criação da obra, já não a direção do processo criativo”, referindo, igualmente, que o nº 2 do art. 18º, aplicável às obras coletivas pelo nº 2 do art. 19º do CDADC acautela suficientemente a empresa, pois impede a utilização prejudicial das parcelas contributivas pessoais.

2.5 As soluções

Demonstrada a indissociabilidade da criação, autoria e titularidade originária, compete-nos revelar como tem a doutrina procurado superar as imperfeições resultantes do art.14º do CDADC.

Antes de prosseguirmos vejamos algumas recomendações que UE tem enunciado, em virtude da inexistente harmonização a nível contratual e das ineficientes previsões legais tuteladoras da posição, negocialmente enfraquecida, dos criadores nos vários EM. Assim, tem-se pugnado pela determinação de uma justa remuneração dos autores, apelando a que os legisladores nacionais não só a prevejam como também definam o seu cálculo. Foi também recomendado que se impusesse a forma escrita e a obrigatoriedade da determinação das faculdades *jusautorais* transferidas, assim como a sua limitação temporal, evitando-se o aproveitamento indevido da fraqueza negocial e da iliteracia jurídica dos criadores por parte dos exploradores económicos¹²¹. Anteriormente PARILLI enunciara já aquelas previsões, que em sua opinião, deveriam ser normativamente previstas quanto à encomenda: a cessão deve limitar-se aos direitos de exploração e apenas aos modos de exploração convencionados, qualquer outra utilização deve ser autorizada e o criador remunerado, a transmissão das formas de exploração futuras deve ser nula, a remuneração pela cessão total ou parcial não deve consistir em ato único, mas feita proporcionalmente e sujeita a revisão caso o pagamento seja único. Relativamente ao contrato de trabalho, o mesmo é expresso com o seguinte acréscimo: o direito pessoal

¹²¹ DUSOLLIER 2014, 6-18.

é intransmissível e jamais conferível ao empregador, o direito ao inédito apenas é exercido quando a obra seja concluída e entregue, o direito de modificação pertence ao trabalhador, a menos que o empregador seja autorizado a proceder a transformações da obra.¹²²

VICTÓRIA ROCHA realçando a inexistência de consenso quanto à natureza do contrato de encomenda¹²³, afirma que o titular dos direitos será o autor, pessoa física, salvo convenção em contrário (mas apenas no que concerne aos direitos patrimoniais) ou omissão do nome do autor. Neste caso, “se por via do art. 14º, 3º, os direitos tiverem sido transmitidos a quem fez a encomenda (...) o exercício do direito ao nome, um dos atributos do direito de paternidade, fará retornar os direitos patrimoniais ao autor.”¹²⁴. Isto porque, segundo a autora há uma permanente interdependência entre os direitos pessoais e patrimoniais, os primeiros sempre constituídos na esfera jurídica do criador, o que liga permanentemente o autor à sua obra. Relativamente à obra criada na sequência do contrato de trabalho, a autora afirma a inexistência da derrogação do princípio da autoria (art.11º CDADC), enaltecendo, contudo, a possibilidade do empregador adquirir as faculdades patrimoniais do direito, convencionando-se tal transferência (14º/1 CDADC) ou presumindo-se (14º/3 CDADC)¹²⁵. Os direitos pessoais permanecem na esfera jurídica do criador, ainda que, se admita a sua limitação “em função das finalidades decorrentes do contrato de trabalho”.

Referindo-se especificamente ao contrato de trabalho jornalístico, mas admitindo-se a aplicabilidade dos raciocínios à generalidade dos contratos de trabalho criativos, MILENA ROUXINOL procura conciliar os interesses dos empregadores, definindo como obrigatória a atribuição de um acervo mínimo de prerrogativas *jusautorais* – âmbito

¹²² PARILLI 1994, 109 e 117-118.

¹²³ ROCHA 2011, 190ss.

¹²⁴ ROCHA 2011, 207.

¹²⁵ A autora alerta que o contrato de trabalho não importa a cessão implícita dos direitos patrimoniais e que caso não sejam convencionadas as faculdades *jusautorais* patrimoniais a transferir, estas devem ser aferidas de acordo com o princípio da boa fé, da finalidade contratual e da atividade económica da entidade, sendo proibida a utilização pejorativa, quer do empregador relativamente aos direitos pessoais e patrimoniais (que não tenham sido transmitidos ou não devam de acordo com os princípios supra mencionados) do criador, quer deste último relativamente à prossecução da atividade do empregador (art.15º/3 CDADC). Esta questão apenas poderá ser aferida casuisticamente e à luz do estabelecido contratualmente. Ainda assim, a autora nota a posição enfraquecida do autor, que frequentemente se verá impedido de apor o nome à obra, numa inversão da relação princípio (art. 14/2º CDADC) / exceção (14º/3 CDADC). Cremos ser esta a grande dificuldade do art.14º do CDADC, é que ainda que se aceite que não há derrogação da autoria e da titularidade originária do direito de autor, sempre permanecerá a dúvida relativamente ao *quantum* a transmitir. Incerteza essa aproveitável pelo empregador no sentido de usurpar a totalidade do direito (patrimonial) do autor e/ou impedir a revelação da paternidade da obra, cfr. ROCHA 2008, 171-182. Igualmente ABRANTES 2011, 82-86, TRABUCO 2015, 154-159.

de vinculação autoral necessário – em virtude da alienabilidade e da causa objetiva do contrato de trabalho¹²⁶ e a tutela do criador, cuja conciliação com a autoria e consequente titularidade originária encerra o fundamento dogmático do direito de autor português. Refutando a aquisição originária por parte do empregador, a autora defende uma aquisição derivada, mas automática de um conjunto de faculdades *jusautorais* necessárias ao preenchimento da função social do contrato em apreço. Assim, a autora entende o n.º 2 do art. 14.º do CDADC não como uma presunção supletiva face à inexistência de contratualização das prerrogativas autorais necessárias, mas como indicação de *que ab origine*, o direito de autor sempre pertencerá ao autor e que este será o titular de todas as prerrogativas que pela teoria da disposição funcional corrigida¹²⁷, não sejam de atribuir ao empregador.¹²⁸ Relativamente ao n.º 3 do art. 14.º do CDADC, a autora assimila a sua previsão à do art. 30.º do CDADC, estabelecendo aquele que divulgue ou publique a obra como representante do criador.

Ao longo da exposição fomos já demonstrando as teses daqueles autores que entendem o art. 14.º/1 do CDADC como atribuidor *ab origine*, pelo que evitamos repetir-nos¹²⁹. Compreendendo as reticências do ponto de vista *jusautorais*, e em especial no que concerne ao n.º 2 do art. 14.º do CDADC e à aferição do *quantum*, tendemos a concordar com os raciocínios elencados por MILENA ROUXINOL e MACEDO VITORINO,

¹²⁶ A autora associa ao objeto típico do contrato de trabalho, a realização de determinada atividade, a “instalação (...) de um conjunto de prerrogativas de exploração económica (...) [sob pena de] se lhe negar a validade, por se lhe frustrar a função típica” ROUXINOL 2014, 78. Cremos que esta associação de elementos típicos do contrato de trabalho e dos contratos autorais se pode subsumir à generalidade dos contratos de trabalho criativos, sob pena de serem supérfluos ou excessivamente limitantes.

¹²⁷ A autora demonstra a insuficiência da teoria da disposição funcional, com base na fragilidade e inexistente autodeterminação do trabalhador, aliada à mutabilidade do escopo explorativo das empresas. Assim corrige-a, afirmando que lhe devem ser associados parâmetros de valoração externos e sociais, niveladores da disparidade negocial ROUXINOL 2014, 167

¹²⁸ Considerando a aferição do *quantum* da vinculação autoral indissociável do mecanismo de aquisição e transmissão do direito de autor sufragado, porquanto o preenche e garante a satisfação das necessidades económicas do empregador, a autora procura circunscrever as atribuições autorais de acordo com a teoria da disposição funcional corrigida, chamando à colação o art. 15.º do CDADC. Da leitura do artigo conclui que inexistindo qualquer convenção acerca dos efeitos *jusautorais* o empregador sempre terá direito a utilizá-los satisfazendo as suas necessidades económicas e explorativas. Assim, o art. 15.º do CDADC parece precaver as situações silenciosas garantindo uma licença de utilização por parte do explorador económico, finalisticamente limitado cfr. ROUXINOL 2014, 164, 171-181. Similar entendimento tem MACEDO VITORINO que, tratando de igual forma o contrato de trabalho e de encomenda, interpreta o art. 14.º/1 do CDADC “como uma forma de transmissão imediata e automática d[os direitos patrimoniais] da obra intelectual”, *vd.* VITORINO 1995, 87. Definindo que a determinação do âmbito de vinculação autoral deve ser feita de acordo com a finalidade do contrato, esclarece que em todo o caso o legislador precaveu no art. 15.º/1 do CDADC os casos em que o contrato “não tem como efeito a oneração ou transmissão da obra”, sendo garantido ao comitente um direito de utilização similar a uma licença simples VITORINO 1995, 90-91. MILENA ROUXINOL concordando parcialmente com este autor cifra-lhe algumas críticas ROUXINOL 2014, 173.

¹²⁹ *Vd.* n. 48.

porquanto asseguram simultaneamente a tutela do criador intelectual e dignificação da obra intelectual, sem expurgar na totalidade o papel determinante na transformação da criação num ativo económico enquadrável comercialmente, do empregador e demais exploradores económicos.

Conclusão

A praxis legislativa *jusautorais* é profundamente influenciada pelo sistema jurídico em cujo ordenamento se integra, porquanto lhe determina o fundamento *axio-filosófico* que simultaneamente a justifica e lhe garante coerência e densidade normativas. Integrando-se o regime português no sistema continental e tendo por baluarte tutelar a criação, enquanto reflexo da singularidade do criador, não se compreende como pôde o legislador, ainda que hipoteticamente, permitir que exceções se convoem em regra, em prejuízo das premissas, traves-mestre do regime.

A técnica legislativa preconizada pelo art. 14º do CDADC traduz esta subversão do princípio enformador do regime *jusautorais* português, conforme demonstram as teorias de MENEZES LEITÃO, OLIVEIRA ASCENSÃO e em certa medida SÁ MELLO, que preconizam a cisão entre a autoria humana e a criação, admitindo que aquela norma exceção os arts. 11º e 27º do CDADC.

Recusamos veemente este entendimento, não só pelas consequências práticas daí advindas, nomeadamente a circunscrição da vertente pessoal na esfera jurídica de outrem que não o criador, sua inexistência ou sua separação da veste de autor, mas pela consagração da deslocação da definição da escolha valorativa, do plano *heteroregulativo* para o plano *autonormativo*. Neste sentido é inegável que foi intuito do legislador prever a obra coletiva (art. 19º CDADC) como exceção aos arts. 11º e 27º CDADC. Porém, não podemos deixar de julgar a amplitude excessiva do seu âmbito, que leva frequentemente a uma subversão injustificada do regime *jusautorais* português.

Por condenarmos a instrumentalização da autoria e por pugnarmos pela *incindibilidade* da criação, autoria e titularidade originária, não podemos deixar de afirmar que esta não se resume a um mecanismo axiologicamente assético de atribuição de prerrogativas *jusautorais*, mas resulta naturalmente da atividade criativa humana. Facto que se verifica pela coincidência legalmente prevista (art.9º do CDADC) da autoria e da vertente pessoal do Direito de Autor, reflexo do espírito criativo sobre a criação. Ao permitir-se, como parece decorrer *lacunosamente* do nº 1 e 3 do art. 14º do CDADC, que outrem que não o criador seja investido como autor, está-se não só a excisar permanentemente o vínculo criador-obra, como também a permitir uma completa expropriação patrimonial do criador, numa visão absolutamente *fordista* do sujeito criativo.

Assim, consideramos que apenas pelo crivo legislativo se poderá solucionar o imbróglio jurídico, consequência da aparente demissão jurisdicção do legislador. É necessário reformular a norma em questão, esclarecendo que apenas a atribuição da vertente patrimonial do direito de autor está na disponibilidade das partes, respeitando o princípio da autoria humana e garantido que o criador não possa ser silenciosamente forçado, em virtude da sua iniquidade negocial, a renunciar às faculdades *jusautorais*, originariamente suas. Deve ser igualmente previsto o âmbito da vinculação autoral, para evitar o aproveitamento excessivo e desnecessário do criador, assim como o seu quantum remuneratório, evitando simultaneamente que a al.b do n° 4 do art. 14° do CDADC reduza o direito exclusivo do criador a um de simples remuneração.

Não queremos com a presente dissertação desvalorizar o papel vital dos exploradores económicos. O que se pretende é procurar um ponto de equilíbrio entre os diversos *stakeholders*, que garanta a disposição das prerrogativas autorais necessárias à satisfação do propósito económico dos exploradores, mas evite o aproveitamento indevido da ignorância e pobreza dos criadores, parte vulnerável no jogo contratual.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João Abrantes: “Contratos da Propriedade Intelectual e Contrato de Trabalho” in Carlos Ferreira de Almeida/ Luís Couto Gonçalves/ Cláudia Trabuco (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, **2011**, p. 79-92
- AKESTER, Patrícia: *Direito de Autor em Portugal nos PALOP (2013)*, Coimbra, Almedina, **2013**
- ALMEIDA, Geraldo da Cruz: “O Direito Pessoal de Autor no Código de Direitos de Autor” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, FDUL, Coimbra, Coimbra Editora, **2001**, p.1055-1128
- ASCENSÃO, José de Oliveira: **2012**, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012; **2010**, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010; **2008a**, “Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?” in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 15, UNL, Lisboa, 2008, p. 117-138; **2008b**, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- CARVALHO, Orlando de: “Os direitos de personalidade de autor” in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, Cosmos/Arco-Íris, **1994**, p. 539-550
- CASELLI, Eduardo Piola *et al.*: “Diritto d’autore in Novissimo” *Digesto Italiano*, Vol. V, Torino, Itália, UTET, 1960, p.669-725, **1960**
- CHINNI, Christine: “Droit d’auteur versus the Economics of Copyright: Implications For American Law of Accession to the Berne Convention” in *Western New England Law Review*, 14(2), **1992**, p. 145-174
- COSTA, Mário Júlio Almeida: *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina, **2009**
- COTTER, Thomas: “Pragmatism, Economics and the Droit Moral” in *North Carolina Law Review*, 76(1), **1997**, p. 1-96
- COMISSÃO: “Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, *Comunicação da Comissão*, 03.03.2010, Bruxelas, **2010** <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF , consult. em 20/09/2016

DIETZ, Adolf: **2015** “Protection of Creative People Via Copryright – The Five Pillars of Modern Continental European Copryright Law (Authors Rights Law)” in *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 243, França, 2015, p. 101-173; **2005**, “Copyright Contract Law according to the New German Legislation and Practice” in *ami - TIJDSCHRIFT VOOR AUTEURS-, MEDIA- & INFORMATIERECHT* 29(1), Holanda, 2005, p. 20-26

DRUMMOND, Vitor: **2015**, “Os privilégios monopolistas como elementos comuns para todos os sistemas de Copyright e de Droit D'auteur e o déficit filosófico do direito de autor” in *Dário Moura Vicente; José Alberto Coelho Vieira; Alexandre Dias Pereira; Sofia de Vasconcelos Casimiro; Ana Maria Pereira da Silva. (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao prof. José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária*, 1ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 601-628; **2014**, “Por uma construção de um direito de autor imune ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos” in *Pi - Propriedades Intelectuais*, 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 22-29; **2013**, “The creative circle: Why the linguistic turn is of philosophical interest in copyright law” in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 5(1), Brasil, 2013, p. 78-81

DUSOLLIER, Séverine, KER, Caroline, IGLESIAS, Maria, YOLANDA, Smits: *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States (STUDY)*, European Parliament – Directorate-General For Internal Policies, **2014**, disponível em : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493041/IPOL-JURI_ET\(2014\)493041_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493041/IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf)

EUROSTAT: *Culture Statistics – 2016 Edition*, Publications Office of the European Union, Bélgica, **2016**, disponível em: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/7551543/KS-04-15-737-EN-N.pdf/648072f3-63c4-47d8-905a-6fdc742b8605>

FIELKNOW, Colleen Creamer, “Clashing Rights under United States Copyright Law: Harmonizing an Employer's Economic Right with the Artist-Employee's Moral

- Rights in a Work Made For Hire” in *Journal of Art and Entertainment Law*, DePaul University, 7, EUA, **1997**, p. 218-263
- INE- Instituto Nacional de Estatística: *Estatísticas da Cultura 2014*, INE, **2015**, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=12365765&PUBLICACOESmodo=2
- IViR – Institute for Information Law - University of Amsterdam: **2006**, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy (Final Report)*, Holanda, 2006, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf ; **2002**, *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Property in The European Union (Final Report)*, Holanda, 2002 disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e69_en.pdf
- KRETSCHMER, Martin: “Copyright and Contract Law: Regulating Creator Contracts: The State of the Art and a Research Agenda” in *Journal of Intellectual Property Law*, 18(1), EUA, **2010**, p. 141-172
- MACHADO, João Baptista: *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18º Reimpressão, Coimbra, Almedina, **2010**
- MANZANO, Rafael Roselló: *Derechos de la Personalidad y Derechos Morales de los Autores*, 1ª Edición, Madrid, REUS, **2011**
- MARTINEZ, Pedro Romano: “Contratos de Encomenda de Criação Intelectual” in Carlos Ferreira de Almeida/ Luís Couto Gonçalves/ Cláudia Trabuco (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011 p.55-77
- MELLO, Alberto de Sá e: **2015**, “Trabalho criativo subordinado: A criação de obras intelectuais em execução de contrato de trabalho (com uma perspetiva de Direito Comparado)” in *JURISMAT – Revista Jurídica*, 7, 2015, 305-337; **2014**, *Manual de Direito de Autor*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014; **2008**, *Contrato de Direito de Autor - A Autonomia Contratual na Formação do Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2008
- MOYSE, Pierre-Emmanuel: “La nature du droit d’auteur: droit de propriété ou monopole?” in *Revue de Droit de McGill*, 43, França **1997-1998**, p. 507-563

- PARILLI, Ricardo Antequera: “Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo” in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, Lisboa, Cosmos/Arco-Íris, 1994, p.107-120
- PATTERSON, L. Ray, JOYCE, Craig: “Copyright 1971: An Essay Concerning The Founders’ View of The Copyright Power Granted to The Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S Constitution” in *Emory Law Journal*, 52, EUA **2003**, 910-952
- PEREIRA, Alexandre Dias: **2008**, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008; **2002**, “Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Lisboa, 2002 p.467- 485; **1999**, “Jornalismo e Direito de Autor” in *Boletim da Faculdade de Direito, LXXV*, Universidade de Coimbra, 1999, p. 591-597
- RAJAN, Mira T. Sundara: “Tradition and change: The past and future of authors’ moral rights” in Toshiko Takenaka, *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Reprinted 2013, Edward Elgar Publishing Limited, EUA, 2013, p.123-146
- REBELLO, Luiz Francisco: **1992**, *Alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos - Lei n° 114/91 Anotada e seguida de legislação complementar*, Lisboa, PETRONY, LDA, 1992; **1994** *Introdução ao Direito de Autor*, I, 1ª Edição, Sociedade Portuguesa de Autores Publicações Dom Quixote Lisboa, 1994; **2002**, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos: Anotado seguido de legislação complementar, Convenções Internacionais e Directivas Comunitárias*, 3ª Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Âncora, 2002
- RIGAMONTI, Cyril: “Deconstructing Moral Rights” in *Harvard International Journal*, 47, EUA, **2006**, p 391-399.
- ROCHA, Maria Victória: **2011**, “Obras de arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor” in Carlos Ferreira de Almeida/ Luís Couto Gonçalves/ Cláudia Trabuco (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 159-209; **2010**, “Questões de forma nos contratos de exploração de Direitos de Autor e Direitos Conexos” em Portugal in Diogo Leite Campos (org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.769-795; **2008**, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho” in *Nos 20 anos das Sociedades Comerciais - Homenagem aos*

- Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, I,*
Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 167-199
- ROUXINOL, Milena Silva: *A Vinculação Autoral do Trabalhador Jornalista*, 1ª Edição,
Coimbra, Almedina, **2014**
- SILVA, Nuno Sousa e: “Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu” in *Revista da
Ordem dos Advogados*, Ano 73, Lisboa, 2013 p.1331-1387
- VITORINO, António de Macedo: **1995**, *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*,
Almedina, Coimbra, 1995; **1992**, “Esboço de uma concepção sobre a natureza
jurídica” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXIII,
Lisboa, FDUL, 1992, p. 463-514
- TRABUCO, Cláudia: “Criações intelectuais e invenções em execução de contrato de
trabalho” in Dário Moura Vicente/ José Alberto Coelho Vieira/ Alexandre Dias
Pereira/ Sofia de Vasconcelos Casimiro/ Ana Maria Pereira da Silva *Estudos de
Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*,
Coimbra, Almedina, **2015**, p.149-170

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16/07/2009, Infopaq International
A/S contra Danske Dagblades Forening, Relator: J. Malenovský, Processo nº C-
5/08 disponível em:
[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageInde
x=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=774486](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=774486)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/07/2008, Relator: Sebastião Póvoas,
Processo nº 08A1920 disponível em:
[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fed0726b96ad901
1802574790047e2a1?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fed0726b96ad9011802574790047e2a1?OpenDocument)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/12/1995, Relator: Almeida e Silva,
Processo nº 087079 disponível em:
[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5872d6cc392d1d
46802568fc003af4ee?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5872d6cc392d1d46802568fc003af4ee?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/09/2004, Relator: Santos Martins,
Processo nº 1086/2003-7 disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5ad18afa332d589e80256f6c0039119e?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/10/2012, Relator: Luís Correia de
Mendonça, Processo nº 5509/09.8TVLSB.L1-8 disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fbc8b64c15f39afc80257ac30055295f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/11/2013, Relator: Teresa
Albuquerque, Processo nº 4335/12.1TBFUN.L1-2 disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/de5fb91dc726426c80257c58003e86e1?OpenDocument>

RECURSOS ELETRÓNICOS

HEINONLINE: <http://home.heinonline.org/>

EBSCO Discovery Service: <https://www.ebscohost.com/discovery>

IGFEJ – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P:
<http://www.dgsi.pt/>

Autoridade Tributária e Aduaneira – “Processo nº 9847”, *Informação Vinculativa*,
Despacho de 2016-01-26, por delegação do Director Geral da Autoridade Tributária e
Aduaneira – AT, 2016 disponível em:
http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/9C003C8F-A4C8-4036-B368-4D515775B03D/0/Informacao_9847.pdf, consultado em: 20/09/2016