

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

EDIÇÃO

Centro de Direito do Consumo

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

João Rijo Madeira

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Tipografia Lousanense

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

432448/17

© SETEMBRO 2017

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PIRATARIA NA LEI DA MODA: UM PARADOXO?

PIRACY IN FASHION LAW: A PARADOX?

Maria Victória Rocha*

"In Fashion one day you're in, next day you're out"

Heidi Klum (*Project Runway*)

Abstract: The role of Law ought to be decisive in the protection of fashion products and their creators. Protection falls on immaterial goods, which are essentially protected by Intellectual Property, namely copyrights and industrial property rights, such as design (in the EU unregistered designs, special important for short cycle industries like fashion may be protected thanks to Regulation EC 6/2002 on protecting Community designs), trademarks and other distinctive signs, patents and utility models. Thanks to the digitalization and the Internet, there is a flourishing e-commerce related to fashion products, that competes with the traditional physical market. Almost every company sells in both markets and many sell only in the Internet. Thus, protection of domain names, and Websites or Facebook pages is very important because they function as the store open to the public, with its collections of goods, to which the consumers access on demand. It is important to protect these collections as databases. Protection must also

* Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). E-mail: virocha@porto.ucp.pt e victoriarocha@netcabo.pt . A autora optou por não escrever ao abrigo do novo acordo ortográfico.

occur against unfair competition. The rules against unfair competition play a very important roll in several ways, namely prevent trade-secrets, know-how, protect against acts of confusion, or prevent registration of industrial property rights that may cause confusion. Also, when there is no protection by an exclusive right, either a copyright or an industrial property right, unfair competition rules may be the solution for protection. The fashion industry spends thousands in advertisement, thus advertisement rules also apply to fashion industry.

Overlapping all these protections is also possible. The the EU Directive 98/71/CE, of the Parliament and the Council of 13th October 1998, about de protection of models and designs, imposes overlapping copyright with designs protected by Industrial Property, though we cannot say there is a satisfactory harmonization because the criteria are left for each State Member to decide, and the solutions are very different in each country. This Directive ought to be amended, but there are no strong lobbies for that to happen. In countries such the USA, there is no copyright protection of fashion because of its utilitary function. Only the strickly ornamental designs may be protected by copyright. There have been several bills to change the law, but they didn't pass, until now, as far as we know.

Fashion articles are largely copied by knockoffs and make alike industries, leading fashion originals industry to lose lots of money. Neverthelsss there are few lawsuits related to the copy of designs. The large number of lawsuits is related to copying trademarks and other distinctive signs. Imitation of original designs is a constant in the market, however it leads to the creation of a pyramid of markets of knockoffs, and doesn't seem to cause damage. Nevertheless it implies new business models for the fist movers in



order not to be so affected by piracy. But not all the imitations of designs are acts of piracy, in many cases the knockoffs are inspired by top fashion companies and designers, but there is no copy in the legal sense of the work, what is copied is only a trend.

Contrary to expectations, the fashion industry doesn't seem to be affected, and is constantly adapting itself to imitation and piracy of designs. That's why some authors call it the "Piracy Paradox". Some authors say that piracy has led, in a certain way, fashion to reinvent itself, offer new products, and new models of business, thus leading to innovation and short fashion cycles. Although it may drive the creativity, the copy has affected some sectors of fashion. Fast fashion companies that make knockoffs, even before the original designs are sold, are most benefited by the practice, often hurting small highly qualified designers that don't have ways to react. Also, fast fashion copying of original designers led some of these to lose money, and, in order to protect their designs, to use trademarks in the design, thus leading to less creativity, to sell bridge lines and to sell also very immediacy selling, and to create their own outlets. But the copying is not only bottom up, the haute couture maisons copy from one another in order to define trends. Though in the USA there is no copyright protection, contrary to what happens in the EU, where fashion designs may be protected by copyright, the behaviour of the companies seems the same, with some exceptions of emblematic lawsuits of great creators. And the doctrine and judges tend to be more demanding in what regards creativity, in order to protect fashion designs by Copyright. The low concentration of the highly fragmented fashion industry also contributes to weaken the protection because there are no strong lobbies to press law makers. The market is global, the laws are different, even within the EU, so the court rulings may be different according to the

country where the lawsuit occurs and the law it applies. This leads to uncertainty, and there ought to be a large harmonization on this subject. Nevertheless, fashion industry flourishes. Is this a paradox? It seems to be so, but we don't have the experience to see how fashion industry would behave, if there was a stronger global protection by Intellectual Property Laws, because it never happened until nowadays.

Sumário: 1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial. 2. Moda e Direito de Autor. 3. Moda e Direito Industrial. 3.1. Patentes e Modelos de Utilidade. 3.2. Modelos e Desenhos. 3.3. Marcas 3.4. Outros Sinais Distintivos. 4. Comércio Electrónico e tutela dos nomes de domínio. 5. Regras contra a Concorrência Desleal. 6. O Direito da Publicidade. 7. Tutela do Direito do Fabricante das Base de Dados. 8. Cúmulo de Protecções. 8. A incidência da pirataria na moda. 9. Efeitos paradoxais? 9.1 O argumento da Induced Obsolescence. 9.2. O argumento do anchoring. 9.3. O argumento do modelo colaborativo. 10. Posição tomada. 11. Conclusões.

Summary: 1. Fashion as object of protection by Copyright and Industrial Property. 2. Fashion and Copyright. 3. Fashion and Industrial Property. 3.1. Patents and Utility Models. 3.2. Designs and Models 3.3. Trademarks. 3.4. Other Distinctive Signs. 4. E-commerce and domain names. 5. Rules against unfair competence 6. Advertising Law. 7. The Sui generis right of producer of data bases. 8. Overlapping of protections 9. Piracy in fashion. 9. Piracy in fashion, a paradox? 9.1 Induced Obsolescence. 9.2. Anchoring. 9.3. Cooperative model. 10. Our point of view. 11. Conclusion.

Key-Words: Fashion; Fashion Law, Copyright; Industrial Property; Patents; Utility Models; Designs; Models; Trademarks; Logos; Unfair Competition; Advertising; Piracy.



Palavras-chave: Moda; Lei da Moda; Direito de Autor; Propriedade Industrial; Patentes; Modelos de Utilidade; Modelos e Desenhos; Marcas; Logótipos; Concorrência Desleal; Publicidade; Pirataria.

1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial

Antes de mais, cabe esclarecer que o nosso estudo apenas se dirige à moda em sentido estrito, enquanto indústria da moda ligada ao vestuário, calçado, carteiras e acessórios. Não entraremos na moda em outros sectores de actividade, e muito menos na moda em sentido mais amplo, enquanto comportamento mutável, nas mais diversas áreas da vida em sociedade, quer de um ponto de vista diacrónico, quer de um ponto de vista sincrónico. Para pegarmos num exemplo deste sentido amplo, pense-se nos hábitos existentes na era pré-digital quando comparados com os comportamentos advindos com a digitalização, o surgimento e expansão da *Internet*, dos telemóveis, etc.¹

¹ Vejam-se os vários conceitos de moda no Dicionário da Língua Portuguesa, Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian, II Vol., G-Z, Lisboa, Verbo, 2001. Desenvolvidamente, sobre a história da moda, <https://pt.wikipedia.org/wiki/Moda> (último acesso em 30.05.2017); CRANE, D., *Fashion and its Social Agendas: Class, Gender and Identity Clothing*, University of Chicago Press, Chicago, p.11 ss.; PALMA, C., *La contraffazione del marchio nell abbigliamento e negli accessori*, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014CristinaPalmaLacontraffazioneelmarchionellabbigliamentoenegliaccessori.pdf> (último acesso em 9.06.2017), pp. 11-13; RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, Capítulo I, pp. 22-27; WILSON, E., *Adorned in Dreams:*

Fashion and Modernity, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003, pp. 16-46; SCAFIDI, S., *Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina*, BELLO, KNOLL, S.I., ECHEVARRIA, P., SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.

O termo moda, em sentido estrito, provem do termo francês *mode*, surgido em torno de 1482 ligado directamente ao vestuário. Historicamente, o nascimento da moda remonta ao período de Luís XIV de França. A corte real da época, reunida em Versalhes, representou o principal centro de nascimento e de difusão de novos modelos. Atribui-se ao alfaiate inglês, que se transferiu para Paris, Charles Frederick Worth a origem da alta-costura e mesmo a invenção da moda, com as características que lhe são próprias de sazonalidade, exigência de oferta de novas tendências, para satisfação do consumidor.

Tradicionalmente, o vestuário era feito à mão. A invenção da máquina de costura, em meados do século XIX, foi essencial para a passagem do "feito à medida" (*taylor made*) para o pronto-a-vestir (*ready-to-wear*). Na sequência da Revolução Industrial dá-se a "democratização" da moda. O que era privilégio de poucos passa a poder ser usado pela generalidade. No decurso do século XX o vestuário feito à mão tendeu progressivamente a desaparecer e hoje, com raras excepções, que representam pequenos nichos de mercado, o pronto-a-vestir domina completamente a indústria da moda. Nos EUA, em 1911, já havia uma indústria florescente em Nova Iorque, que cresceu com a Primeira Guerra Mundial, porque não havia possibilidade de ir a Paris procurar as últimas tendências. Designers Americanos como Clarie McCardell, tornaram-se sensação. Com a grande depressão havia fortes restrições relativamente às peças importadas. Aquando da segunda guerra mundial os EUA já tinham um importante papel na indústria da moda, com cada vez mais marcas internacionais, fábricas de pronto-a-vestir e custos mais baixos.

Para os bens de luxo, no entanto, pouco tinha mudado em meados do século XX. Nos primeiros anos do pós-guerra, Paris manteve-se como o centro da alta-costura para senhoras, enquanto para os homens era Londres (Savile Row Jermyn Street). Com a recuperação da economia, nos anos 50, as empresas italianas e americanas cada vez mais começaram a competir com França, tanto na alta-costura como no pronto-a-vestir. Pierre Cardin foi um dos estilistas que cedo percebeu o fenómeno, concedendo licenças a diversas empresas, que podiam fabricar mas sempre com a sua marca, à época já de grande prestígio. A época do pós-guerra foi de contínua diversificação e crescimento para a indústria da moda nos EUA. Nos anos 50 surgem estilistas como Bill Bass; e nos anos 60 Halsto, nos anos 70 Ralph Lauren e Diana von Furstenberg. Nos anos 70 a moda começou a tornar-se verdadeiramente global. Pontos de venda de *boutiques* com marcas de topo foram abrindo em vários países, com recurso a licenças, com particular destaque para os países do Árabs ricos em petróleo.

Nos anos 80 e 90 a indústria da moda continuou a sua globalização. Itália teve um papel fundamental, com empresas como Gucci, Giorgio Armani,

A indústria da moda é global, embora os locais criativos

Versace, Prada, Valentino. O Japão entrou em força no mercado com estilistas como Rei Kawakubo ou Issey Miyake. Com a queda do muro de Berlim e o fim do comunismo na Rússia, o país torna-se um importante mercado com muito dinheiro.

Cada vez o público é mais atraído pela moda de diversos países, com as passagens de modelos top em Paris, Milão, Roma ou Nova Iorque (designadas *fashion weeks*). O boom económico dos anos 90 criou milhões de novos consumidores com especial apetência para bens de luxo de pronto-a-vestir. Em meados dos anos 90, a moderna concepção de indústria da moda está instalada com grandes fábricas e grupos empresariais, que vão substituindo os *ateliers* e as empresas familiares, com marcas protegidas e concedendo licenças um pouco por todo o mundo (pense-se no Grupo Financiaro Tessile (GTF), na Louis Vuitton - Moët Hennessy (LVMN) e na Pinauld - Printemps - La Redoute (PPR). Ao mesmo tempo começa a surgir outro mercado da moda, o chamado mercado da *fast-fashion*. No fim do século XX, com a crescente diminuição de tarifas alfandegárias e de custos de transporte passa a recorrer-se a mão-de-obra barata como a China ou o Bangladesh onde se deu um terrível desastre que levantou a questão da protecção dos direitos humanos dos trabalhadores nestes países de mão de obra barata e fábricas sem condições de segurança, que produzem a preços incrivelmente baixos. Os retalhistas da *fast-fashion* passam a recorrer a esta cadeia global de produção, com artigos baratos mas com muito *design*. Estão neste mercado, por exemplo a gigante empresa galega ZARA, a inglesa Topshop, a H&M, fundada na Suécia em 1947, a americana, de Los Angeles, Forever 21. Estas e outras empresas do mesmo género produzem a um ritmo muito acelerado cópias ou peças inspiradas nas tendências da alta-costura a preços muito mais baixos (estamos perante os fenómenos das *look alike*, *knockoff*, que desenvolveremos no corpo do artigo). A digitalização e o advento da *Internet* fizeram convergir o mercado físico e o mercado *online*. Hoje o *e-commerce* é fundamental também no domínio da moda, permitindo comprar sem sair de casa peças de todo o mundo. As empresas de moda, em geral, têm uma página *web*, com possibilidade de compra *online*; outras optam por ter *Facebook*, ou as duas em simultâneo. Há também grandes cadeias de intermediários que nos permitem o acesso a peças de marcas, sobretudo de alta-costura, com quase todos, senão todos, os grandes estilistas mundiais. A título de exemplo, veja-se a italiana *yoox.com* ou a portuguesa *farfetch.com* ou ainda a inglesa *outnet.com*. Há ainda as múltiplas possibilidades oferecidas pelo *eBay.com*, desde os leilões às peças em segunda mão ou às lojas ligadas ao *eBay*. Com a crescente protecção a nível da segurança dos pagamentos, cada vez mais pessoas utilizam o comércio electrónico para comprar peças que de outra forma não poderiam adquirir a preços tão baixos e sem sair de casa, pois que se teriam de deslocar aos pontos de venda, por vezes muito distantes, com o conseqüente acréscimo de despesas e muito menor comodidade. As peças *tailor made* são cada vez mais raras e por isso são importantes nichos de mercado.

de onde surgem as tendências da moda sejam a Europa e os EUA, logo seguidos do Japão. Em Paris, Milão, Londres, Nova Iorque, Los Angeles e Tóquio há uma grande concentração de estilistas e de retalhistas, assim como as casas mãe dos maiores produtores de moda. São as casas de alta-costura, como Gucci, Prada, Armani, Ralph Lauren, Chanel, entre outras, que continuamente criam novas coleções mostradas sazonalmente nos grandes desfiles de moda, onde são apresentadas as coleções de Outono/Inverno e Primavera/Verão para o ano seguinte. Por exemplo, as coleções de Outono/Inverno do ano seguinte têm lugar em Fevereiro/Março, e desfiles em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. As coleções de Primavera/Verão do ano seguinte têm lugar em Setembro/Outubro, em desfiles de moda em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. Para além destes desfiles, há muitos outros, designadamente em Roma, Lisboa, Porto, Madrid, Barcelona, Rio de Janeiro, São Paulo, Tóquio, etc, mas aqueles são os mais conhecidos².

² RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design, *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776, em especial, p. 1693.

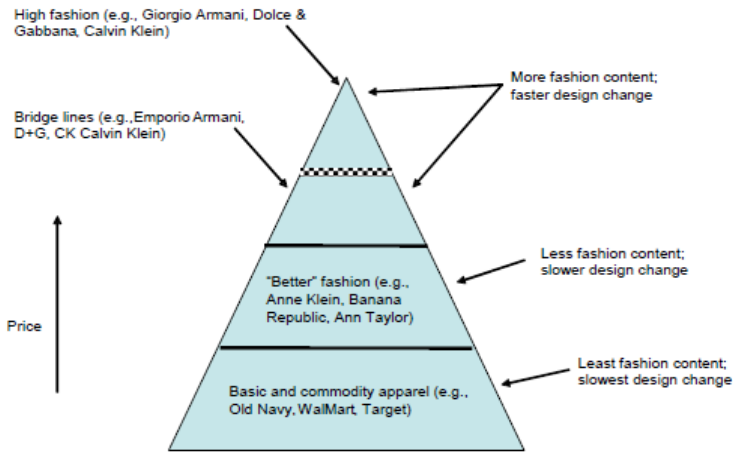


Figure A

Como resulta da figura A, de RAUSTIALA e SPRIGMAN³, os produtos da indústria da moda estão segmentados em categorias amplas, formando o que os autores designam por “pirâmide da moda”⁴. No topo encontra-se uma categoria de estilistas que engloba três diferentes tipos de produtos. Primeiro existe um mercado muito pequeno da alta-costura, ou seja, roupa personalizada desenhada quase inteiramente para mulheres, exclusivos com preços muito elevados. Directamente abaixo, um mercado muito mais amplo do pronto-a-vestir segmentado em colecções de prestígio, e colecções de preços mais acessíveis (as denominadas *bridge lines*, de que falaremos mais à frente). Mais abaixo, temos uma gama de pronto-a-vestir ainda de qualidade, mas bastante mais ampla

³ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1694

⁴ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1693.

porque os preços são mais baixos. Na base temos as peças comerciais básicas, com preços muito mais baixos e com uma ampla gama de consumidores.

Uma das grandes diferenças entre as categorias da pirâmide é o preço, que sobe da base para o topo, em função do *design* envolvido e dos ciclos de vida mais curtos. Na alta-costura, no pronto-a-vestir de *designers*, e nas *bridge lines*, há *design* muito importante envolvido e ciclos curtos. No pronto-a-vestir bom, há menos *design* envolvido e a mudança de *design* é mais lenta. Esta tendência acentua-se no sector básico. Isto não quer dizer que não haja mudança de *design* e mudanças cíclicas nos dois sectores mais baixos da pirâmide. O que quer dizer é que o vestuário à venda nas casas de costura de níveis elevados, como é o caso de Prada, ou Balenciaga, contém mais inovação no *design*, relativamente aos segmentos mais baixos. Embora os sectores mais baixos da pirâmide produzam colecções novas numa base regular, as diferenças entre as peças novas e as peças antigas são, em geral, menores em termos de inovação.

Há empresas que actuam em vários níveis da pirâmide, como é o caso emblemático de Armani, que produz desde o topo da alta-costura, às colecções de pronto-a-vestir *premium*, com marcas diferenciadas (*bridge lines*) e desce ao bom pronto-a-vestir (*better clothing*) distribuído em *shoppings* com a marca *Armani Exchange*. Um crescente número de empresas vende nos seus próprios *outlets*.⁵

O grau de concentração na indústria da moda é baixo, quando comparado com o que acontece na música e no

⁵ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1694-1695.

audiovisual. Esta descentralização pode ser uma explicação para a baixa protecção através do Regime da Propriedade Intelectual, porque os vários intervenientes não se conseguem organizar e fazer *lobbying* para serem mais protegidos⁶.

Para além das diversidades de regime, que são muitas, o que une todos os Direitos de Propriedade Intelectual é o facto de incidirem sobre bens imateriais, que se distinguem por completo dos suportes físicos em que se plasmam. As criações de moda, enquanto bens imateriais, seja na área do vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, têm apetência para serem protegidas pelo Direito de Autor⁷ e pelos diversos direitos da Propriedade Industrial⁸, tais como patentes ou modelos de utilidade, modelos e desenhos, marcas, logótipos, denominações de origem, indicações de proveniência e recompensas. O nome da empresa deve ser protegido também através do Direito Comercial⁹. No contexto do comércio electrónico há que não esquecer a protecção através dos nomes de domínio¹⁰

Não vemos razão para que não seja abrangida a protecção pelo Direito *Sui Generis* do Fabricante das Bases de Da-

⁶ *Idem*, p. 1695

⁷ Entre nós no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) e diplomas anexos.

⁸ Entre nós no Código da Propriedade Industrial (CPI) e diplomas anexos.

⁹ Código Comercial; Código das Sociedades Comerciais e Registo Nacional de Pessoas Colectivas. Cf. ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, Holanda, 2017, pp. 189-265.

¹⁰ Para os domínios pt. FCCN - Federação para a Computação Científica Nacional; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 257-277.

dos¹¹. Além disso, existe a protecção através das normas contra a Concorrência Desleal, entre as quais se inclui a protecção do segredo comercial¹², e através do Direito da Publicidade¹³.

2. Moda e Direito de Autor

A protecção da moda pelo Direito de Autor coloca três questões pertinentes. A primeira tem a ver com o facto de saber se é possível a protecção de obras com uma função utilitária.

Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, a segunda questão tem que ver com o grau de criatividade

¹¹ A Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11/03/1996 foi transposta para o Direito interno português pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04/07, onde este direito está consagrado. Leia-se, sobre o tema, entre outros, BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

¹² Cf. artigos 317º e 318 do Código do Propriedade Industrial, doravante designado por CPI.

¹³ 1. Normas fundamentais; art.º 60 n.º 2 da CRP; Código da Publicidade (DL n.º 330/90, de 23 de Outubro); Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais (DL n.º 57/2008, de 26 de Março); Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho). Há ainda diversa legislação sectorial e legislação relacionada com os suportes utilizados (afixação de publicidade nas Estradas Nacionais (DL n.º 105/98, de 24 de Abril); Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro); Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de Dezembro); Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho); Publicidade domiciliária por telefone e por telecópia (Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro); Comunicações publicitárias em rede (art.º 20 e 21 do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro); Comunicações não solicitadas para fins de *marketing* directo (art.º 13-A e 13-B da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto). Na publicidade é muito relevante a auto-regulação (Código de Conduta do ICAP – Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial; Código de Conduta da Associação Portuguesa de *Marketing* Directo Relacional e Interactivo).

necessário para a protecção destas obras pelo Direito de Autor e a terceira questão é a de saber se é necessário algum requisito de novidade objectiva para a protecção da obra pelo Direito de Autor.

2.1. Pensamos que a primeira questão não suscita problemas de maior no Direito de Autor continental. Entre nós, como na União Europeia (UE), a obra é protegida independentemente da sua finalidade utilitária (cf. art.º 2º, nº1 CDADC, quando se refere ao objectivo). O que interessa é que exista espaço de jogo (*Spielraum*), para o autor poder fazer as suas escolhas, por mínimo que seja. Se a forma é imposta pela funcionalidade ou função, não poderá haver margem para criatividade, por mínima que seja, pelo que a obra não poderá ser protegida pelo Direito de Autor¹⁴.

O Direito de Autor também é neutro, de todos os pontos de vista. No que agora nos interessa, cabe realçar a sua neutralidade estética e ética (cf. art.º 2º, nº1). Tanto se protege o que a crítica acha muito bom como o *kitsch*. Tanto se protege o que é muito clássico como o que é ousado, ou mesmo considerado

¹⁴ ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012., p.74. AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 73-78; LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 69-76; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 99-112. Em pormenor vejam-se os nossos estudos, ROCHA, M.V., "Contributos para a delimitação da "originalidade" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792, em especial pp. 763-767, e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209, em especial, pp. 159-169 e bibliografia aí citada. ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 25-49, em especial p. 47.

imoral por sectores mais conservadores (veja-se um vestido todo transparente, ou o célebre vestido de carne de Lady Gaga).

O CDADC não refere expressamente as criações da moda no elenco das obras protegidas. Mas tal não impede a protecção, uma vez que a enumeração do nº1 do art.º 2º é meramente exemplificativa. Para haver protecção basta que se preencham os requisitos do art.º 1º CDADC. De qualquer modo, parece-nos que as criações da moda cabem perfeitamente, na al. i) do nº 2, do art.º 2º, que se refere às *obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial*"¹⁵.

A moda está excluída da protecção através do Direito de Autor em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso

¹⁵ Em França, as criações da moda estão directamente protegidas pelo *Code de la Propriété Intellectuelle*, Livro I, nomeadamente, pelo artigo L112-2 (14) que estende a protecção pelo direito de autor às criações das indústrias sazonais de vestuário e outros artigos de moda. Entende-se por indústrias sazonais aquelas que, em virtude das exigências da moda, frequentemente renovam a forma dos seus produtos, em particular a costura, as peles, roupa interior, bordados, moda, calçado, luvas, marroquinaria, a manufactura de tecidos novos de alta gama ou destinados à alta-costura, as produções dos joalheiros e dos sapateiros e a manufactura de tecidos para a decoração (*Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement*). Sobre a possibilidade da protecção da moda pelo Direito de Autor veja-se, entre nós, ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável à Protecção das Criações da Moda pelo Direito de Autor", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 8, n. 8, dec. 2016, pp. 159-168, em especial p. 163. Para uma visão de direito comparado, consulte-se FANO, E., *La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d'autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti*, <http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf> (último acesso em 30. 05.2017).



dos EUA, em que as peças de moda em três dimensões ficam fora da protecção pelo Direito de Autor. Esta falta de protecção não resulta de nenhuma excepção, mas do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial, segundo o qual os objectos utilitários devem ficar fora do *Copyright*. Um *sketch* em duas dimensões de um projecto de moda pode estar protegido pelo *Copyright* como obra de pintura ou desenho. Todavia, a peça, por exemplo, o vestuário, em três dimensões produzido a partir desse *sketch*, não está protegido de forma separada e a cópia que utiliza a peça em três dimensões como modelo não está sujeita a violação de *copyrights*. Segundo a doutrina e a jurisprudência, isto deve-se ao facto de o vestuário ser um objecto útil e ao facto de o *copyright* só se aplicar quando a componente expressiva do artigo seja separável da sua função utilitária. Por exemplo, se é bordada uma jóia num vestido, a jóia pode ser protegida pelo *copyright*, porque está separada fisicamente e conceptualmente do vestido. Mas poucos projectos de moda têm esta separação, exceptuados os acessórios. Os elementos expressivos, na maior parte dos casos, não estão *bottled on* sob a forma de uma aplicação separável, mas fazem parte da forma do próprio vestuário por exemplo, o corte das mangas, o tipo de cintura, a forma das calças.¹⁶

Perante esta limitação, houve muitas dezenas de propostas no sentido de alargar a protecção. A última proposta deu origem ao *Innovative Design Protection Act*, (IDPA), que veio prever uma protecção de três anos para os *designs* de moda contra cópias substancialmente idênticas. Todavia, o

¹⁶ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", cit. pp. 1687-1772, em especial, pp. 1699-1700; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, *The Knockoff economy* cit., pp. 27-36; ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e lei aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor" cit., pp. 159 -168 .

projecto só é considerado copiado depois de ter havido uma notificação com um pré-aviso de 21 dias ao autor das presumíveis cópias, com indicação de quais os direitos que se consideram violados e em que data é que os artigos que se consideram copiados foram divulgados ao público. A razão desta obrigação de notificação prévia reside na tentativa de sanar a disputa a nível extrajudicial.

A lei de protecção do *design* inovador, de 2012, implicaria a extensão da protecção de direitos autorais por 3 anos para projectos de moda se eles fossem o resultado do esforço criativo de um *estilista* e fornecessem uma variação única, distinta, não trivial e não utilitária em relação aos projectos anteriores para tipos semelhantes de artigos nos EUA. A proposta foi alvo de intensos debates. Tanto quanto sabemos, ainda não foi aprovada, pelo que nos EUA a protecção da moda está, em regra ressalvadas as jóias e a bijuteria, que não têm uma função utilitária, excluída do âmbito dos direitos de autor (*copyrights*), sendo, aparentemente, mais fraca do que a protecção da UE, onde, com mais ou menos exigências se pode cumular a protecção via Direito de Autor e Propriedade Industrial¹⁷.

Dentro dos domínios referidos pelo CDADC, a moda dever-se-á considerar uma obra do domínio artístico, uma que se

¹⁷ WOODS, Michele, MONROIG, M., "Fashion Design and Copyright in the US and EU", November 17, 2015, *Copyright Law Division*, World Intellectual Property Organization (WIPO) Geneva, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_15/wipo_ipr_ge_15_t2.pdf (último acesso em 10.06.2015); desenvolvidamente, sobre as várias propostas de protecção da modas nos EUA através do *Copyright*, e com interessantes sugestões de alteração à proposta de 2012, CALLAHAN, C. F., "Fahion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough", Vol. 7, nº1, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2012), pp. 195-223, em especial, pp. 203-226.



expressa através de formas, volumes, texturas, diferentes materiais, cores, etc.

2.2. Quanto à segunda questão, na concepção tradicional do *Droit d'Auteur* francês define-se a originalidade como “marca da personalidade do autor”. É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/Kleine Münze/change/trocos*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um *apport* de actividade intelectual.¹⁸

Um certo sector da doutrina e jurisprudência alemãs veio a demonstrar-se mais exigente, exigindo não apenas uma actividade intelectual independente distanciada do ba-

¹⁸ Em pormenor veja-se o nosso estudo, ROCHA, M. V., “Contributos para a delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792, em especial pp. 763-767, e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., “Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. / GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209, em especial, pp. 159-169 e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49., em especial p. 47.

LEITÃO, L.M. TELES de MENEZES, *Manual* cit., 2011, pp. 69-76; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 99-112.

nal, mas impondo a exigência de uma certa altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Para haver originalidade e, portanto, possibilidade de protecção, para além da individualidade seria necessário o preenchimento de uma altura criativa. A individualidade seria o reflexo da personalidade, por mínima que fosse, do autor na obra, para que a mesma se pudesse considerar uma criação independente. A altura criativa seria um concreto grau de criatividade que a obra tinha de atingir para merecer protecção. A altura criativa seria o aspecto quantitativo da individualidade.

Como desenvolveremos mais à frente, o requisito surgiu no Direito de Autor alemão em fins dos anos 50 precisamente para determinar a linha de divisão entre a protecção pelo Direito de Autor das obras de arte aplicada e a protecção do, então, designado desenho ou modelo industrial (designação ultrapassada que ainda se mantém no CDA-DC), mas foi-se alastrando a todos os tipos de obra. Curiosamente, com raras excepções, continuaram a proteger-se as *Kleine Münze*, as obras menores. Em grande parte, também graças à evolução a nível da UE, mesmo a doutrina e jurisprudência alemãs abandonaram a exigência de altura criativa, para as obras em geral, passando a exigir a individualidade apenas como requisito da originalidade para a generalidade das obras¹⁹.

O Direito da UE veio contribuir largamente para esclarecer o conceito de originalidade que não aparece referido na maioria das legislações, sendo um conceito-quadro, alvo

¹⁹ Em pormenor veja-se o nosso estudo, ROCHA, M.V., "Contributos" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", cit., em especial pp. 755-757 e bibliografia e jurisprudência aí referidas.



de interpretações diversas em cada sistema e de oscilações na jurisprudência²⁰.

O art.º 1, nº 3, 3, da Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, sobre a protecção jurídica dos programas de computador, dispõe que o programa ficará protegido se for original, no sentido de *ser uma criação intelectual própria do seu autor. Não será de aplicar nenhum outro critério para conceder a protecção*. No art.º 6 da Directiva 93/98/CEE, relativa à harmonização do prazo de protecção do direito de autor e de determinados direitos conexos, estabelece-se que as fotografias que constituam originais no sentido de serem *criações intelectuais próprias do seu autor* serão protegidas pelo art.º 1, *não se aplicará nenhum outro critério para determinar o seu direito à protecção*. A revogação desta Directiva operada pela Directiva 2006/116/CE e a substituição desta pela Directiva 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, não trouxeram, neste ponto, qualquer alteração. No art.º 3, 1 da Directiva 96/9/CE, de 11 de Março, sobre protecção jurídica das bases de dados refere-se que são susceptíveis de protecção pelo Direito de Autor as bases de dados que pela selecção ou disposição do seu conteúdo *constituam uma criação intelectual específica do seu autor*. Na parte final do nº 1 *diz-se que não serão de aplicar outros critérios para determinar se tais bases de dados são susceptíveis de tal protecção*.

Portanto, quanto aos programas de computador, às bases de dados e fotografias, não há dúvidas que pode ser protegida qualquer criação do espírito, exteriorizada (ainda que

²⁰ Com muito pormenor, ROCHA, M. V., "Contributos", pp. 733-792; SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

permaneça inédita), desde que tenha originalidade, ou seja, se distancie do banal e seja uma criação independente, do domínio literário, artístico ou científico. Mas fica em aberto a questão das obras de arte com fins utilitários, como desenvolveremos *infra*, a propósito do cúmulo de protecções²¹.

2.3. Também entendemos que não se exige novidade em sentido objectivo como requisito da protecção da obra pelo Direito de Autor, ao contrário do que é a regra em matéria de Propriedade Industrial. A protecção da obra pelo Direito de Autor começa com a exteriorização, por qualquer forma, mesmo que a obra permaneça inédita. Basta que seja susceptível de ser cognoscível pelos sentidos humanos, directa ou indirectamente. Em regra, não é necessário qualquer registo, ou qualquer forma de exploração, salvo, entre nós, a imposição do registo no caso dos jornais e publicações muito periódicas (art.º 5º CDADC), que nem sequer é efectuado na Inspecção Geral das

²¹ Com mais pormenor, ROCHA, M.V., "Contributos" cit., em especial pp. 776-792 e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura" cit., pp. 168-169 e bibliografia aí citada. ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49.

Também enfatiza SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, cit., pp. 118-119, que é patente uma clara vontade do legislador comunitário de afastar de vez a altura criativa (*Gestaltungshöhe*) para que as obras mereçam protecção. O pressuposto originalidade deverá considerar-se preenchido quando o resultado é produto da actividade intelectual do seu autor, ou seja, quando estejamos perante uma criação independente. AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, cit., também se refere a estas três Directivas, concluindo que das mesmas emana uma noção de originalidade como "criação intelectual do autor" (p. 74). Neste sentido também se pronunciou o TJCE nos Acórdãos Premier League C403/08 e C429/08, de 4 de Outubro de 2011, 98 e no Acórdão Premier League C604/10, de 1 de Março de 2012, 38. No mesmo sentido o Acórdão Infopac, Acórdão do Tribunal de Justiça, C5/08, de 16 de Julho de 2009, 45. Sobre um Guia TV CABO, o Tribunal nacional deu continuidade à protecção das *Kleine Münze*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 5670/2006 - 7 de 16 de Janeiro de 2007.

Actividades Culturais (IGAC), mas na Entidade de Regulação da Comunicação Social (ERC). Pelo contrário, em regra, os direitos privativos da Propriedade Industrial pressupõem um registo constitutivo (cf. arts. 4º, 5º e 7º CPI).²²

A exigência de novidade em sentido objectivo casa mal com direitos que se obtém sem qualquer registo e mesmo para obras que permaneçam inéditas. Embora haja diversas correntes relativamente ao conceito de originalidade, entre as quais os que defendem que a novidade em sentido objectivo tem que existir em matéria de direito de autor, ou os que, apenas nas situações de coincidência criativa, dão relevo à novidade em sentido objectivo, para nós e para a grande maioria da doutrina não se exige qualquer novidade em sentido objectivo em matéria de direito de autor. A originalidade é um conceito de imputação subjectivo²³.

²² Para mais detalhes, veja-se CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L.M., AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, 2015, anotações aos artigos referidos.

²³ Afastando a novidade em sentido objectivo, quer entre nós, quer na jurisprudência da União Europeia, AKESTER, p., ob. cit., p. 78; na Jurisprudência da EU vejam-se os Acórdãos Infopaq, Processo C5/08, de 16 de Julho de 2009, 45; Acórdão Eva-Maria Painer, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C145/10, de 1 de Dezembro de 2011, 90-92; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit. parte do requisito da criatividade como exigência de protecção entendidos como marca da individualidade, ou seja da paternidade, pp. 48-50 e pp. 100-102

No sentido do afastamento do requisito da novidade objectiva também se pronuncia REBELLO, L. F., *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993, pp. 87-88; na jurisprudência nacional, veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 1990, B.M.J. nº 402, 1991, pp. 567-582. No mesmo sentido ROCHA, M. V., "Contributos", cit., pp. 748-755; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor" cit., em especial, pp. 159-169; ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49.

ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor* cit., pp. 99-103 também par-

Na protecção do título da obra, o art.º 4º, nº 1 CDA-DC exige que o título, para além de ser original, não se possa confundir com o título de qualquer outra obra dos mesmo género e outro autor que tenha sido anteriormente publicada ou divulgada. O nº2, al) do art.º 4º, retoma a ideia de que os títulos não podem ser genéricos ou habitualmente usados para designar para determinado tipo de obras. A norma deixa margem a diversas interpretações.

Ao exigir que o título não seja passível de confusão com outro do mesmo género, pretende-se que se cumpra requisito da novidade (relativa) objectiva quanto a títulos de obras do mesmo género²⁴, ou seja, dentro de um princípio da especiali-

te do princípio de que não é necessária qualquer novidade em sentido objectivo, todavia excepçiona os casos de coincidência criativa. O autor refere novidade subjectiva e objectiva. A primeira é indispensável e está implícita na exigência de individualidade, ou originalidade. A novidade objectiva, ou carácter distintivo, será exigível nas hipóteses raras de coincidência criativa, apenas podendo ser protegida a obra criada em primeiro lugar. Discordamos da posição do autor por não encontrar motivo para que a segunda obra, numa hipótese de coincidência criativa, não possa ser protegida. O argumento de que a primeira obra já poderia ter caído no domínio público e de que seria fazer renascer os direitos de autor ao proteger a segunda obra, porque na realidade são uma só, não nos convence. Trata-se de duas criações independentes e, do nosso ponto de vista, ambas merecem protecção, são duas obras. Mais longe vai LEITÃO, L. M TELES de MENEZES, ao parecer fazer coincidir criatividade com novidade. Na verdade, a passagem do texto é um tanto confusa porque o autor afirma que "A criatividade em sentido lato coincide com a novidade da obra", mas remete para uma citação de Desbois que diz exactamente o oposto, cf. ob. cit. p. 74 e nota 120.

²⁴ A questão de saber o que é ser do mesmo género pode levantar sérios problemas. Por exemplo, parece que um romance ainda pode ser considerado do mesmo género de um conto, por ambos serem obras literárias em prosa. Mas um poema poderá ser considerado do mesmo género que um romance? Ambos são obras literárias, mas o poema obedece a critérios de construção diversos, embora exista prosa poética. E a poesia concreta, será do mesmo género da poesia? Parece-nos que não. A poesia concreta é simultaneamente uma obra literária e artística, daí as dúvidas. Em outros caso não haverá dúvidas de que estamos perante

dade aparentado com o que se passa em matéria de marcas. Quanto à exigência de que o título seja original, pode ser interpretada em dois sentidos: no sentido geral, de que o título tem que ter um mínimo de criatividade, ou seja, não pode ser banal, mas tem que ser subjectivamente imputável ao autor; ou no sentido de que o título, mesmo que banal, deste ponto de vista, tenha que ter o carácter distintivo próprio do direito de marcas. Para FERRER CORREIA e NOGUEIRA SERENS, os títulos só devem ser protegidos pelo Direito de Autor se forem originais, no sentido de actividade pessoal criativa, embora o direito ao título seja sempre relativo e não absoluto, ou seja fique sempre limitado pela possibilidade de risco de confusão. Os títulos que não satisfizerem o requisito geral da originalidade, com este sentido, podem, contudo, ser protegidos pelo Direito de Marcas, desde que tenham eficácia distintiva, ou podem, subsidiariamente, ser protegidos pelo direito da Concorrência Desleal.²⁵

Mais, como vimos acima para o caso de títulos de jornais e publicações periódicas, no caso de obra inédita exige-se ainda o registo do título em conjunto com a obra (art.º 4º, nº 3), este último registo é efectuado no IGAC. Ou seja, nestas hipóteses os registos são constitutivos, à semelhança do que se passa com as marcas e demais sinais distintivos.

Dadas estas especialidades, levanta-se a questão da natureza da protecção do título. Embora enquadrado no âmbito

géneros diversos, como é o caso de um romance e um quadro. Em pormenor, REBELLO, L.F., *Introdução ao Direito cit.*, pp. 96-98; REBELLO, L. F., *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos anotado*, Âncora, Lisboa, 2002, anotação ao artº 4º.

²⁵ CORREIA, A. FERRER, e SERENS, M. NOGUEIRA, " A Tutela dos títulos de obras de engenho", *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, 13, (1987) , pp. 65-96; em termos semelhantes, PEREIRA, A. MARIA (filho), "Título das Publicações Periódicas- alguns aspectos do seu regime jurídico", *ROA*, 11, 1951, p. 78 ss.

to dos direitos de autor, os arts. 4º e 5º são bastante mais exigentes, parecendo aproximar o título do direito de marcas. O facto leva a divergências doutriniais²⁶.

Para REBELLO a protecção do título é, num certo sentido, a aplicação às obras literárias e artísticas do direito ao nome, previsto no art.º 72º, n.º 1 do Código Civil para as pessoas, sem se traduzir, todavia, numa protecção autónoma.²⁷

OLIVEIRA ASCENSÃO, seguido pela doutrina maioritária, e à semelhança do Direito Alemão, considera o título como um direito conexo, uma vez que beneficia de uma protecção afim da dos direitos de autor se se obtém, no essencial, pela extensão da protecção da obra ao seu título²⁸. O título é protegido como extensão da obra. Não pode haver protecção do título sem obra, portanto, o título não goza de uma protecção autónoma. Nada impede, todavia, que o título possa ser protegido como marca, nas hipóteses de obras de "conteúdo variável", como é o caso de séries televisivas. Nesse caso, o título poderá estar a exercer a função da marca, garantindo uma identidade do produto ou serviço. Se o título for protegido via direito de marcas, apenas se exigem os requisitos de protecção próprios do direito de marcas.

²⁶ Sobre as diversas possibilidades de protecção leia-se AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.

²⁷ REBELLO, L. F, *Introdução cit.*, p. 96.

²⁸ No sentido da protecção do título como Direito Conexo, não sem alguma ambiguidade, ASCENSÃO, J.DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 603 ss; PEREIRA, A .L .DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, p. 412; SILVA, N.SOUSA E, *Direitos Conexos*, texto policopiado (2015) pp. 30-32;



Parece-nos que a protecção do título deve ser havida como um direito conexo, por não ser autónomo relativamente à obra, sem prejuízo de poder haver situações de cúmulo de protecção com o direito de marcas, ou protecção apenas pelo direito de marcas, ou, subsidiariamente, pelas normas contra a concorrência desleal.

Em todo o caso, como acentua NUNO SOUSA E SILVA, como a protecção do título não constitui um direito autónomo, a duração da protecção deve ser a mesma da duração dos direitos de autor a que a obra se refere.²⁹ Para este autor, não se exige originalidade no sentido de criação do autor, mas requisitos próximos do direito de marcas: novidade e capacidade distintiva. Isto, embora o autor defenda a protecção do título como direito conexo.^{30/31}.

Excepcionalmente, em matéria de Propriedade Industrial, também podem ser protegidos direitos não registados, como é o caso da marca livre (art.º 227º CPI), do *trade dress* (art.º 240º CPI), das marcas notórias (art.º 241º CPI) e das mar-

²⁹ SILVA, N.SOUSA E., *Direitos Conexos* cit. , p. 32.

³⁰ *Idem*, p. 31; Mais desenvolvidamente, do mesmo autor, "Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu", *ROA*, 2013, pp. 1365-1373.

³¹ Quanto à jurisprudência, os Acs. do TRL de 28.09.89 e 8.06.93 consideraram "Parabéns" e "Parabéns a Você" expressões genéricas, de uso comum e sem capacidade distintiva, não sendo susceptíveis de protecção; o Ac. TRL, de 13.07.95, considerou que "Telejornal" é uma designação genérica, usual para referir qualquer obra do género noticiário, não sendo, por isso, original e susceptível de protecção; o Acórdão STJ, de 29.04.2010, considerou "Um sonho de mulher" um título banal, não susceptível de protecção; o Ac. TRL 28.09.198 e o Ac. STJ 5.12.1994, consideraram que "Primeira Página" é uma designação genérica, sem originalidade; Ac. TRL, de 18.11.97, considerou que "Rosa dos Ventos" designa um instrumento de orientação náutica de autoria imemorial e não merecedora de protecção (inérito). Com mais detalhes, sobre as várias alternativas de protecção, leia-se AAVV, *Protecção do Título de Jornal*, SPA, 1989.

cas de prestígio (art.º 242º CPI), ou dos modelos ou desenhos comunitários não registados, a que nos referiremos *infra*³².

Em matéria de moda nada impede que uma dada peça personalizada tenha um título protegido como direito conexo, mas na esmagadora maioria dos casos a protecção predominante é a protecção como marca (ou outro sinal distintivo), sendo subsidiária a protecção através das regras contra a concorrência desleal.

3. Direito Industrial

A moda também pode ser protegida através dos diversos direitos da Propriedade Industrial.

3.1. Patentes e Modelos de Utilidade

As patentes ou modelos de utilidade podem proteger a moda, na medida em que se trate de invenções do domínio científico ou tecnológico e se os requisitos da novidade objectiva, salto inventivo e aplicação industrial estiverem preenchidos. Pense-se em novas texturas que absorvem o suor, ou em técnicas 3D de modelação e impressão de vestuário sem costuras, ou novos tipos de solas antiderrapantes, para mencionarmos apenas alguns exemplos³³.

³² Cf *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., anotações aos artigos em causa.

³³ A patente e os modelos de utilidade são direitos exclusivos que se obtêm sobre invenções (soluções novas para problemas técnicos). Podem obter-se

Em qualquer dos casos, as patentes e os modelos de utilidade terão um interesse muito relativo em matéria de moda, por duas razões fundamentais. Por um lado, porque na grande maioria dos casos não existe novidade objectiva, muito menos em sentido absoluto, como é exigência das patentes. O raciocínio é semelhante para os modelos de utilidade, em que, apesar de a novidade objectiva poder ser relativa, quando não são efectuadas buscas, os modelos de utilizados estão sujeitos a reclamação. Na indústria da moda há mais *re-workings*, ou seja, adaptações, do que situações de novidade. Mas o argumento mais relevante talvez seja o facto de o processo de concessão das patentes e modelos de utilidade ser muito demorado e dis-

patentes para quaisquer invenções em todos os domínios da tecnologia e ciência, quer se trate de produtos ou processos, bem como para os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos. Os modelos de utilidade têm requisitos de protecção, muito semelhantes aos das patentes, mas não é possível proteger invenções que incidam sobre matéria biológica ou sobre substâncias ou processos químicos ou farmacêuticos. Os modelos de utilidades implicam um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes. Relativamente aos modelos de utilidade, é possível efectuar dois tipos de pedido: pedido com exame e pedido sem exame. Quanto às patentes, não existe a possibilidade de solicitar um pedido sem exame, pelo que as buscas são officiosas e a novidade é sempre uma novidade objectiva absoluta, enquanto nos modelos de utilidade podemos estar perante uma novidade objectiva relativa. O requerente do Modelo de Utilidade pode pagar apenas a taxa de pedido e protelar, ou não chegar a pagar, a taxa de exame. O modelo de utilidade é flexível na sua relação com as patentes. A pedido do requerente, a invenção submetida a protecção por modelo de utilidade pode ser objecto de protecção por patente (ou vice-versa), pelo que o requerente dispõe do prazo de um ano para proceder à apresentação sucessiva de um pedido de patente ou de modelo de utilidade. Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 35-126 e pp. 347-353. ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 111-159; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 8-96; página web do INPI, www.inpi.pt, (último acesso em 29.05.2017).

pendioso, sendo o retorno incerto. Ou seja, esta demora não se adequa muito à indústria da moda, que tem um ciclo de vida sazonal, curta e com retorno incerto³⁴. De qualquer modo, pode haver interesse em patentear ou proteger através de modelos de utilidade novas técnicas de fabrico de tecidos, por exemplo, por serem mais macios, não se sujarem, serem mais amigos do ambiente, absorverem melhor o suor, oferecerem menos resistência à água, etc. De qualquer modo, a solução de problemas técnicos não tem uma relação directa como a moda, sendo o seu âmbito mais vasto.

Uma das práticas no domínio científico e tecnológico, no domínio da 4ª Revolução Industrial em que já nos encontramos é a impressão 3D. A técnica de criação aditiva está em todas as áreas e a moda não é excepção. A Adidas anunciou recentemente que iria produzir umas sapatilhas com sola criada através da técnica de impressão 3D. A designer Iris Van Harper é já conhecida pelo uso da tecnologia 3D nas suas criações sem costuras.³⁵

3.2. Modelos e Desenhos

Os modelos ou desenhos desempenham um papel muito importante na protecção da moda. Podem ser prote-

³⁴ Neste sentido RAUSTIALA ,K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp- 1704-1705.

³⁵ Cf. VIGUIÈ, C., "Impression 3D et le Droit d'Auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 242, 2014, p. 48 e p. 52; sobre a impressão 3 D no Direito de autor veja-se o nosso ROCHA, M. V. " Impressão 3D e Direito de Autor" *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29.

gidos desde que se trate de um modelo ou desenho novo (novidade relativa), com carácter singular e aplicável a um produto. O desenho ou modelo protege as características da aparência da totalidade, ou de parte, de um produto. Essas características podem respeitar a aspectos como linhas, contornos, cores, forma, textura ou os materiais do próprio produto ou da sua ornamentação.

Podem ser protegidos os desenhos ou modelos que preenchem, cumulativamente, as duas condições: novidade, em sentido objectivo, e carácter singular, embora nos pareçam características repetidas. Novidade em sentido objectivo e singularidade parecem-nos requisitos semelhantes. Para que um desenho ou modelo possa ser registado, não pode ser confundível com qualquer outro produto anterior. Podem ser registados os desenhos ou modelos que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos já conhecidos. O INPI só realiza exame quanto aos requisitos de novidade e carácter singular quando invocados por terceiros em reclamação (daí a novidade ser relativa)³⁶.

Aqui várias questões são relevantes. Em primeiro lugar, a moda aparece naturalmente com uma tendência para ser protegida através de modelos e desenhos, uma vez que estes protegem a ornamentação, mas também pode haver uma protecção cumulativa através dos modelos ou desenhos e os

³⁶ Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, pp. 129-167; RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", *Direito Industrial*, Vol. V., (2008), p.483 ss; ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 205-228; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 97-118; página web do INPI, www.inpi.pt, (último acesso em 29-05.2017).

direitos de autor, como vimos acima. Muitas empresas *start-up* que poderiam estar protegidas por direitos de autor, por a criação de moda estar protegida pelo direito de autor, sem necessidade de qualquer registo, optam pela protecção através dos modelos ou desenhos para garantir a novidade em sentido objectivo, uma vez que, de acordo com a posição que defendemos, os direitos de autor não protegem a novidade em sentido objectivo, tanto mais que são territoriais e não registados. A falta da obrigatoriedade de registo casa mal com a exigência de novidade objectiva, mesmo que relativa. Isto implica que, se não houver uma protecção através da Propriedade Industrial, seja a nível nacional, comunitário, ou internacional, a novidade não está garantida. Por isso, é usual uma *start-up* começar por requerer uma protecção via modelos ou desenhos, que, no máximo, garante um exclusivo de 25 anos a partir do pedido, com as sucessivas renovações de 5 anos e, terminados os 25 anos, estando o produto já estabelecido no mercado como pertencente àquela empresa, depois continue a protecção via direitos de autor, designadamente contra a reprodução e transformação, até ao final do prazo de protecção, que, em matéria de direitos de autor abrange, em regra a vida do autor mais 70 anos a contar de um de Janeiro do ano seguinte ao da sua morte, no contexto da União Europeia (cf. arts. 30º ss CDADC), ou de 50 anos a contar da sua morte, por aplicação da Convenção de Berna. Reconhecemos que o prazo de protecção por via dos Direitos de Autor é excessivo, mas, preenchidos os requisitos de protecção como obra, todas as obras devem ter o mesmo tratamento, sejam ou não utilitárias, de acordo com a legislação em vigor.

A protecção da moda por esta via é particularmente interessante porque na moda interessa muitas vezes mais a estética do que a funcionalidade do produto. Embora a generalidade dos produtos tenha uma funcionalidade prática (com a excepção da bijuteria e joalheria), não é este o princípio que move a moda. Os estilistas criam peças que procurem despertar algo no consumidor, apelando à sua sensibilidade estética. É importante projectar nas peças tendências, estilos apelativos, que levem o consumidor à compra. Este propósito é cumprido, sobretudo pelos elementos exteriores. Pelo que a protecção do *design* através do registo dos modelos ou desenhos é de especial interesse para a moda³⁷.

Todavia, o registo do modelo ou desenho é demorado e implica custos, com retorno incerto, com uma protecção de 5 anos a contar do pedido com renovações sucessivas até 25 anos. Este sistema não se adequa bem à indústria da moda, que é sazonal, com mudanças de 6 em 6 meses.

No âmbito da UE, o Regulamento/CE/6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, é um precioso diploma porque veio, por um lado, permitir um regime unificado dos modelos e desenhos na UE para que, como consta do Considerando 7, haja uma maior eficácia na protecção, no sentido de promover a excelência da produção comunitária, encorajando os processos de inovação para que surjam novos produtos e possam ser lançados investimentos produtivos. Por outro lado, para além do sistema tradicional de protecção do modelo ou desenho, sujeito a registo, com a duração que pode chegar

³⁷ Desenvolvidamente, RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", cit., p.483 ss.

a 25 anos, com as sucessivas renovações de 5 anos, idêntico aos modelos e desenhos nacionais, foi criada uma importante inovação introduzida pelo art.º 1, que se traduz num modelo ou desenho comunitário não registado, que concede uma protecção gratuita automática, que nasce a partir do momento da publicação ou divulgação do produto na UE, com uma duração de três anos, com protecção contra a cópia (*copyright approach*), desde que preenchidos os requisitos tradicionais da novidade objectiva (relativa) e do carácter singular. Apenas uma curiosidade, em lugar algum se exige a alegação e prova do início da contagem do prazo, que, naturalmente é fundamental para a contagem do mesmo e compete a quem dele beneficia, de acordo com as regras gerais do ónus da prova.

Este último modelo de protecção adequa-se às indústrias sazonais como a indústria da moda, dispensando custos excessivos. Para sectores de actividade que têm um ciclo de vida económica curto, como a indústria ligada à moda, é juridicamente suficiente esta protecção - três anos é mais do que suficiente - e protege-se o produto desde a sua publicação ou divulgação, salvaguardando-o apenas contra a reprodução não autorizada, numa aproximação ao sistema do direito de autor. Para os produtos com vida comercial tendencialmente curta, como é o caso da moda, a necessidade de registo para efeitos de protecção é um procedimento não idóneo e excessivo, atento o facto de que estes bens se destinam a ficar no mercado por períodos inferiores a um ano.

3.3. Marcas

As marcas são particularmente valiosas em matéria de Direito da Moda. A marca é um sinal ou conjunto de sinais, que identifica no mercado os produtos ou serviços de uma empresa, distinguindo-os dos de outras empresas concorrentes. Para ser protegida, como regra, a marca tem que ser registada. Também, como regra, o registo apenas protege a marca relativamente aos produtos e aos serviços especificados no pedido de registo, ou a produtos ou serviços afins, de acordo com o princípio da especialidade. Apenas as marcas de prestígio rompem com esse princípio (art.º 242º CPI). As marcas podem ser nominativas, compostas apenas por elementos verbais, como palavras, incluindo nomes de pessoas, letras ou números; podem ser marcas figurativas, compostas por elementos gráficos, como desenhos, imagens ou figuras; podem ser marcas mistas, compostas por elementos verbais e figurativos; há ainda marcas sonoras, compostas por sons que possam ser escritos numa pauta; há marcas tridimensionais, compostas pela forma do produto ou pela sua embalagem, ou por ambos; há marcas compostas por *slogans* publicitários, que podem ser simultaneamente protegidas pelo Direito de Autor e que são cada vez mais importantes, na medida em que a publicidade é uma forma de comunicação muito persuasiva (cf. art.º 222º CPI e art.º 2º, nº 1, al. m CDADC).³⁸

³⁸ Para além das marcas que se destinam a identificar e distinguir produtos ou serviços, existem também as marcas colectivas, que podem ser de asso-

Para poderem ser registadas as marcas têm que ter carácter distintivo. Não podem ser registadas as marcas compostas exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam os produto ou serviços, por elementos usuais na linguagem comercial, por formas impostas pela natureza do produto, ou formas do produto necessárias à obtenção de um resultado técnico ou formas que lhe confirmam um valor substancial. A cor única não pode ser protegida, a menos que a marca (com excepção das cores) tenha adquirido na prática comercial eficácia distintiva (*secondary meaning*). As marcas podem combinar elementos genéricos com elementos distintivos, mas apenas os elementos distintivos são apropriáveis.

Não podem ser registadas as marcas susceptíveis de induzir o consumidor em erro, nomeadamente a respeito da natureza, das qualidades, da utilidade ou da proveniência do produto ou do serviço.

Não podem ser registadas as marcas contrárias à lei e à ordem pública ou que ofendam a moral e os bons costumes, bem como as marcas que constituam infracção de direitos alheios ou que possam favorecer a prática de actos de concorrência desleal.³⁹

ciação ou de certificação. O registo da marca colectiva confere ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos produtos, nas condições estabelecidas na lei, nos Estatutos ou nos Regulamentos internos. Uma marca de associação pertence a uma associação de pessoas singulares ou colectivas, cujos membros a usam, ou têm intenção de usar, para produtos ou serviços relacionados com o objecto da associação. Uma marca de certificação é um sinal pertencente a uma pessoa colectiva que controla os produtos ou os serviços, ou estabelece normas a que estes devem obedecer. Este sinal serve para ser utilizado nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo, ou para os quais as normas foram estabelecidas. Cf. arts. 228º a 322º CPI.

³⁹ Desenvolvidamente, sobre marcas, consulte-se GONÇALVES, L. M.



Há a destacar dois desenvolvimentos muito importantes a nível de marcas na União Europeia. Após o processo de discussão que se iniciou em Abril de 2013, foram publicados no Jornal Oficial da União Europeia, nos dias 23 e 24 de Dezembro, dois novos diplomas que introduzem alterações muito importantes de registo de marcas em toda a União: a Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação), e o Regulamento (UE) 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho sobre a marca comunitária e revoga o Regulamento (CE) n.º 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos). As alterações introduzidas ao regulamento comunitário procuram melhorar as condições para que as empresas possam aceder ao registo de marcas e proteger os seus direitos contra eventuais infracções à escala da UE, de entre elas destacando-se alterações institucionais, alterações ao nível das taxas⁴⁰, e alterações ao nível do pedido, exame, registo e protecção de marcas.

Entre as alterações ao nível institucional, interessa-nos destacar a alteração do nome do IHMI, que passou a designar-se IPIUE-Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia

COUTO, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, cit., pp.161-344; ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit. pp. 161-188; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 121-242; página web do INPI, www.inpi.pt (último acesso em 29.05.2017).

⁴⁰ As alterações no domínio das taxas foram: a introdução do sistema "one-class-per-fee", cf. <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

(IPIUE) (*European Union Intellectual Property Office-EUIPO*); também a designação das marcas comunitárias foi alterada, passando a designar-se marcas da UE (*European Union trade marks*)⁴¹.

Quanto às alterações a nível do pedido, do exame, do registo e protecção de marcas interessa-nos salientar o facto de ter sido eliminada a obrigatoriedade de representação gráfica da marca, o que abre um caminho, há muito desejado, para as novas marcas, tais como as marcas olfactivas, as marcas sonoras que não se podem representar numa pauta, as marcas tácteis e marcas gustativas, entre outras. Há muito que se desejava a protecção das marcas olfactivas, havendo mesmo lojas, como a Maximo Dutti, onde se entra e se sente um odor especial, mas esse odor não podia ser registado por não ser susceptível de representação gráfica. Com a entrada em vigor do Regulamento a marca olfactiva já pode ser protegida enquanto marca da EU. Aliás, numa visão ampla, em tempos o IHMI concedeu o registo como marca a uma bola de ténis com odor a relva acabada de cortar⁴².

A nova Directiva de Harmonização vem aproximar os registos nacionais de algumas das regras que anteriormente apenas vigoravam para as marcas comunitárias, de modo a uniformizar alguns aspectos entre os vários Estados-Membros e, com isso, facilitar a actividade transfronteiriça das empresas. De entre

⁴¹ Sobre outras alterações institucionais consulte-se <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

⁴² Outras alterações de relevo podem ser consultadas no IPIUE. O novo regulamento entrou em vigor no dia 23 de Março de 2016 (algumas alterações só começaram em vigor em Outubro de 2016), estando já em marcha no IPIUE o plano de adaptação às novas regras de todos os procedimentos, dos sistemas informáticos e das *guidelines*. Mais informação em <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).



as principais alterações introduzidas, salienta-se a eliminação da obrigatoriedade de representação gráfica da marca, facilitando-se a apresentação de marcas não convencionais^{43/44}.

A marca ajuda o prestígio do produto. Daí que a indústria da moda invista bastante em policiar o uso não autorizado das suas marcas. Aliás, muitos produtos ligados à moda que são vendidos tradicionalmente em feiras de rua, mas com o advento da digitalização, na própria *Internet* são contrafacções patentes que violam o Direito de Marcas. Pode, todavia, haver uma forma mais sofisticada de cópia, que se traduz na cópia de modelos ou desenhos, ou de objectos protegidos por direitos

⁴³ Apesar de a Proposta Inicial de Directiva, apresentada em 2013, conter uma norma que determinava o fim do exame officioso dos motivos relativos de recusa de marcas ainda efectuado por alguns institutos nacionais na UE, muitos dos esforços desenvolvidos por Portugal levaram a que se conseguisse arredar essa norma do diploma e preservar a liberdade de os Estados-Membros poderem optar por manter ou não esse exame officioso, em função das suas particularidades e condicionalismos próprios. No dia 14 de Janeiro de 2016 iniciou-se o prazo máximo de 3 anos para que Portugal transpor esta Directiva. O novo sistema que Portugal terá que instituir, para que o INPI possa passar a proceder à apreciação da validade dos registos, terá um prazo máximo de implementação de 7 anos. Com mais detalhe, <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

⁴⁴ Para um estudo aprofundado sobre marcas, veja-se SERENS, M. COCEIRO NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Parte II, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007. CARVALHO, M. M., "Novas" marcas e marcas não tradicionais: objecto", AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245. Em pormenor, sobre marcas olfativas, em pormenor, relatando também este caso, <https://www.slideshare.net/filipeduarte980/marcas-olfativas> (último acesso em 30.05.2017); sobre as novas marcas, referindo também este caso, veja-se também GONÇALVES, L.M.COUTO, *Manual cit.*, pp. 195-197. O caso pode ser consultado no Jornal Oficial do IHMI, 1999, p.1238 ss e foi bastante controverso, tendo sido apenas concedido pela 2ª Câmara de Recurso do IHMI, de 11.2.1999. Inicialmente o registo havia sido negado. O tribunal concedeu o registo porque entendeu que para preencher o requisito da representação gráfica o que importava não era o odor em si, mas descrição da marca olfativa.

de autor, ou por ambos, em vez da cópia de marcas, ou outros sinais distintivos. Por exemplo, a H&M ou a Zara têm as suas próprias marcas, pelo que não há, a este nível, qualquer violação do direito de marcas (tal como em outras áreas, como a dos brinquedos modulares para crianças, em que a Lego é líder; caducada a patente, há muitas outras marcas a copiar os tijolos da Lego, que fazem tijolos para encaixar nos produtos Lego, como é o caso da Megablocks, entre outras. Não há violação do direito de marca). Se o produto de moda não está protegido por direitos de autor ou por modelos ou desenhos, ou seja, se há uma cópia do projecto de *design* não sancionada, a marca, ainda assim, pode ser protegida.

Uma forma interessante de protecção consiste em que o projecto de *design* integre a marca de tal forma que a marca passe a ser um elemento do *design*. Por exemplo, o xadrez distintivo da Burberry's é marca registada e muito vestuário e acessórios da Burberry's incorporam este xadrez no *design*. Há outros casos em que o vestuário e acessórios incorporam de forma proeminente uma marca na parte visível do produto. É o caso das carteiras Louis Vuitton, com um padrão coberto com a marca LV. A tendência parece ser crescente e, nestes casos, a marca pode ter uma forte protecção contra a cópia. Todavia, em muitos dos produtos de moda, em particular, no vestuário, as marcas aparecem no interior ou apenas, de forma subtil, por exemplo, nos botões⁴⁵.

Neste contexto há ainda a referir o *trade dress*, ou seja, os vários elementos que compõem a forma tridimensional do

⁴⁵ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The Knockoff economy*. cit., pp. 29-30; RUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox, cit., pp. 1700-1702.



produto, a forma como o produto se apresenta ao consumidor. O *trade dress* do produto traduz-se no conjunto dos diversos elementos que compõem a confecção ou a configuração do próprio produto. Embora seja um elemento decorativo e estético, é uma forma de identificar a proveniência do produto. É um fenómeno que atinge sobretudo os produtos que têm marcas próprias, produtos com marcas de grandes cadeias distributivas.

Quanto ao *trade dress* (previsto entre nós no art.º 240º CPI) há que dizer que nos EUA originariamente o se limitava à embalagem do produto, mas os tribunais foram desenvolvendo o conceito de forma a envolver toda a imagem do mesmo, incluindo a sua forma, tamanho, cor, combinações de cor, textura, etc.,. Portanto, o *trade dress*, entendido em sentido lato, pode ser uma forma de, através do direito de marcas proteger cada vez mais o *design*. Todavia, por um lado o *trade dress* apenas se aplica aos aspectos estéticos, não funcionais do *design*. Por outro lado, só se protege o *trade dress* que, além de ornamental, seja indicativo da fonte. Isto não acontece muito no domínio da moda. Os consumidores podem apreciar muito um *design* de moda, mas não ligam, em regra, os elementos de um concreto *design*, uma marca, a uma fonte. Isto não quer dizer que não aconteça. Por exemplo, os consumidores mais atentos, por certo que associam à marca Chanel às características dos casacos Chanel. E isto acontece também com outras marcas. Por esta via, pode haver protecção do *design* através do *trade dress*, embora não seja muito comum.⁴⁶ Não cremos que o *trade dress* possa ser entendido entre nós desta

⁴⁶ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 29-30. RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", cit, pp. 1702-1704.

forma tão ampla. Na verdade, o art.º 240º, onde está previsto, é um artigo infeliz em todos os sentidos. Como refere COUTO GONÇALVES, trata-se de uma originalidade do nosso direito de marcas, a “imitação de marca *virtual*”⁴⁷. A marca que o artigo considera imitada pela marca requerida na realidade não existe. O que existe é algo diverso, é um pedido de marca confundível com a apresentação do produto que pertence a outro titular. Não há qualquer confusão entre a marca registada e a marca cuja protecção se requer.

Na verdade, o que está em causa aqui é um acto de concorrência desleal e é nessa sede que a questão se deveria resolver. Mas, assim sendo, o legislador de 2003 consagra uma solução desastrosa. Ao deslocar o problema para o direito de marcas ficciona a existência de uma marca que não existe, e que se traduz na apresentação do produto em termos de embalagem e rótulo e obriga o detentor legítimo da marca a requerer uma nova marca para proteger a apresentação do produto, ou seja, o *trade dress*. A solução é inaceitável: o eventual prejudicado só pode defender-se se solicitar o registo de uma marca que inclua a marca já registada mais a apresentação do produto. Fica claramente prejudicado, designadamente em termos de custos, quando a questão se podia resolver via regras contra a concorrência desleal, sendo essa a sede própria. Aliás, se o interessado recorrer o disposto no art.º 239º, nº1, al. c) resolve por completo a sua pretensão⁴⁸. Aquilo que se faz nos EUA através das marcas resolve-se, entre nós, via normas contra a concorrência desleal.

⁴⁷ GONÇALVES, L. M., COUTO, *Manual cit.*, p. 261.

⁴⁸ Com críticas contundentes à solução legislativa, GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 261.



3.4. Outros Sinais Distintivos

Outros sinais distintivos podem também ter muito interesse. É o caso dos logótipos. O logótipo é o sinal adequado a identificar qualquer entidade que preste serviços ou comercialize produtos, distinguindo-a das outras. Pode ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência. É o modo como a entidade é conhecida junto do público. Não podem ser registados os logótipos compostos exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam a entidade, ou as suas características, ou por elementos que sejam usualmente empregues na linguagem do comércio, por falta de capacidade distintiva. Um logótipo composto exclusiva ou essencialmente por estes elementos apenas pode ser registado se tiver adquirido, na prática comercial, eficácia distintiva (*secondary meaning*). Sempre que estes elementos estejam combinados com elementos distintivos (palavras ou grafismos), o logótipo pode ser registado. Os elementos descritivos, genéricos ou usuais não apropriam exclusividade do respectivo titular. Não podem ser registados os logótipos que possam causar um engano do consumidor a respeito da natureza ou das características da entidade⁴⁹.

⁴⁹ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 354-258; ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 199-203; SILVA, P. SOUSA e *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., 2011, pp. 243-255; INPI, www.inpi.pt. (último acesso em 30.05.2017).

Também podem ter muito interesse as denominações de origem e as indicações geográficas. Quando um nome geográfico (de uma região, de um local ou de um país), para além de informar o consumidor sobre a origem de um produto, também garante que o produto reúne determinadas características e qualidades, podemos estar perante uma denominação de origem ou uma indicação geográfica. As denominações de origem e as indicações geográficas inspiram confiança no consumidor, porque desempenham uma função de qualidade, pelo que podem ser um instrumento muito valioso para as empresas, acrescentando valor às suas marcas. Se as denominações de origem ou as indicações geográficas forem registadas, passam a ser um direito de propriedade industrial que confere aos seus titulares a possibilidade de reagir contra utilizações indevidas e abusivas em produtos que as desprestigiam. As denominações de origem e as indicações geográficas, para além de atribuírem ao produtor um direito exclusivo resultante da conquista de um lugar único determinado pela tipicidade e qualidade dos produtos e de conferirem um valor acrescido às marcas, são um meio privilegiado ao dispor dos seus utilizadores/titulares, pois permitem alcançar o consumidor através de critérios de exigência cada vez mais elevados em termos de qualidade e autenticidade dos produtos que adquirem no mercado. Para que determinado produto possa ser protegido como Denominação de Origem é necessário haver uma maior ligação entre o produto e a região de origem, ou seja, as suas qualidades e características devem-se, não apenas aos fatores humanos, mas também, às condições naturais. Há uma interdependência



entre os fatores naturais e humanos e o produto. As Indicações Geográficas têm requisitos menos exigentes. A ligação do produto ao seu local de origem é muito mais ténue, bastando que a reputação ou uma determinada qualidade (e não todas as qualidades) ou outra característica (não todas as características), possam ser atribuídas à origem geográfica, sem influência dos fatores naturais e humanos⁵⁰.

4. Comércio Electrónico e tutela dos nomes de domínio

Não podemos esquecer que hoje há dois mercados de moda. Para além das lojas físicas, o comércio electrónico tornou-se fundamental e está em constante crescendo. Isso acontece em diversos sectores, mas também adquiriu particular relevância em todas as áreas da moda. Aliás, neste âmbito podemos ter três realidades. Há empresas que vendem no mercado tradicional das lojas físicas, mas vendem simultaneamente na *Internet* e a nível mundial, como é o caso das grandes empresas de retalho; há pequenas empresas que vendem apenas na *Internet*, sobretudo através das páginas do *Facebook*, e há empresas que, embora não vendam *online*, têm uma página *web* para anunciar as lojas físicas onde estão presentes. São cada vez mais escassas as lojas que não têm uma qualquer ligação ao comércio electrónico e cada vez surgem mais lojas vituais. Neste contexto, é de importância fundamental o registo dos nomes de domínio da empresa. Não podemos

⁵⁰ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 358-364; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 276-306. INPI, www.inpi.pt (último acesso em 30.05.2017).

esquecer que o estabelecimento comercial no domínio electrónico é a página web ou página de Facebook em que são apresentados os produtos. Os nomes de domínio são registados em Portugal através da Federação para a Computação Científica Nacional (FCCN)⁵¹.

5. As regras contra a concorrência desleal

A protecção também pode ser efectuada através das regras contra a concorrência desleal, entre nós prevista nos arts. 317º e 318º CPI, mas que se aplicam transversalmente no âmbito do Direito de Autor. Inclusive, parece-nos que o regime contra a concorrência desleal deveria integrar um diploma próprio, dada a sua transversalidade. De entre os vários actos de concorrência desleal, tem, desde logo, particular interesse a protecção dos segredos de indústria e de comércio (art.º 318º CPI) que foram alvo de recente intervenção comunitária, através da Directiva da Directiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa à protecção de *know-how* e informações confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Os segredos comerciais são, cada vez mais, uma das formas mais utilizadas pelas empresas para protecção da criação intelectual, sendo valorizados ao ponto de serem utilizados como complemento ou como alternativa aos direitos da proprieda-

⁵¹ Sobre os nomes de domínio em geral, consulte-se https://pt.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System (último acesso em 30.05.2017). Sobre a FCCN, veja-se <https://www.fccn.pt/> (último acesso em 30.05.2017). Entre nós, SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais* cit., pp. 306-311.



de industrial. A Directiva procura harmonizar dentro da UE os níveis de protecção de que devem beneficiar o *know-how* e informações de natureza confidencial. O regime jurídico pretende ainda reforçar a protecção actualmente existente para os segredos comerciais, instituindo um conjunto de mecanismos civis que, sem colocar em causa os direitos e liberdades fundamentais ou o interesse público, permitam prevenir e reprimir práticas ilícitas neste domínio. Os Estados-Membros terão até 09.06.2018 para transpor esta nova Directiva para os respectivos ordenamentos jurídicos internos⁵².

De qualquer modo, há outros tipos de concorrência desleal muito comuns no âmbito da moda. Aliás, o mercado da moda é um dos mercados onde existe mais concorrência desleal. Pelo elevado *cash flow* que os bens desta categoria e, mais amplamente, os bens de luxo pessoal geram, e pela relativa simplicidade com que os processos de contrafacção e imitação parasitária são possíveis por parte de terceiros, nomeadamente pertencendo a outras economias. Inclusive, o fenómeno é mais intenso em fase de recessão económica⁵³. As formas mais

⁵² Em pormenor sobre os segredos de negócio, SILVA., N. SOUSA e, "A proposta de Directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas" APDI (org.) Revista de Direito Intelectual (RDI), 2 (2014), pp. 259-305; SILVA, N. SOUSA e SILVA, "Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro /Junho (2015), pp. 223-257.

⁵³ Desenvolvidamente, BERGAMASHI, M., "Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente", *Paper numero 98*, Dicembre 2009, *Dipartimento di Economia Aziendale*, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26, em especial, pp. 1-7. O autor demonstra com estatísticas que as economias mais afectadas com as crises globais de 2007/2008/2009, no âmbito do vestuário, variaram. As vendas na Europa baixaram discretamente graças à abertura de vários pontos de venda nos mercados emergentes do leste, como a República Checa, a Rússia ou a Hungria; o mercado dos EUA foi particularmente penalizado por causa da crise dos canais

usadas de concorrência desleal traduzem-se no uso de sinais distintivos de outros (que também viola o direito de marcas e de outros sinais distintivos), a imitação servil e a criação de confusão por outros meios. A imitação servil existe quando a empresa concorrente não se limita a copiar os elementos funcionais de um vestuário, por exemplo, porque esses não estão protegidos contra a cópia, uma vez que deles depende a funcionalidade do produto, mas imitam o corte, os tecidos, as combinações de cores, os padrões, os moldes e desenhos. Outros actos de confusão conseguem-se quando o consumidor atento, mesmo sabendo que se trata de uma imitação, compre com a finalidade de induzir os outros a pensar que se trata de um original, dado que a cópia é tão bem feita.⁵⁴ Caso não haja protecção pelo Direito de Autor ou pelos modelos ou desenhos, os *look alike* ou *knockoff* podem ser subsidiariamente protegidos através das normas contra a concorrência desleal. O aspecto é idêntico,

distributivos, as denominadas *department stores*; o mercado japonês foi afectado pela recessão em 2009; os mercados emergentes da Ásia Oriental cresceram, sendo a China o mercado com maior aumento de vendas. O mercado do vestuário de luxo foi afectado, sobretudo pelo fenómeno do *down-trading* dos consumidores no confronto com as marcas de prestígio (*premium brands*). As mulheres diminuíram as aquisições de bens com elevado conteúdo simbólico e os homens reduziram as roupas de luxo. Nos períodos analisados o autor observou uma uniformidade de comportamentos dos consumidores a nível global: menor propensão para a aquisição de produtos de luxo e consumos menos ostensivos, adiando o seu consumo a médio prazo; procura do valor intrínseco, por exemplo, moldes artesanais, fios finos; incremento de reutilização de produtos adquiridos no passado (*chic-onomic*); incremento da despesa em falsos, seja contrafeitos, seja imitações de bens de luxo, aspecto que nos interessa destacar. Os consumidores de 2007 a 2009 tentaram fazer o *shop in your closet*, reutilizando, muitas vezes com novas combinações, produtos adquiridos no passado. As eventuais novas aquisições foram de poucos produtos-chave ou acessórios, ou produtos de linhas mais abaixo dos produtos de luxo, seja de produtos da segunda ou da terceira linha.

⁵⁴ Mais desenvolvidamente, BERGAMASHI, ob. cit., pp. 11-13.



mas o preço é muito mais baixo pela ausência de custos de pesquisa, desenvolvimento e comercialização das peças. Estas imitações, uma vez que são realizadas à escala industrial, têm cada vez melhores técnicas que permitem a elevada qualidade do produto, cuja venda se espalha a nível global através do comércio electrónico. No *look alike* a marca não é imitada, mas é indevido por parte da empresa que imita desfrutar do investimento da empresa cujos produtos são copiados, que gasta em investimento e desenvolvimento dos bens e na sua publicidade. Normalmente são imitados os produtos de consumo *fast moving*, ou seja, bens de uso comum das grandes cadeias de distribuição, mas também as casas de moda de alta-costura são copiadas sem contrafacção da marca e mediante canais de distribuição não especializados.

A deslealdade está no aproveitamento indevido do investimento e da notoriedade e prestígio dos produtos da marca que são copiados. Nos *look alike* ou *knockoff* há uma exploração da confiança que, em regra, o produto de marca imitada tem, uma vez que esta consegue comunicar à sua clientela o seu diferencial qualitativo relativamente a produtos similares⁵⁵. A força do *look alike* ou *knockoff* deve-se a uma associação entre os produtos, que até pode ser inconsciente, e se o for, é subliminar e, portanto, ainda mais perigosa. O imitador consegue, desta forma, uma atenção para os seus produtos que, de outro modo, não teria. Pouco interessa que o produto imitado tenha uma marca própria, distinta do produto imitado. Ele obteve um apoio ilícito e desleal⁵⁶.

⁵⁵ BERGAMASHI, ob. cit., pp. 14-15.

⁵⁶ BERGAMASHI, ob. cit., p. 15 e nota 25; Sobre a Concorrência Desleal

6. Direito da Publicidade

A Publicidade tem um papel fundamental na moda, no sentido de a dar a conhecer, pelo que se aplicam à moda, todas as normas relacionadas com o Direito da Publicidade, em particular, os princípios da verdade e da licitude, e da protecção contra a publicidade enganosa. As empresas de moda gastam milhões em anúncios publicitários em todos os tipos de suportes, pelo que há que salvaguardar esse investimento, desde que lícito, através das diversas normas relativas ao Direito da Publicidade⁵⁷ e dos contratos publicitários em todas as fases da cadeia do anúncio..

em geral, leia-se GONÇALVES, L.M. COUTO, *Manual*, cit, pp. 365-393, autor que demonstra a importância da distinção entre os dois modelos de concorrência existentes, entre nós o modelo profissional, mais restritivo porque apenas tutela os interesses privados dos concorrentes, e o modelo social, que tem como pioneira a Alemanha, e que se estendeu a outros regimes como o espanhol, em que a concorrência desleal deixa de ser vista como um instituto destinado a resolver conflitos entre concorrentes, para passar a ser um instrumento de condutas no mercado, protegendo ao mesmo tempo os interesses dos consumidores e o interesse público do bom funcionamento do mercado; leia-se ainda SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., dando conta dos diversos conceitos de concorrência e afirmando, de acordo com posição com a qual concordamos inteiramente, que a Disciplina da Protecção contra a Concorrência Desleal não faz parte do Direito Industrial, pp. 315-342; sobre a Directiva sobre segredo Comercial.

⁵⁷ Com mais detalhe, sobre o Direito da Publicidade, veja-se AMORIM, ANA CLARA, AZEVEDO, de, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017; MARTINÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNADEZ-RICO, J. M., *Derecho de la Publicidad*, LEX NOVA, THOMSON REUTERS, Madrid, 2015.

7. Tutela do Direito do Fabricante das Base de Dados

As criações de moda são, em geral, apresentadas através de catálogos, seja *online* (o que é a situação normal), seja *offline*, seja em simultâneo (ex.: revista La Redoute). Na medida em que estas bases sejam criativas, podem ser protegidas, entre nós e na UE, através do direito de autor sobre as bases de dados. Em todo caso, independentemente dessa protecção e mesmo para bases de dados não criativas, existe a protecção do direito *sui generis* do fabricante das bases de dados.⁵⁸

8. Cúmulo de Protecções

Em matéria de moda, é especialmente interessante a questão do cúmulo de protecções. O cúmulo que mais suscita problemas é o da protecção através do Direito de Autor e, em simultâneo, através dos modelos ou desenhos.

A relação entre a protecção do *design* pelo Direito de Autor e pelo regime do Direito Industrial sobre desenhos e modelos, tem subjacentes três sistemas: um sistema de cúmulo total absoluto, um sistema de não cúmulo e um sistema de cúmulo

⁵⁸ Cf. Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, que transpõe a Directiva 96/9, relativa à protecção jurídica das bases de dados. Em pormenor, na doutrina, destacamos BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

restrito ou parcial⁵⁹.

A Directiva 98/71/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, sobre a protecção de desenhos e modelos (doravante designada por DDeM) veio determinar, no seu art.º 17 *que qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-membro de acordo com a presente directiva beneficia igualmente da protecção conferida pelo direito de autor desse Estado a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado ou definido sob qualquer forma. Cada Estado-membro determinará o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido.* Daqui decorre que os países da UE não podem afastar a protecção através do direito de autor pelo facto de a criação satisfazer ao mesmo tempo os requisitos da protecção através da propriedade industrial, ou seja, por ter um carácter "híbrido". O cúmulo entre determinadas obras protegidas pelo Direito de Autor na área do *design* e pela Propriedade Industrial, como desenhos ou modelos, não pode mais ser impedido no contexto da União Europeia. Todavia, a DDeM não fez qualquer harmonização, ao remeter para cada Estado-Membro o âmbito da protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido. Ou seja, na prática, o âmbito do cúmulo de protecções pode variar muito dentro da UE, o que não é o desejável num mercado que se pretende único. A Directiva

⁵⁹ ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português", TÓBIO RIVAS, A. M., FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., TATO PLZA, A., (eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa" *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, (ADI) 27 (2006-2007), pp. 381-424.

ficou muito aquém de uma completa harmonização, dados os interesses dos diversos países em presença, ao contrário do que seria desejável, mas foi o acordo que se conseguiu atingir. Por exemplo, em França, onde prevalece o princípio da unidade da arte, é muito mais fácil o cúmulo do que na Alemanha, onde o requisito da altura criativa foi criado, precisamente, para as obras de arte aplicada.

O sistema francês manteve-se fiel ao princípio da unidade da arte formulado por Eugène Poulliet no início do século passado⁶⁰. Todas as obras, independentemente da sua finalidade utilitária, podem ser simultaneamente protegidas pelo direito de autor e pela propriedade industrial. A protecção pelo direito de autor para os modelos ou desenhos não se subordina nem à separação do valor artístico da criação relativamente ao produto industrial, nem exige um particular nível criativo. As duas modalidades de protecção não se excluem, são complementares. O art.º L-511-1 e ss do Code de la Propriété Intellectuelle, alterado pela Ordonnance 2001/670 de 25/7/2001, não modificou a situação, dado que o art.º 17 da Directiva, como vimos acima, remete para os Estados-Membros o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido⁶¹.

Em Itália sempre houve um regime de não cúmulo⁶². To-

⁶⁰ POUILLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911.

⁶¹ Veja-se GONÇALVES, L. COUTO, *Manual*, cit., pp. 148-149; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa" cit., pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa", cit., pp. 381-424.

⁶² De acordo com o art.º 5º do R.D. 25/8/1940, nº 1411, sobre desenhos industriais, não se podia cumular a protecção dos modelos ou desenhos ornamentais com a protecção através do Direito de Autor. Só quando o valor artístico da

davia, por força da transposição da Directiva (Dec. Lgs. de 2 de Fevereiro de 2001, nº 95), tornou-se necessária uma cumulação parcial. De acordo com o art.º 2º da Lei de Direito de Autor de 1941, alterado, o nº 10 passa a prever a possibilidade de protecção de desenhos industriais que apresentem por si carácter criativo e valor artístico. Caso haja protecção cumulativa, a duração do direito de exploração económica do desenho ou modelo é protegida durante a vida do autor e até 70 anos após a sua morte, de acordo com o art.º 44, nº 1 do Código da Propriedade Industrial italiano de 2005, com a alteração introduzida pela Lei 4/2007 de 6 de Abril⁶³.

O único sistema defensável, embora com diversas cambiantes em cada país, parece-nos o do cúmulo restrito ou parcial de protecções. Este modelo tem a sua origem e expoente máximo no Direito Alemão e na exigência de uma cer-

obra fosse separável do carácter industrial do produto a que estivesse associado poderia haver uma protecção através do Direito de Autor, nos termos do art.º 2º, nº 4 da Lei 22 de Abril de 1941, nº 663, sobre Direito de Autor e Direitos Conexos. Havia divergências na doutrina quanto à interpretação do requisito. Para alguns autores era necessária a separação material do objecto de protecção, enquanto o modelo protegia a aparência do produto industrial, o direito de autor protegia o valor artístico da obra. Para outros autores a separação era apenas conceptual, desde que o mesmo objecto permitisse idealmente a finalidade industrial e o gozo estético, o que era mais provável nos desenhos do que nos modelos. O sistema, no entanto, teve que sofrer uma adaptação, por força da transposição da DDeM, pelo que, desde 2001, com a aprovação do Dec. Legs. 27272001, nº 95, passou a ser possível em Itália um sistema de cúmulo parcial. O nº 10 do art. 2º da Lei de Direito de Autor de 1941 passa a contemplar a possibilidade de serem protegidos os desenhos industriais que apresentem por si carácter criativo e valor artístico (embora a doutrina esteja longe de ser unânime quanto aos conceitos em causa); sobre a questão GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual* cit., p. 149 e bibliografia aí indicada; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa", cit., pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa", cit., pp. 381-424.

⁶³ Cf. GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 149-150, e abundante bibliografia citada pelo autor.



ta altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Com efeito, este requisito adicional, relativamente novo no Direito de Autor alemão (fins dos anos 50), surgiu para determinar a linha de divisão entre a protecção pelo Direito de Autor das obras de arte aplicada e a protecção do desenho e modelo industrial⁶⁴. No entanto, o termo *Gestaltungshöhe* ou *Schöpfungshöhe* foi rapidamente aceite pela doutrina e jurisprudência alemãs, de tal modo que passou a integrar os elementos da existência da obra protegida, enquanto *persönlichen geistigen Schöpfung*, tal como definida no § 2, 2, da *UrheberGesetz*. Ou seja, pensado para um âmbito muito delimitado - se as obras de arte aplicada não atingissem um nível de criatividade exigido, caíam fora da protecção pelo Direito de Autor, embora dentro do âmbito de protecção como desenhos ou modelos - o conceito alastrou de forma injustificada a todos os âmbitos, convertendo-se em requisito de protecção para todo o tipo de obras, passando a ter uma função para a qual não havia sido pensado. Como escreve SCHRICKER, a transposição teve inúmeras consequências. No domínio das artes aplicadas, o postulado da altura criativa significou uma redução do âmbito de protecção por

⁶⁴ Em pormenor, sobre a história, evolução e crise do conceito no Direito de Autor, veja-se SCHRICKER, G., "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" BECKER/LERCHE/MESTMÄCKER (Hrgs.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1994, pp. 715-721. Sobre o seu surgimento, debruça-se o relatório de ULMER no *Freiburger Tagung für Rechtsvergleichung, de 1958* (Congresso de Direito Comparado), sob o tema "Der Schutz der industriellen Formgebung" (publicado em *GRUR Int.* 1959, 1, 2) onde o autor escreve: "Wie im Patentrecht von der Erfindungshöhe, so können wir im Kunsturheberrecht - mit einem von Frau Dr.Meißner geprägten Ausdruck - von der Gestaltungshöhe sprechen. Das ist ein guter Vorschlag, der auf der Freiburger Tagung volle Zustimmung gefunden hat". ULMER retomou o conceito na 2ª e 3ª edições do seu *Urheber-und Verlagsrecht*. Dá conta desta evolução também SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, cit., p. 106 ss.

via do Direito de Autor, pois que se apertou mais a exigência. Se tal ainda se podia justificar pela protecção cumulativa através do Direito Industrial, certo é que a generalização do conceito abriu a porta para requisitos de protecção também mais apertados para os outros tipos de categorias de obras, sem que uma situação comparável o justificasse⁶⁵. A jurisprudência, que aderiu a esta concepção alargada, curiosamente, durante muito tempo continuou a proteger sem problemas as *Kleine Münze*, situando a *Gestaltungshöhe* a níveis mínimos. Todavia, nos inícios dos anos 80 começou a exigir maior altura criativa para determinados tipos de obras científicas escritas. Designadamente, foi particularmente exigente em matéria de programas de computador. Ficou célebre, a propósito a sentença no caso *Inkasso Programm*⁶⁶. A protecção foi recusada por a criatividade não exceder o mediano. A tendência foi, contudo, invertida na jurisprudência dos últimos anos, voltando-se também para estes tipos de obras à ideia de proteger as obras menores, as *kleine Münze*. Hoje, também a doutrina de Direito de Autor alemã mais autorizada preconiza o abandono necessário do requisito da altura criativa, para passar a exigir a individualidade como único pressuposto de protecção para que qualquer obra seja susceptível de protecção pelo Direito de Autor. Esta mudança adequa a doutrina à evolução verificada a nível da União Europeia e à própria jurisprudência

⁶⁵ SCHRICKER, "Abschied", cit., p. 716.

⁶⁶ Supremo Tribunal, 9 de Maio 1985, I ZR 52/83. Com mais detalhe sobre a influência das Directivas sobre programas de computador, bases de dados e fotografias no conceito de originalidade, HEIDLINGER, R, "The Threshold of Originality under EU Copyright Law" CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18th October (2011), <http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf> (último acesso em 30.05.2017).



alemã dos últimos anos neste âmbito. No entanto, não deixa de ser curioso que esta doutrina não se tenha feito sentir em matéria de cúmulo de protecção, onde são poucas as decisões jurisprudenciais no sentido de a conferirem, precisamente com base na ideia de falta nível criativo suficiente.

A Alemanha tem um sistema intermédio, de cúmulo parcial. Continua a exigir-se para a protecção uma determinada altura criativa para as obras de arte aplicada (*Gestaltungshöhe*). Se esta não existir, a obra não é protegida pelo Direito de Autor (*Urheberrechtsgesetz* de 1961, § 2 IV), passa a ser apenas protegida através da Propriedade Industrial, em especial, como modelo ou desenho (*Designsgesetz* de 2004)⁶⁷.

Em Espanha também parece existir um sistema de cúmulo parcial. O desenho ou modelo pode ~~pode~~ ser protegido pelo Direito de Autor (TRLPI, arts. 1º e 10º) se for original. Tudo dependerá da originalidade, aparentemente dependendo da interpretação do conceito de originalidade, a maior ou menor possibilidade de protecção pelo Direito de Autor. Todavia, a disposição adicional décima da Lei sobre Desenhos (Ley 20/2003, de 7 de Julho), prevê um critério quantitativo do grau de nível artístico da obra. Caso não seja preenchido, apenas se pode aplicar a protecção via Propriedade Industrial prevista na lei sobre protecção dos desenhos⁶⁸.

No Reino Unido, após uma complicada evolução, o

⁶⁷ Desenvolvidamente, sobre esta lei, que passou a ter esta designação em 2014, ECHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL v., KÜHNE, M., *Designsgesetz*, 5ª ed. actualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 45, BECK'S, Munique, 2015.

⁶⁸ Com mais pormenor, OTERO LASTRES, "Rasgos conceptuales del diseño industrial", FERNANDÉZ-NÓVOA, OTERO LASTRES, BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, MARCIAL PONS, Madrid, 2013, pp. 345-347. GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 150.

Copyright, Designs and Patents Act de 1988, prevê uma cumulação parcial ainda mais restritiva. Protege-se o desenho não registado, desde que seja original, por um período de 15 anos após a criação, sendo requisito desta protecção a produção de um mínimo de 50 exemplares⁶⁹.

Em Portugal, o Código da Propriedade Industrial (CPI) determina, no seu art.º 200º, que qualquer modelo ou desenho registado beneficia, igualmente, da protecção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho foi criado ou definido, sob qualquer forma. A norma resulta da transposição literal do art.º 17 da DDeM e é repetida no art.º 96º, nº 2 do Regulamento (CE) Nº 6/2002, do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos e modelos comunitários (doravante designado por RDM). Como acentua REMÉDIO MARQUES, Portugal limitou-se a transpor de forma acrítica a norma em causa, apesar de, quer a DDeM, quer o RDM, reconhecerem aos Estados-Membros completa liberdade para determinar o âmbito de protecção e as condições da mesma, incluído o grau de originalidade requerido para a protecção cumulativa⁷⁰. Esta redacção tem tradição

⁶⁹ Com mais pormenores, CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8º ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013.p. 535 ss; veja-se também GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 150-151. O Registered Designs Right de 1949, sucessivamente alterado, protegia os modelos e desenhos novos e originais. Todavia, o Copyright Act de 1956 excluía a protecção das obras de desenho através da protecção cumulativa. Caso o desenho ou modelo artístico fosse registado ou aplicado na indústria, perdia a protecção via *copyright*. Já o Copyright Act de 1968 permitia a possibilidade de o autor poder perseguir o contrafactor, independentemente de o desenho estar registado como tal. O sistema era bastante confuso e incongruente.

⁷⁰ MARQUES, REMÉDIO, *Bioteecnologias(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.

no nosso Direito de Autor, uma vez que o art.º 2º m, nº 1, al. i) do CDADC prevê como obras susceptíveis de protecção as obras de artes aplicadas, modelos ou desenhos industriais e obras de *design* que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial. Nunca foi objectivo do Direito de Autor proteger apenas as obras puramente decorativas. Pelo contrário, como vimos acima, a função não é requisito de protecção (art.º 1, nº2), pelo que tanto se protegem as obras utilitárias (veja-se uma obra de arquitectura, uma peça de *design* traduzida numa cadeira, num copo, em vestuário, calçado ou carteiras), como as obras meramente decorativas. O facto de o Direito de Autor ser neutro do ponto de vista utilitário não significa que todos os desenhos e modelos mereçam protecção através deste. Estamos longe de defender uma teoria baseada num cúmulo absoluto. Os requisitos para apurarmos a existência de uma obra – a saber, criação, do espírito, por qualquer modo exteriorizada, original, no sentido de criativa (imputável subjectivamente ao autor), do domínio literário, artístico ou científico – e de um modelo ou desenho – a saber, aplicação a um produto, novidade e singularidade – não se confundem (cfr. art.º 1 ss CDADC e 173 ss CPI). Tanto mais, ainda, que o Direito de Autor, como regra, não exige qualquer registo para efeitos de protecção e apenas os desenhos e modelos registados merecerem protecção, com a importante excepção dos desenhos e modelos comunitários não registados, nos termos do RDM, mas que têm requisitos de protecção e duração completamente diversos do que se passa em matéria de Direito de Autor. Ainda, a obra protegida não tem que se aplicar a um produto, ao contrário

do que se passa em matéria de modelos e desenhos, em que a componente empresarial é decisiva. O produto em causa tem que poder ser reproduzido, hoje já não a nível industrial, mas, pelo menos, a nível artesanal. Já para não falarmos da filosofia em que assenta (pelo menos) o Direito de Autor continental, com todo o acervo de direitos morais que se entrelaçam e têm uma influência decisiva nos direitos patrimoniais⁷¹.

Em Portugal, conjugando o disposto no CPI (art.º 200º, que aliás refere “sem prejuízo da protecção pelo Direito de Autor”⁷² e o art.º 2º, nº 1, al. i) CDADC, uma obra artística aplicada à indústria é passível de ser protegida, em simultâneo, pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial, como modelo ou desenho, desde que sejam cumpridos os requisitos de protecção de cada sistema. O sistema traduz-se num cúmulo parcial. Uma mesma criação estética só deve ser protegida se satisfizer os requisitos diversos e autónomos de cada direito, ou seja, da protecção como obra pelo Direito de Autor e da protecção como modelo ou desenho pelo Direito Industrial. Todavia, na prática, terminado o prazo de protecção como modelo ou desenho, ou seja, o prazo dos 25 anos, a protecção pode continuar através do Direito de Autor, cujo prazo de protecção é muito mais elevado (como regra, vida do autor e 70 anos após a sua morte, contados de 1 de Janeiro do ano seguinte ao ano da morte). COUTO GONÇALVES também considera que estamos perante

⁷¹ Em pormenor, vejam-se os nossos estudos: ROCHA, M.V., “A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor” cit., pp. 339-368 e “Contributos” cit., pp. 733-792. Os ireitos morais entrelaçam-se e têm uma influência decisiva nos direitos patrimoniais.

⁷² GONÇALVES, L. M. COUTO refere que esta intromissão no Direito de Autor é “abusiva”, *Manual cit.*, p. 151; desenvolvidamente, o nosso ROCHA, M. V., “A protecção cumulativa” cit., pp. 883-898.

uma cumulação parcial, embora o o prazo máximo de protecção devesse ser de 25 anos, o que não resulta do direito constituído. O autor que tenha a sua obra simultaneamente protegida pelo direito de autor e pelos modelos ou desenhos, na prática pode continuar a gozar do direito de exclusivo do modelo ou desenho, mas via direito de autor. Por isso, COUTO GONÇALVES propõe uma solução de compromisso, *de iure constituto*, de analisar este direito de exclusivo, que permite aos seus titulares oporem-se a que outros concorrentes o possam usar, à luz do abuso de direito, como forma de salvaguardar o interesse público da livre concorrência.⁷³

Pela nossa parte, defendemos, tal como a doutrina e jurisprudência francesas, o princípio da unidade da arte, não concordando com a ideia de ter que haver maior altura criativa, à partida, só por as obras serem utilitárias. Em primeiro lugar, em zonas de fronteira é complexo definir se a obra é de arte aplicada ou de arte pura. O próprio art.º 54º CDADC é reflexo desta dificuldade, na transposição da Directiva sobre direito de sequência (*droit de suite*), dificuldade que vem da própria Directiva. O nº 1 do art.º 54º exclui do direito as obras de arte aplicada, mas o nº 2, bem vistas as coisas, volta a recolocá-las, em parte, como objecto de protecção, ao incluir os vidros, as cerâmicas e as tapeçarias. Por exemplo, uma tapeçaria no chão tem uma função utilitária, mas na parede é um objecto decorativo. O mesmo acontece com um prato que pode ser colocado a embelezar a parede ou servir para comer. O mesmo se diga dos vidros. Uma jarra pode servir para água ou como elemento decorativo para colocar pedras retiradas do

⁷³ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 151-152, e nota 346.

mar, ou por si só, ser um elemento decorativo (pense-se num vaso de René Lalique).

Mesmo que seja possível a separação, por a moda ter uma função utilitária, qual seria legitimidade para exigir maior criatividade para uma peça de vestuário de uma complexidade extrema, como as de Alexander McQueen, Balenciaga, ou Prada, por exemplo, quando o direito de autor protege as *Kleine Münze*, como um guia de televisão, uma colecção de receitas de como cozinhar arroz, um roteiro de parques campistas? Inclusive, há quadros e esculturas com muito menos complexidade criativa do que uma peça de vestuário do topo da pirâmide, acima referida. Sem uma norma expressa a reduzir os prazos de protecção, havendo protecção simultânea, não cremos que seja legítimo impor mais elevados graus de criatividade para protecção das peças de moda pelo Direito de Autor.

De qualquer modo, apenas os desenhos e modelos com carácter artístico, ou seja, com um mínimo de criatividade que os permita qualificar como obras para efeitos do Direito de Autor, podem ser abrangidos pela protecção cumulativa. Por muito singular que seja o desenho ou modelo, tal característica, por si só, não o habilita a protecção cumulativa. Se nunca foi uma obra de arte, não passará a ser tido como tal pelo facto de ser protegida como desenho ou modelo.

As diversas interpretações de um cúmulo intermédio, mais alargado ou mais restritivo, podem aumentar ou diminuir o número de casos em que o desfasamento de regimes seja causa de problemas complexos (cf., entre nós, as diferenças de regime quanto a saber quem é o titular dos direitos patrimoniais, no âmbito de um contrato de trabalho e no âmbito de um con-

trato de prestações de serviços, quando confrontamos o art.º 14º CDADC com o art.º 59º CPI, por força da remissão operada pelo art.º 182º CPI, podem conduzir a resultados completamente diversos)⁷⁴, pelo que seria de desejar uma clarificação por parte do legislador nacional a este nível; não podemos esquecer que os direitos privativos afectam a livre concorrência na UE, pelo que só devem manter-se quando tal se justifique. Em todo caso, trata-se apenas de uma questão de quantidade e não de solução do problema, que persiste enquanto não houver harmonização entre as soluções propostas pelo Direito de Autor e a Propriedade Industrial nos diversos países da EU. Como consequência desta falta de clarificação de regimes, não obstante o disposto na DDeM e no RDM, a doutrina e a jurisprudência dos mais diversos países que admitem o cúmulo parcial ou restrito têm encontrado formas bastante criativas para evitar que na prática funcione, nomeadamente, mantendo, de uma forma ou outra, um maior nível de exigência em matéria de criatividade, pese embora as directrizes decorrentes do Direito Comunitário em matéria de Direito de Autor, sendo relativamente poucos os casos em que, na prática, o cúmulo é admitido.

Outro cúmulo importante é a protecção simultânea da peça de moda como obra de arte e como marca e/ou como *slogan* publicitário, expressamente permitida pelo art.º 2º, nº1, al m.

⁷⁴ Vejam-se os nossos estudos, ROCHA, M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho", (org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) *Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 167-199; ROCHA.M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português", *Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor, (ADI)*, Tomo 27, 2006-2007, pp. 353-380; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa" cit., pp. 883-898.

Pode haver, e muitas vezes existe, o cúmulo via protecção do nome, da marca, do logótipo e do nome de domínio e indicação de proveniência.

A protecção cumulativa através do *trade dress*, que se deveria fazer através da normas contra a concorrência desleal, tem, entre nós, a estranha exigência do art.º 240º CPI. De qualquer modo, protecção contra a concorrência desleal existe sempre como pano de fundo, quer como motivo de recusa de registos ou depósitos, quer como protecção subsidiária, transversal ao Direito de Autor e aos Direito Industrial e como importante forma de protecção do *know-how* e dos segredos de comércio e indústria.

A protecção cumulativa através dos nomes de domínio é hoje essencial pela importância que o comércio electrónico adquiriu no âmbito da moda.

9. A incidência da pirataria na moda

O fenómeno da pirataria, em geral, mas no âmbito particular da moda, está amplamente difundido, atingindo os direitos centrais que protegem a moda, ou seja, o *design*, seja sob a forma de violação de direitos de autor, seja sob a forma de violação dos modelos e desenhos e as marcas. A violação dos direitos de autor e da propriedade industrial, já habitual nas feiras, tornou-se num verdadeiro mercado paralelo, graças também ao comércio electrónico, que facilitou muito a circulação das falsificações. Dada a deslocalização da produção para a China, ou outros países do Sudeste Asiático, onde a mão-de-obra

é barata e o sistema de protecção de Propriedade Intelectual é muito frágil, se é que existe, é fácil que os projectos e as peças aí fabricadas saiam facilmente do contexto do segredo das empresas europeias e norte-americanas que para aí deslocam toda ou parte da produção, e sejam apropriadas por empresas locais, que a custo zero, em termos de *know-how*, pois que se baseiam na imitação, fabricam peças concorrentes a preços incrivelmente mais baixos. De entre os países do Sudeste Asiático, a China lidera a contrafacção, sendo a responsável por cerca de 70 % da contrafacção a nível mundial. Mas também há países peritos em contrafacção em zonas mediterrânicas, com liderança para a Turquia. A globalização permite que os produtos contrafeitos de origem chinesa ou outra, entrem na UE através de várias alfândegas mais débeis, como é o caso, em Itália, de Nápoles. O canal mais utilizado, normalmente, é o mar, em que os produtos contrafeitos vêm em contentores que são descarregados nestas alfândegas mais débeis. Portanto, em termos de contrafacção, não apenas está organizada a produção, como também a distribuição. Quanto aos pontos de venda, para além das tradicionais feiras, bancadas em festas populares, vendas nas praias e vendas em lojas físicas, hoje em dia a contrafacção não se faz apenas em canais de venda físicos, porque se podem adquirir com facilidade produtos contrafeitos através da *Internet*. Aliás, a *Internet* constitui um dos canais preferidos, graças, também, à possibilidade de anonimato. É frequente o recurso às lojas *online*, uma vez que a Directiva do Comércio Electrónico⁷⁵ dá origem a diversas interpretações

⁷⁵ Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho do Conselho de 8 de Junho de 2000, relativa a alguns aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio electrónico no mercado interno (L. 178/1, de 17-07-2000).

quanto à responsabilidade dos intermediários. O problema principal do comércio electrónico está na impossibilidade física de ver o produto, que se adquire com base em reproduções fotográficas, muitas vezes retiradas directamente da casa-mãe, não permitindo ao comprador saber se o bem é original ou falso. No sector da moda o problema ainda é mais intenso, uma vez que os bens à venda são reproduções de marcas famosas e os consumidores, muitas vezes inconscientemente, mas muitas outras vezes de forma consciente e deliberada, adquirem o bem por força do valor simbólico atribuído à marca. Os operadores legais do sector sofrem, não apenas pela redução das vendas e da facturação, mas também danos ligados à sua imagem. Por isso, é fundamental, a nível de comércio electrónico, descobrir quem é que pode ser responsabilizado, distinguindo o provedor de serviços activo dos que têm uma função de meros intermediários⁷⁶. O intermediário é aquele cuja responsabilidade está limitada pelo art.º 14º da Directiva 2000/31 e isso depende do papel meramente passivo, técnico e automático, com a consequência de não controlar as informações transmitidas ou guardadas na memória. Este papel, todavia, foi posto em causa na jurisprudência francesa relativamente às controvérsias de Louis Vuitton e Cristian Dior Couture contra o eBay, pelo uso das suas marcas na venda mercadorias contrafeitas. O eBay, que baseia os seus próprios lucros no número de transacções efectuadas, não pode ser considerado um simples provedor de serviços, invocando a limitação da sua responsabilidade tal como é concedida a simples intermediários. Em ambos os casos o gestor do *site* da *Internet* foi considerado parte fundamental

⁷⁶ Cf. TJUE, 23 de Março de 2010, Google Adwords (C-236/08 e C-238/08).



das transacções entre vendedores e potenciais adquirentes e condenado⁷⁷. Mas as decisões estão longe de ser líquidas, embora o eBay tenha alterado o seu regulamento para garantir protecção contra a contrafacção e se tenha sempre mostrado muito colaborativo (ex: remoção proactiva da contrafacção evidente; remoção de publicidade relativa a objectos contrafeitos por relatados pelos proprietários das marcas; remoção dos *sites* de vendedores de objectos contrafeitos; colaboração com as autoridades legais, de modo que os contrafactores sejam perseguidos penalmente; aplicação de limites de venda para os objectos maioritariamente expostos à contrafacção; limitação das actividades dos vendedores de determinadas categorias; fornecimento de instrumentos gratuitos para os proprietários de direitos que permitam identificar a de modo eficaz a publicidade e de relata-la ao eBay para que sejam de imediato removidos)⁷⁸.

10. O modelo em que assenta a Propriedade Intelectual na UE é um modelo forte de protecção contra a pirataria. A digitalização e o desenvolvimento da Sociedade da Informação, com a difusão das obras e dos direitos da propriedade industrial em rede, implicaram o surgimento de novos Tratados, Regulamentos e Directivas para fazer face aos desafios tecnológicos,

⁷⁷ Trib. Com. de Paris, 30 de Junho de 2008, Louis Vuitton Malellier v. eBay, <http://www.zdnet.fr/i/edit/ne/2008/06/jugement-LVMH-ebay.pdf> (último acesso em 30.05.2017); Trib. Com de Paris, 30 de Junho de 2008, Christian Couture v. eBay, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-chambre-b-jugement-du-30-juin-2008/> (último acesso em 30.05.2017).

⁷⁸ Vide <http://pages.ebay.com/help/policies/overview.html> e <http://pages.ebay.com/seller-center/listing/create-effective-listings/vero-program.html> (último acesso em 30.05.2017).

em particular na área do *software*, da indústria da música e da indústria audiovisual. No âmbito dos direitos de autor, consagraram-se dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos, regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados OMPI 1996 (respectivamente, arts. 11º e 12º do Tratado sobre Direito de Autor e arts. 18º e 19º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE⁷⁹, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6º e 7º). Inclusive, as medidas de protecção e os sistemas de informação foram regulados de forma tão intensamente protectora que colocam em causa o equilíbrio entre a protecção e as utilizações livres, criando um paradoxo, em que na sociedade da informação os utilizadores podem ficar pior do que na era analógica, por não lhes ser permitida a retirada das medidas de protecção e os sistemas de informação e gestão, mesmo para usos livres sem que cometam um crime com pena de prisão até um ano ou multa (cf. arts. 217º a 228º CDADC)⁸⁰.

⁷⁹ Doravante designada por InfoSoc.

⁸⁰ Desenvolvidamente, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, pp. 2047-2051, em comentário ao art. 160º TRLPI; LEITÃO, L. M. TELES MENEZES, *Direito de Autor*, cit., p. 368; ROCHA, M. V., "Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores", *Actas de Derecho de Industrial y Derecho de Autor*, (ADI,) 33 (2012-2013), pp. 429-446; VICENTE, D. MOURA, "Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção", APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 506 e ss. Na prática, todavia, a efectivação dos direitos não se realiza em todos os países da EU, porque se há países onde a vigilância é menos apertada, pelo que raramente alguém é criminalizado, ou há menos propensão para bloquear conteúdos ilícitos, noutros

países, como na Alemanha, essa vigilância é muito apertada. Mais, é muito discutível, no contexto da EU e mesmo em Portugal, o que são utilizações privadas lícitas e o que são utilizações públicas, ilícitas.

No âmbito do Direito de Autor, com raras excepções a Sociedade da Informação actual traduz-se nos excessivos prazos de protecção concedidos aos autores e titulares de direitos de autor, bem como, mais recentemente, aos produtores e artistas musicais, pela transposição da Directiva 2011/77/UE do parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro de 2011, que alterou a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (Os artistas musicais e os produtores de fonogramas passam a ter um prazo de protecção dos seus direitos patrimoniais de 70 anos a contar da data da primeira divulgação).

Com uma duração excessiva, a comunidade é privada desproporcionalmente de desfrutar de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, o facto de a duração dos direitos patrimoniais de autor a nível comunitário ser já a vida do autor mais 70 anos contados a partir de 1 de Janeiro do ano a seguir à morte deste, é manifestamente excessivo. Tanto mais que a protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais, basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade propecta. Temos que concordar que se trata de um absurdo. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Como salienta o autor, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto "como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral". Desta forma, há todo o interesse em que tais obras/prestações estejam disponíveis no domínio público, de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade. Aliás, no contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. O ponto de partida e de chegada é sempre o da liberdade de acesso e uso dos bens culturais, cumprida a função autoral que justifica a concessão de exclusivos por um dado período, função essa também ressalvada no art.º 42º, nº 2 da Constituição. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados, em que se protege o investimento na organização de informação, faz-se sempre à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor. Com mais pormenor, ASCENSÃO.J. de OLIVEIRA, "A questão do domínio público" *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008, p.23 ss.

Há países em que se corta o acesso à *Internet* quando há uma violação, tornando os utilizadores em info-excluídos. Contam-se entre estas iniciativas a Lei HADOPI, em França⁸¹ e

A nível do direito industrial, a duração já é mais aceitável, 20 anos a contar do pedido para as patentes, 6 anos com duas renovações de 2 anos cada, ou seja, 10 anos para os modelos de utilidade, 25 anos para os modelos ou desenhos registados, com a limitação dos 3 anos para os modelos ou desenhos comunitários não registados. Quanto aos sinais distintivos, devem acompanhar todo o percurso da duração da empresa ou produto/serviço, pelo que têm uma duração indefinida.

Na União Europeia, a Directiva 2001/29 (InfoSoc) harmonizou vários aspectos do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno, em especial na sociedade de informação, prevendo no seu art.º 5º um conjunto de 21 limites e excepções ao direito de autor que implicaram alterações ao nosso art.º 75º CDA-DC. Tais excepções e limites são taxativos, e devem respeitar a regra dos 3 passos da Convenção de Berna. De qualquer modo, são limites e excepções bastante insatisfatórios, porquanto a maioria não se aplica no âmbito da sociedade da informação, ainda, por constituírem uma lista não obrigatória, o que implica que não haja harmonização dentro da EU em matéria de utilizações livres, como seria imperativo, porque não fica claro o que sejam usos privados e usos públicos, havendo forte incerteza a este nível e conflitualidade a este nível, por último, porque não é certo se deve ou não haver uma interpretação restritiva destas excepções e limites, pese embora seja essa a orientação preconizada pelo TJUE, o próprio tribunal já adoptou critérios mais flexíveis. Urge uma revisão desta Directiva. Aliás, a Directiva sobre obras órfãs surgiu para colmatar a rigidez desta enumeração taxativa, sobretudo quando interpretada de forma estrita, e os prazos excessivos de protecção (Directiva 2012/28/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro). Questiona-se se não seria melhor adoptar na EU um regime mais próximo do sistema de Copyright anglo-americano, contemplando o *fair use*, em vez de uma lista taxativa. Em pormenor, PEREIRA, A.L.DIAS, "O novo regime das obras órfãs", *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss; RENDAS, TITO, "Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)", *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.

⁸¹ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law, consultada em 30.4.2016.

Leis SINDE e LASSALLE⁸², em Espanha⁸³, projectos PIPA⁸⁴ e SOPA⁸⁵ e Tratado ACTA⁸⁶.

A violação, tanto de direitos de autor como de direitos da propriedade industrial, pode implicar crimes, com molduras penais excessivamente elevadas, em especial no caso dos direitos de autor, contra-ordenações e responsabilidade civil. Há também sanções acessórias, designadamente de perda dos objectos pirateados e possibilidade de intentar providências cautelares⁸⁷.

11. Apesar de a cópia ser sistemática, ao contrário do que aconteceu com a indústria do *software*, a indústria musical e a indústria audiovisual, a indústria da moda apenas embarcou numa forte reacção contra a pirataria em matéria de marcas e demais sinais distintivos pirateados. Nos EUA, inclusive, o Council of Fashion Designers of America (CFDA) não menciona

⁸² <https://hipertextual.com/2013/03/que-es-la-ley-lasalle>, consultada em 26.06.2016.

⁸³ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde, consultada em 30.04.2013.

⁸⁴ Para uma visão global do projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act, consultado em 30.04.2015.

⁸⁵ Para uma visão global do Projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act, consultado em 30.04.2015.

⁸⁶ Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement, consultado em 30.04.2016.

⁸⁷ A forte protecção, quer a nível de direito de autor, quer a nível de direitos da propriedade industrial resultou da transposição para o ordenamento português da Directiva 2004/48/CE de 29 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, mais conhecida como Directiva do *Enforcement*, operada pela Lei n.º 16/2008, DR de 01-04-08. Cf. arts. 195º a 228º CDADC e arts. 320º a 345º CPI.

“Piracy” ou “IP Rights”, no seu *website*⁸⁸. Isto é apenas o resultado do que muitos, na indústria da moda, têm observado: que a liberdade de copiar é tomada como garantia⁸⁹.

Enquanto nos EUA a protecção da moda através da Propriedade Intelectual parece ser mais frágil por não estar protegida pelo *Copyright*, na UE a Directiva 98/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, inclui a possibilidade de cúmulo, total ou parcial pelo menos em teoria o sistema europeu parece bastante mais protector.

Perante um regime fraco de direitos da propriedade intelectual, como é o caso dos EUA, e um regime forte, como aparenta ser o regime que vigora na UE, dever-se-ia notar uma influência na indústria da moda. Esta tenderia a estar estagnada nos EUA e a desenvolver-se muito na UE. Mas não é isso que acontece. Não há grandes variações de comportamento.

Além disso, o mercado é global, as empresas trabalham em todas as jurisdições, nomeadamente as com legislação menos protectora, como é o caso dos EUA, ou, aparentemente, mais protectora, como é o caso da UE. Todavia, a indústria dos EUA continua florescente e a imitação efectua-se nos dois sistemas⁹⁰.

⁸⁸ <http://www.cfda.com>, consultado em 30.05.2017.

⁸⁹ RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., “The piracy paradox”. cit. p. 1716.

⁹⁰ A *Internet* é mundial, os direitos de propriedade intelectual são territoriais. No contexto dos direitos de autor, por exemplo, pensemos na diferença entre o *fair use*, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na UE, previstas na Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (Info-Soc). Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de 70 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os 50

Note-se que nos EUA não há qualquer dogma em não proteger via direitos de autor as obras utilitárias. Trata-se apenas de uma opção de política legislativa. A protecção do edifício em três dimensões é possível desde 1990 (Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA)).⁹¹

Apesar da ampla possibilidade de protecção legal na EU, não há muitos litígios na Europa envolvendo *design* de moda e podemos observar cópia em larga escala, inclusive, há empresas a vender vestuário e acessórios similares tanto na União Europeia como nos EUA. Os dois maiores *fashion copists* europeus, a H&M (de origem sueca) e a Zara (de origem gale-

anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Tanto mais que a matéria de moda há países como os EUA onde esta não é protegida através do Direito de Autor/Copyright. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante tratados, para garantir idêntica protecção a nível global. Aliás, dentro da UE urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se VICENTE, D. MOURA, *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010. Neste âmbito são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, quanto à lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na EU e o Regulamento (UE) 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Quanto à questão relativamente à lei de protecção aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor, ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável às Criações de Moda pelo Direito de Autor" cit., pp. 164-168.

⁹¹ L. n.º 101-650, 104 Stat. 5089, em vigor desde 1 de Dezembro de 1990. Deste modo, houve uma aproximação ao antigo caso *Mazer v. Stein*, de 1954, em que foi decidido que uma estatueta usada como parte de uma base de uma lâmpada podia ser protegida pelo *copyright* (347 U.S. 201, 1954) que protegeu uma obra artística utilitária. Desenvolvidamente, RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", pp. 1745-1751. Aliás, o que aconteceu com as obras de arquitectura aconteceu com a protecção através de um direito *sui generis* no caso da protecção Topografias dos produtos semicondutores (SCAPA, de 1984, sucessivamente alterado) e dos cascos dos barcos (*Boat Hulls*), (VHDP), parte do Digital Millenium Act.

ga), com centenas de lojas a retalho e de vendas *online*, são empresas europeias que, depois do enorme sucesso obtido na Europa, se expandiram para os EUA. Há poucos casos famosos de disputas em razão da pirataria em matéria de direitos de autor. As empresas normalmente actuam a um nível global, em diferentes jurisdições. A compra de retalhistas dos EUA muitas vezes ocorre na UE e vice-versa, sobretudo quando estamos perante o comércio *online*. A diferença nas regras jurídicas aplicáveis não tem efeito na prática que regula a inovação e a concorrência em cada uma das jurisdições.

12. Mas quais serão as razões por trás deste fenómeno? Várias tentativas de explicação têm sido ensaiadas. São amplamente divulgadas as posições de RAUSTIALA e SPRIGMAN, embora haja outras. Para este dois autores há duas explicações básicas para o que consideram ser um *Piracy Paradox* no mundo da moda.

12.1. À primeira denominam *Induced Obsolescence*⁹². Há muito que já não se compra por necessidade, mas, graças ao impacto da publicidade e a uma sociedade em que se vive da imagem, se compra para ter um determinado estatuto social. Estes bens são denominados pelos economistas como *positional goods/beni posizionali*, bens posicionais⁹³. São valorizados

⁹² RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1718-1728; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 39-47.

⁹³ EASTERLIN, R., "Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence", *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, Nova Iorque, 1974, pp. 90-93; BRUNI, L., ZARRI, *La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato*, working paper n° 39, Março de 2007, www.aiccon.it. (último acesso em 30.05.2017); RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1718- 1721; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy* cit., pp. 39-44.

pela percepção que os outros têm deles. O que se compra é, em parte, função daquilo que os outros, cujo *status* queremos ter, também compram. Ou seja, os bens são comprados para se fazer parte de uma elite, a que poucos podem aceder, para que haja uma pertença a essa elite e uma separação da classe média ou do povo. A exclusividade, ou a relativa exclusividade, é o que move a compra. O fenómeno não é único da moda, verifica-se também em muitas outras áreas: *resorts* turísticos a que só poucos podem aceder, carros e casas que só poucos podem comprar, prática de desportos de elite, etc.

Voltando à moda, determinados estilos de moda e determinadas marcas oferecem prestígio. Por exemplo, uma peça de Alexander McQueen, Prada, Gucci, ou Balenciaga, para mencionarmos apenas alguns dos maiores estilistas. A peça só é valorizada se e na medida em que permite ao seu utilizador destacar-se da multidão. Quando se compram *positional goods* ou *beni posizionali*, bens posicionais, ou seja, bens de luxo cuja utilidade não está tanto ligada ao seu uso mas ao facto de o consumidor, ao adquirir estes bens, adquirir, sobretudo, uma espécie de etiqueta, um certificado de *status* económico⁹⁴, um certo nível social, conduz a que se a peça se difundir, o prestígio da mesma diminua. Os sociólogos também estudam o fenómeno. À medida que a peça de moda se multiplica e difunde, tende a atingir o seu fim. Por um lado, porque as cópias, muito mais baratas, podem ter uma qualidade inferior, o que, indirectamente, atinge a peça inicial. Por

BERGAMASCHI, ob. cit. ob., cit. pp. 17-18; PALMA, C., ob., cit., <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazione-del-mar-chionellabbigliamentoenegliaccessori.pdf> (consultada em 9.06.2017, pp. 4-5).

⁹⁴ PALMA, C., ob. cit., p. 5.

outro lado, porque a elite que comprou as peças exclusivas ou quase exclusivas (*fashionistas*), perde o interesse pelas peças, uma vez que pode encontrar, e hoje em dia cada vez mais, imitações idênticas, ou quase idênticas, em todo o lado (*look alike*s, *knockoffs*). Com as possibilidades que a tecnologia hoje oferece, vai ser difícil separar e identificar a peça inicial das imitações, pelo que aquilo que inicialmente era *moda*, com a utilização pela generalidade das pessoas passa a *tacky*. Ou seja, a liberdade de apropriação dos *designs* e estilos de moda acelera a sua difusão. Os modelos são copiados e usados em obras derivadas, que passam a comprar-se em larga escala. Com a cópia, a possibilidade de obter o reconhecimento social, com um investimento mínimo, entusiasma os sujeitos de qualquer faixa económica a comprar peças falsas que hoje em média são cada vez mais cuidadas nos detalhes, chegando a confundir-se com os originais, conduzindo a que aumente o número de mercadorias contrafeitas em circulação. Ou seja, a partir de um certo ponto dá-se a inflexão e a difusão dilui o valor posicional do produto, que já não é mais desejado pela elite. Essa elite passa para outros produtos, esses produtos voltam a ser copiados e a perder o interesse da elite, e assim se entra num processo cíclico. A apropriação livre conduz à difusão e a que a moda se torne rapidamente obsoleta, pela cópia generalizada. Há aqui um paradoxo, porque a contrafacção, que se traduz num mercado paralelo, e leva à perda e imensas quantias de dinheiro, conduzindo a que o produto perca o seu papel posicional, ao mesmo tempo incentiva a inovação. Os estilistas de moda são obrigados a responder a esta obsolescência com novos desenhos, novos modelos, no-



vas tendências. Paradoxalmente, segundo RAUSTIALA e SPRIGMAN, a pirataria beneficia os estilistas, implicando inovação e vendas adicionais. Ao mesmo tempo, a cópia conduz à venda de versões menos caras, que passam a ser compradas por consumidores que, de outra forma, não as poderiam adquirir. O produto deixa de poder pertencer apenas a uma elite.

A marca pode continuar a exercer este papel posicional, distinguindo a elite das massas, mas é necessário que a marca seja patente, ou seja, visível, o que muitas vezes não acontece, porque a marca está apenas no interior do vestuário. Se a marca é visível, é mais fácil distinguir o original da cópia. A contrafacção em matéria de marcas e sinais distintivos é alvo de um mercado paralelo de contrafacção originária sobretudo da China, do Bangladesh e da Turquia, sendo certo que há uma forte reacção contra marcas alvo de contrafacção. A visibilidade da marca no vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, que é um fenómeno crescente, ajuda a diminuir o grau de obsolescência, dissipando, em alguma medida, o mesmo. De qualquer modo, sendo a obra simultaneamente protegida pelo Direito de Autor, entre nós, e na UE, e pelos modelos e desenhos, o titular dos direitos de autor e dos direitos sobre modelos e desenhos pode sempre reagir por essa via. O que é mais um motivo para diminuir o grau de obsolescência (ex.: imitação de um modelo da Chanel). Desse ponto de vista, o facto de termos um Direito Intelectual mais forte do que os EUA pode fazer a diferença. Todavia, voltamos a recordar, são poucos os casos que vão a Tribunal por violação do direito de autor ou dos modelos ou desenhos, quando comparados com as cópias que inundam o mercado.

Os autores cuja posição estamos a expor reconhecem que se as cópias se podem distinguir do original o efeito de obsolescência diminui acentuadamente.

Em vários casos, não estamos perante cópias servis, mas perante novos vestuários, calçado ou acessórios que se apropriam de alguns aspectos do modelo original e os transformam. Caso não se copiem meras tendências, mas estejamos perante obras derivadas, como regra geral, contida no art.º 3º do CDADC, tais obras necessitam da permissão do autor ou titular de direitos de autor da obra original. Se tal não acontecer, estamos perante o crime de usurpação previsto no art.º 195º do CDADC (que se deveria chamar de crime de contrafação, embora o art.º 196º, onde está previsto o crime de usurpação tenha como epígrafe “Contrafacção”. Se estiver em causa um modelo ou desenho protegido, não tendo sido concedida, sequer, uma licença, estamos perante o crime de “contrafacção” previsto no art.º 322º CPI.

Curiosamente, a possibilidade de realização de obras derivadas, sem autorização dos titulares de direitos, que se traduz nos *look alike* ou *knockoff*, embora sendo actos de imitação, implica uma acrescida e substancial criatividade que leva ao consumo de peças por parte dos que preferem variações da peça original. Se as peças derivadas se mantêm visivelmente ligadas aos desenhos originais, também ajudam a que a peça original seja consumida em maior escala, acelerando a obsolescência desta, que vai perdendo o seu carácter de produto posicional⁹⁵.

⁹⁵ RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1772-1724; RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 44-45



O modelo que RAUSTIALA e SPRIGMAN defendem tem alguns pressupostos que, todavia, muitas vezes se verificam. Em primeiro lugar, pressupõem que exista um *gap* entre a peça inicial e a peça copiada, o que permite ao autor da peça original já ter ganho a parte de leão dos lucros antes que comecem a surgir as cópias. Este argumento, conhecido como *first mover*, se era verdadeiro nas décadas passadas, hoje não tem grande fundamento, na medida em que as peças hoje são copiadas de forma muito rápida e de forma muito fácil. Os próprios autores reconhecem que se o *gap* deixar de existir, por certo que, mesmo nos EUA, haverá um reforço da tutela da Propriedade Intelectual a este nível, e cada vez haverá mais acções no contexto nacional e da UE, uma vez que a cópia pode tornar-se prejudicial para os próprios criadores iniciais⁹⁶. Hoje em dia, em regra, esse *gap* já não existe. Com o advento da era digital, a *Internet* e o comércio electrónico, tal como aconteceu no *software*, na música e no audiovisual, a pirataria tornou-se muito mais fácil também na indústria da moda. Instantaneamente, as passagens de moda podem ser vistas em páginas *web* como a *Vogue.com* ou a *Style.com*, que mostram fotografias de cada desfile de moda imediatamente depois do desfile ou poucas horas depois. Quem vai aos desfiles de moda também tira fotografias durante os mesmos e faz o seu *upload* para a *Internet*, nomeadamente para os *Blogs* de moda, o *Facebook*, o *Twitter* ou o *Instagram*. Com as fotos acessíveis na *Internet* a toda a gente e em todo o mundo, a imagem pode ser de imediato transmitida para a fábrica que, com o uso de *software*, transfor-

⁹⁶ No mesmo sentido, RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., ob. cit. pp. 40-41, nota 64.

ma o *design* num padrão que começa a ser produzido em massa por uma fracção mínima do preço das peças originais, mesmo semanas ou meses antes de o original estar à venda para o público. Estamos em pleno domínio da *fast fashion*.⁹⁷ Grandes cadeias de retalhistas que vivem destas imitações, *look alike*s, ou *knockoffs*, como a Forever 21 (de origem americana), a H&M (de origem sueca) ou a ZARA (de origem galega), a Topshop (inglesa) por exemplo, operam desta forma. Mas a estas empresas acrescem muitas outras que funcionam da mesma maneira. E aqui ainda é possível fazer ulteriores distinções. Por exemplo a ZARA tem peças muito mais interessantes do que a H&M e pratica, em regra, em Portugal, preços mais elevados. Mesmo nos níveis mais baixos da pirâmide, dá mais prestígio ter uma peça da ZARA do que da H&M, da Stradivarius, da Primark ou da Lef-ties, por exemplo. Ter uma peça da ZARA, no segmento jovem, é muito mais prestigiante do que destas outras empresas.

É importante salientar que, se é um facto que as obras derivadas se vendem em larga escala e para diferentes públicos, muitas empresas de peças de elite, utilizam este modelo de negócio, diferenciando as suas marcas consoante o estilo e o preço das peças. Ou seja, em vez de serem os concorrentes, são as próprias empresas que desenvolvem as peças iniciais a utilizar esta estratégia. Muitas empresas optam por esta estratégia como a Armani, a Dolce & Gabbana, a Moschino. Os temas das peças *premium* são desenvolvidos nos segmentos mais baixos, com materiais mais baratos, preços mais acessíveis e opções para mais gostos. É usual que as

⁹⁷ A propósito, com mais detalhe, veja-se CALLAHAN, CASEY, E., "Fashion Frustrated: Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary" cit., pp. 208-210.

diferentes linhas adotem diferentes marcas, para não diluir o prestígio da marca. A empresa Armani, por exemplo, tem cinco linhas distintas. Há, todavia, muitas empresas que não aderem a este modelo de integração vertical, com receio de que as suas marcas de elite sejam prejudicadas. É usual utilizar a expressão *bridge lines* para designar esta estratégia de negócio. RAUSTIALA e SPRIGMAN consideram que as empresas que se copiam a si próprias, mesmo usando marcas distintas, com diferentes identidades, têm que ser muito cuidadosas, porque o prestígio da marca pode ser seriamente afectado. O consumidor de topo não apreciará a estratégia. Uma coisa é ver um estilista famoso ser copiado pela Forever 21, por exemplo, outra coisa é ser o próprio estilista a fazê-lo.⁹⁸

De qualquer modo, esta estratégia não impede a tolerância que se nota relativamente à pirataria. Segundo RAUSTALIA e SPRIGMAN, a rápida difusão leva a que os consumidores iniciais se desinteressem dos produtos posicionais, procurando novos modelos e desenhos à medida em que as peças originais são copiadas, o que desencadeia outro ciclo de moda acelerado pela pirataria.⁹⁹

Fazem, no entanto, duas ressalvas. Por um lado, embora a indústria da moda seja sazonal, há peças que permanecem ao longo dos tempos. Há produtos da moda que têm uma vida comercial longa e que não mudam, ou mudam pouco (pense-se, por exemplo, nos cachecóis da Burberry, ou no tradicional casaco Chanel). No caso destas peças básicas, que permane-

⁹⁸ Cf. RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Fashion Paradox" cit., pp. 1724-1726; RAUSTIALA, K., SRIGMAN, C., *The Knockoff Economy*, cit., pp. 54-55.

⁹⁹ RAUSTALIA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox, pp. 1726-1727; RAUSTALIA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy*, pp. 44-47.

cem ciclo após ciclo, a indústria da moda não é sazonal. Pelo que a indústria da moda não fica obsoleta, mesmo com a cópia. Por outro, talvez o facto de não haver reacção, em regra, por parte dos criadores iniciais quando há cópia, se deva ao facto de eles próprios se copiarem entre si. A empresa que estabelece a tendência numa época pode seguir uma tendência ditada por outra empresa na época seguinte. É difícil prever com antecedência qual será a empresa em causa. Esta incerteza que existe *ex ante*, ainda por cima numa indústria sazonal, leva a que as empresas tendam a não reagir contra a cópia¹⁰⁰.

Aparentemente o argumento utilizado pelos autores parece válido: a cópia fomenta a criação e acelera os ciclos, conferindo dinâmica à actividade económica.

Pela nossa parte, embora compreendendo este argumento apresentado pelos autores, cremos que há que fazer várias ressalvas.

Desde logo, a *fashion immediacy*, ou *fast fashion* por certo não será do agrado dos grandes estilistas, que podem ser muito prejudicados em termos económicos e, no contexto do Direito de Autor, em termos de direitos morais de autor. Qualquer pessoa que diga que a moda não pode ser arte, por certo não viu peças de alta-costura de Alexander McQueen ou de Marchesa, por exemplo. Ou, entre nós, as peças dos StoryTailors. Tal como um quadro, ou uma escultura, a moda pode atingir níveis de sofisticação e de complexidade semelhantes. Por outro lado, os quadros de Jackson Pollock ou Mark Rotho podiam muito bem ser tecidos para peças de vestuário. Por isso nos faz confusão a exclusão da moda pela protecção via Direito de Autor e a exigência de maior altura criativa nas obras ditas de “arte aplicada”.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem.*

Portanto, o criador original, ao ser copiado, pode ser prejudicado em termos económicos e também em termos de direitos morais, mesmo quando não há violação do seu direito de paternidade (art.º 11º ss e 27º ss CDADC), por as cópias ostentarem marcas diversas, pode ser violado o direito de genuinidade e integridade, previsto entre nós no art.º 56º, nº 1 CDA-DC, por a modificação não autorizada atentar contra a honra e reputação do estilista inicial.

Mas há prejuízos económicos que não devem ser secundarizados, embora RAUSTALIA e SPRIGMAN o façam. Há vários exemplos que podemos referir. Um deles é o exemplo muito divulgado de Foley e Corinna v. Forever 21. Em 2007 Paris Hilton apareceu vestida no *The Late Show* de David Letterman com um vestido floral das estilistas. Depois do *show*, a retalhista de *fast-fashion*, Forever 21, começou a vender vestidos extraordinariamente semelhantes por \$40; o vestido original, embora não muito caro, custava dez vezes mais. Os vestidos começaram a aparecer na *Internet* um ao lado do outro e, entrevistadas pelo *New York Post*, as estilistas originais declararam que era horrível o que lhes tinham feito. Que compreendiam que aquelas empresas gigantes empregassem estilistas, cujo trabalho é desenhar, e que compreendiam completamente que fossem influenciados ou inspirados por elas ou por outros, porque acontece com toda a gente. Mas não era o caso, os estilistas que fizeram o trabalho para a Forever 21 deveriam estar envergonhados, porque não estavam a fazer *design* mas a furtar *design*.¹⁰¹ Este caso está longe de ser único, todos os dias há peças copiadas, reinterpretadas e pretendendo ser seme-

¹⁰¹ A história é descrita por RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy* cit., pp. 19-20.

lhantes às de outras empresas. A prática está tão espalhada que a Marie Claire tem uma secção “Splurge v. Steal” em que compara uma versão cara de um *design* a uma versão muito mais barata. Muitas vezes as versões não se conseguem distinguir¹⁰². Empresas como a Allen B. Schwartz e Faviana têm o seu modelo de negócio baseado na cópia e reinterpretação de *designs* marcantes¹⁰³. Isto já para não referir empresas chinesas *online* como a Dresslily.com¹⁰⁴, ou a Rosegal.com¹⁰⁵, que vendem para todo o mundo sem custos de envio e a preços muito baixos. Aliás, muitas lojas *online* que aparecem no Facebook adquirem os seus produtos nestes grandes retalhistas chineses e, para os que desconhecem a origem, os preços são ainda considerados muito baixos. De qualquer forma, há que deixar bem claro que há uma grande diferença entre imitação servil ou plágio, que constituem actos de pirataria e são criminalizados na UE e simples fontes de inspiração. Os estilos e as tendências não são protegidos pelo Direito de Autor. Pelo que, se alguém se limita a fazer uma peça de moda inspirada num determinado estilo ou tendência da época, sem passar pela cópia ou reinterpretação de um *design* concreto, não pode-

¹⁰² Cf <http://www.marieclaire.com/fashion/tips/g93/splurge-spring/>, (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰³ RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy* cit., p. 20. Sobre Allen B. Schwartz <http://fashion.infomat.com/allen-b-schwartz-designer.html> (último acesso em 30.05.2017); sobre Faviana <http://www.newyorkdress.com/Faviana.html?gclid=Cj0KEQjwg47KBRdk7LSu4LTD8eEBEiQAO4O6r1wqzemNMkUeddsBDaSaEDPmFACUJyiRYmTOK7T9IXAaAlt58P8HAQ> (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰⁴ https://www.dresslily.com/?utm_source=shareasale, (último acesso em 30.05.2107).

¹⁰⁵ http://www.rosegal.com/?utm_source=webgainsusa&siteid=183375, (último acesso em 30.05.2017).



mos dizer que haja uma obra derivada realizada sem a devida autorização, nos termos do art.º 3º CDADC, mas sim algo de livre apropriação, nos termos do nº 2 do art.º 1º CDADC. É o mesmo que copiar um quadro de Picasso, ou fazer um quadro utilizando o cubismo como método. A generalidade das peças vendidas pelas grandes cadeias de *fast-fashion* como a Zara, a H&M, ou a Forever 21, baseiam-se em tendências e inspiram-se em estilos, mas não são cópias totais, nem parcelares de determinados *designs*. Apenas quando sejam cópias ou plágio há pirataria e violação dos direitos de autor. O mesmo se passa no domínio dos modelos ou desenhos.

Mas voltando às situações em que há verdadeira pirataria, se há *designers* que se sentem lisonjeados pela cópia e que têm uma implantação no mercado que não afecta a estabilidade das suas empresas, os criadores mais jovens e menos conhecidos, a lançar-se no mercado, podem ser decisivamente afectados pela cópia das suas criações de alta-costura, sendo obrigados a fechar as suas pequenas empresas em virtude da não existência de um *gap* entre o momento em que lançam as suas criações e o momento em que as mesmas são copiadas, não conseguindo ganhar o suficiente para se manterem no mercado. Portanto, nesses casos, a pirataria pode ser decisiva no sentido de acabar com o negócio¹⁰⁶ e não no sentido de estimular a criatividade e melhorar a indústria da moda.

O impacto das novas tecnologias na moda, liberalizando o acesso às colecções apresentadas nas semanas da moda através de fotos colocadas *online* muito antes da sua exposi-

¹⁰⁶ Sobre o tema veja-se também BARRÈRE, C.; DEIABRUYERE, S. "Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: The Case of the Fashion Industry", *European Journal of Law and Economics*, December 2011, Vol. 32, nº3 (2011), pp 305–339.

ção em loja, juntamente com a aplicação de novas técnicas de confecção (mais rápidas), leva a que as cópias sejam produzidas em pouco tempo, o intervalo de que as marcas pioneiras dispunham é menor, podendo não ser suficiente para rentabilizar o produto antes que se torne obsoleto. Em casos extremos podemos encontrar réplicas à venda em loja antes do modelo original. Em resposta a estas práticas, surge na moda um novo conceito, “fashion immediacy”: as marcas de estilistas com maior ou menor dimensão implementam um conceito que constitui uma adaptação do modelo de *fast fashion*. Neste conceito são disponibilizadas as peças de imediato, seguindo o desfile de apresentação da colecção cápsula, ao invés do usual em que apenas passados meses serão comercializadas. A venda é, sobretudo, feita *online* e em lojas específicas com um número limitado de unidades. Foram várias as marcas que já aderiram (Tommy Hilfiger, Burberry) e que obtiveram resultados de vendas bastante positivos, esgotando algumas peças de imediato. Trata-se de uma estratégia que propicia a compra impulsiva, motivada por toda a atenção mediática que é dada a estes eventos e que responde aos padrões de consumo atuais, muito influenciados pela *fast fashion*.

Ainda que actualmente, devido à exposição possibilitada pelas redes sociais, os desfiles sejam mais para os consumidores e menos para os retalhistas, o *see now, buy now* deve ser desenvolvido como um novo modelo operacional e não apenas uma estratégia de *marketing*. Todavia, apenas empresas com grandes estruturas poderão desenvolvê-lo de forma sustentável, visto que o investimento necessário para produzir peças com igual qualidade num tão curto espaço



de tempo é elevado. As marcas vêm-se obrigadas a desenvolver novas práticas; ainda que a capacidade de se reinventar seja positiva, esta operação revela as fragilidades da aceleração dos processos¹⁰⁷.

Há ainda quem conteste, a nosso ver, com razão, que a cópia implique um desenvolvimento da criatividade, facto que é tido por assente por RAUSTIALA e SPRIGMAN. Para CALLAHAN, por exemplo, se um *designer* sabe que as suas criações vão ser copiadas sem sanções, ele tenderá a colocar menos esforço e criatividade nas peças que produz¹⁰⁸. Além disso, a tentativa de protecção pelo direito de marcas através da colocação das marcas no *design*, na medida em que exige que a marca seja visível, conduz a que haja artigos cada vez mais *logo-heavy*. Os estilistas são forçados a colocar um tampão na sua criatividade, que tem como resultado que a moda se torne menos algo ligado à auto-expressão e mais algo ligado à publicidade de marcas. Isto empobrece o vocabulário comunicativo da moda, levando a uma substancial diminuição da riqueza da diversidade de mensagens e a que a moda passe cada vez mais a ter uma função de conferir estatuto. O facto afecta todos, estilistas, consumidores e a própria indústria da moda¹⁰⁹. Apenas se ressalvam os estilistas que trabalham em certos nichos de mercado, que não são copiados, porque são do agrado apenas de alguns fãs. Pense-se em Agatha Ruiz de la Prada, ou as lojas “The”, que apostam num público muito específico. Aliás, o público em ge-

¹⁰⁷ SHERMAN, L. “The State of Fashion Immediacy” 11/04/2017. <https://www.businessoffashion.com> (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰⁸ CALLAHAN, E. CASEY, “Fashion Frustrated” cit., p. 202.

¹⁰⁹ CALLAHAN, E. CASEY, “Fashion Frustrated” cit., p. 203.

ral considerará que o que se vende nas lojas “The” em Portugal é feio e extraordinariamente caro. Por não haver identificação do público em geral com estas peças, elas não são copiadas, nem as suas tendências são seguidas.

12.2. RAUSTIALA e SPRIGMAN referem o “anchoring” como outra razão para que a indústria da moda, mesmo em sistemas mais protectores como o da UE, não reaja com intensidade contra a pirataria, tal como acontece em sistemas de protecção fracos, como é o caso dos EUA. *Anchoring* é um conceito que surge no processo de tomada de decisões. É definida a informação base a partir da qual serão realizadas as escolhas subsequentes, ou seja, é delimitada a informação que funcionará como âncora.

A ideia é a de que os consumidores saibam quando termina um ciclo e se inicia uma nova tendência. Na definição de uma tendência há muitos actores envolvidos, desde observação e cópias de *designs* de empresas rivais, desfiles de moda, os mais importantes em pontos cruciais, como Nova Iorque, Milão ou Paris; comunicação com grossistas e empresas chave de retalho, publicidade nos diversos meios de comunicação social, quer em canais de televisão (*Fashion TV*) e programas televisivos como o *What not to Wear* ou *Project Runway*, quer em *Blogs*, ou *Facebook* na *Internet*, (entre nós o *Sytlista* de Maria Guedes), quer através de revistas de prestígio como a *Vogue*, a *Glamour*, ou a *Marie Claire*, por exemplo, opinião dos críticos, etc. Os projectos de *design* devem reflectir as tendências sociais, económicas e políticas do tempo, o espírito do tempo (*Zeitgeist*). A cópia ajuda a acelerar as tendências e a dar coerência às mesmas. Ao copiar, cada época fica ancorada a um

número limitado de temas para os projectos de *design*. Os temas depois são livremente trabalhados pelas empresas. Como há sempre tendências dominantes e imensas tendências menores, ancorar os potenciais consumidores a determinadas tendências dominantes é importante para que saibam quais são os estilos dominantes. Por exemplo, se a tendência é boémia, ou mais romântica, se as carteiras da moda são sob a forma de mochilas, se são grandes ou pequenas, se as rendas e as aplicações estão na moda, quais as cores dominantes, se se usam calças à boca-de-sino ou calças justas, se se usam sapatos altos com plataforma ou sem plataforma, se as sapatilhas estão na moda, saindo do mundo do desporto, etc.

Os criadores não são afectados pela cópia. Quando o seu produto é copiado, já não há interesse em explorá-lo, estão a ser desenvolvidos novos conceitos. Esta característica aplica-se às marcas dos dois patamares superiores da pirâmide, *haute-couture* e *ready-to-wear*. Miuccia Prada, directora criativa de duas marcas de sucesso, *Prada* e *Miu Miu*, ilustra este ponto: “We let others copy us. And when they do we drop it”¹¹⁰. Portanto, a ideia é de que é necessário que exista uma representação significativa nas colecções dos estilos definidos como mais populares, a cópia ajuda a delimitar e a transformar as escolhas criativas em verdadeiras tendências através da sua generalização. Num ambiente hostil para a reprodução de produtos próximos não seria possível defini-las, a produção de peças semelhantes por outras marcas seria proibida.

¹¹⁰ RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C. “The Piracy Paradox”.cit., p. 1722; BAR-
RÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S., ob.. cit., p. 10.

12.3. Relativamente ao processo de definição de tendência, existe outro modelo, *the cooperative innovation model*, desenvolvido por BARNETT, GROULLEAU e HARBI. Os autores também partem da ideia de que a moda se insere nas indústrias criativas onde a regra é “ninguém sabe”. As colecções são desenvolvidas sem certezas quanto à aceitação do público, há um risco associado que é mais elevado se não soubermos quais as tendências da próxima estação. No modelo anterior, as tendências seriam definidas pela proliferação de cópias. O *cooperative innovation model* tem como premissa o desenvolvimento de um modelo económico que reduza o risco associado à indústria, evitando situações de grande perda ou insolvência. Os autores partem de um modelo de aceitação por parte dos intervenientes de um sistema com diferentes níveis de protecção. Deverá haver um forte protecção de marca e uma fraca protecção de *design*, um sistema incompleto. É desenvolvido um modelo de cooperação, aceitando um regime de Propriedade intelectual incompleto que tolere alguma pirataria, embora mais limitada do que a do modelo anterior, com o objetivo de conferir alguma segurança aos criadores¹¹¹. Os autores argumentam que é falso que não possam ser definidas tendências sem pirataria. É possível saber quais serão as tendências sem qualquer imitação, a incerteza está na sua aceitação por parte do público e a sua proposta actua a este nível, diminuindo os riscos. As marcas desenvolvem os seus modelos, de entre os

¹¹¹ BARNETT, J. M.; GROULLEAU, G.; H., S. el (2008) , *The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets*, *USC Legal Studies Research Paper*, no. 08-21 (2008) p.17.

quais alguns se vão destacar como os vencedores da *fashion lottery*. Esses modelos serão depois escolhidos pela imprensa e pelos grandes grupos de retalho¹¹². Apesar de a pirataria poder diminuir o retorno das empresas vencedoras, este será sempre significativo num sistema que proteja as marcas e permita alguma cópia de *design*. Cria-se um modelo de cooperação, um sistema que permitindo cópia nalguns termos, antes e depois da apresentação das colecções¹¹³, converge nos itens mais vendáveis. Existe uma garantia de grupo que confere segurança e incentiva as marcas a produzir. Na definição das tendências, todavia, têm um papel fundamental agências especializadas, cuja actividade consiste em antever as tendências das próximas estações, de modo a que as empresas não invistam em peças que venham a ser flops, perdendo avultadas quantias. Aliás, a imitação das tendências efectuada por empresas como a Zara, a H&M, a Forever 21 ou outras, constitui uma forma de, sem violação de direitos da propriedade intelectual, investirem em peças com um mercado assegurado.

Para perceber a relação entre a moda e os regimes de propriedade intelectual, segundo os autores, há que compreender a dinâmica entre a *haute-couture* e os restantes segmentos. Um erro cometido pela tese anterior é não ser feita uma distinção entre a cópia no círculo de criadores e a cópia do trabalho destes pelos restantes segmentos¹¹⁴. O círculo de *haute-couture* é constituído por um grupo restrito de casas, como a Chanel, a Dior, entre outras. São marcas com um estilo próprio, com uma identidade cujo maior desafio é criar uma colecção

¹¹² BARNETT, J. M.; GROLLEAU, G.; HARBI, S. el, "The Fashion Lottery cit., p.36.

¹¹³ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁴ BARRÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S. (2011), ob. cit., p. 10.

que se diferencie das restantes, ainda que seguindo as mesmas tendências. A cópia é pouco provável neste contexto, visto que a maior preocupação é produzir peças que representem a individualidade da marca. As proximidades que surjam derivam do universo comum em que se movimentam os autores: o mesmo meio cultural, as mesmas tendências, escolhem até os seus tecidos de um grupo limitado das novas ofertas¹¹⁵. A este nível não há um problema de *anchoring* na definição de tendências, o objetivo da *haute-couture* não é o lucro económico, é o desenvolvimento de ideias e conceitos, que serão usados noutros segmentos da moda. Cronologicamente, a apresentação das colecções de *haute-couture* antecede as semanas da moda.

No segundo nível, as colecções de *ready-to-wear* de marcas originais e com qualidade, existe cópia a dois níveis: muitas delas derivam da *haute-couture*, marcas como a Givenchy têm ambos os segmentos, servindo o primeira de referência. Procuram também inspiração em produtos de criadores mais pequenos e independentes.

No *standard ready-to-wear* as práticas de cópia são mais reiteradas, a taxa pode ser mais ou menos elevada, visto que existem *designers* a desenvolver trabalho criativo para as marcas. No entanto, para evitarem custos de desenvolvimento dos conceitos, muitas destas firmas copiam as tendências anteriores, fazendo inclusive referência a outros trabalhos. Falamos de gamas diferentes, com outras características (distribuição, preços) e um público-alvo diferente. O cliente sabe que não está a comprar um original, mas um produto próximo mais acessível. Aproveita-se o trabalho e investimento das primeiras

¹¹⁵ Seguimos de perto BARRÈRE, C.; Delabruyère, S. (2011), ob. cit., p. 11.



marcas, com uma lógica de maximização de lucros através da contenção de custos para a criação.

Por último, temos o segmento constituído por grandes firmas como a ZARA, a Forever 21, a Mango, Topshop, H&M, entre muitas outras, que desenvolvem um modelo de negócio para as grandes massas baseado numa produção à escala global, com muita oferta, a um ritmo rápido, reproduzindo *designs* com algumas alterações a preços muito mais baixos. Este segmento produz com base nos produtos dos segmentos superiores da pirâmide. Na maior parte dos casos são imitações de tendências e não cópias integrais, ainda que o consumidor possa estabelecer uma ligação com a marca que serve de inspiração, não há confusão entre ambas, ele sabe que não compra a peça da marca original. Mas o *design* é adaptado.

A cópia existe a vários níveis e conforma-se em termos diferentes, podemos destacar a crescente existência de pirataria à medida que nos aproximamos da base da pirâmide, reflectindo-se no preço dos produtos. BARNETT, GROLLEAU e EL HARBI também estabelecem estratégias de imitação: a horizontal, quando ocorre entre marcas do mesmo segmento, pertencentes a um grupo restrito; ou vertical, os *designs* das marcas mais relevantes são copiados por marcas de segmentos inferiores da pirâmide. Ainda que menos comum, também se registam cópias de marcas de elite a *boutiques* independentes.

13. Há muitos factores que conduzem a que seja complexa a protecção legal da moda. Não obstante haver diversos regimes de protecção no âmbito da Propriedade Intelectual (direitos de autor e diversos direitos privativos da propriedade

industrial, que se podem, inclusive cumular, a que a cresce a protecção do comércio electrónico, com destaque para os nomes de domínio, a protecção através das normas contra a concorrência desleal, a protecção através do direito *sui generis* das bases de dados e a protecção através do direito da publicidade, é difícil implementar a protecção no âmbito da moda.

Há vários factores que contribuem para essa dificuldade.

A moda, enquanto, criação artística tem duas bases importantes: a criatividade e a herança. A herança tem a ver com um conjunto de referências que inspiram os criadores. A conjugação de ambas permite aos criadores reinterpretar peças e estilos já existentes. Esta prática é muito comum nas grandes marcas, onde os directores criativos pesquisam nos arquivos para melhor compreender a marca e a sua identidade. Contrariamente ao que acontece nas indústrias tecnológicas, onde as técnicas são rapidamente substituídas e desvalorizam com o tempo, nas indústrias criativas a antiguidade não diminui o valor das peças, constitui herança. No período mais recente, alguns dos grandes criadores têm-se concentrado cada vez mais nas peças já produzidas, procurando encontrar no passado respostas para o que vão produzir no futuro, para criar algo novo. Demna Gvasalia, director criativo da Balenciaga desde 2015, na colecção de *ready-to-wear* Outono/Inverno de 2017 apresentou reinterpretações de vestidos do fundador da casa Cristobal Balenciaga¹¹⁶. Dries Van Noten foi outro dos estilistas que aderiu à prática, adaptando tecidos e padrões de colecções anteriores. Agências de tendências como a WGSN classificam

¹¹⁶ <http://www.vogue.co.uk/shows/autumn-winter-2017-ready-to-wear/balenciaga/> (último acesso. em 21/04/2017).

esta estratégia como uma reacção às marcas de *fast fashion* e ao consumo voltado apenas para o futuro¹¹⁷. Mas reinventar não é necessariamente copiar. Muitas vezes as peças de que se parte são apenas fonte de inspiração e, portanto, as peças reinventadas não caem no domínio das obras derivadas. Já para não referir fontes de inspiração já caídas no domínio público, ou não protegidas.

Acresce a complexidade do processo criativo e matéria de moda, que dificulta a valoração dos vários *inputs*. Estão envolvidos no processo criativo muitas pessoas físicas e jurídicas, desde assistentes, a modelos, fotógrafos, críticos de moda, *marketeers*, etc. O mérito é, normalmente, do director criativo, mas é difícil isolar o contributo destes intervenientes. O resultado também é condicionado pelo ambiente em que se inserem, a classificação não é linear. Num contexto um *input* poderá ter muito mais importância do que noutro. Também o decurso do tempo pode valorizar ou desvalorizar as contribuições dos diversos intervenientes.

Os artigos de moda são amplamente copiados por *knockoffs* que fazem peças similares, levando a indústria de originais de moda a perder muito dinheiro. Todavia, existem poucos processos relacionados com a cópia de *design* original. A grande quantidade de ações judiciais está relacionada à cópia de marcas comerciais e outros sinais distintivos. A imitação de desenhos originais é uma constante no mercado, no entanto, leva à criação de uma pirâmide de mercados de *knockoffs* e não parece causar danos.

¹¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=u2eZ81lrTMc> (último acesso em 21/04/2017).

Contrariamente às expectativas, a indústria da moda não parece ser afetada. É por isso que alguns autores o chamam de "Paradoxo da pirataria". A pirataria levou, de certo modo, a oferecer novos produtos, levando assim a inovação e ciclos de moda curta.

A resiliência do sector evidencia-se na originalidade e criatividade inicialmente presente na concepção dos produtos que se alarga ao modelo de negócio e a estratégias que permitam a diferenciação das marcas.

A nível de produto, destaca-se a técnica de proteger o *design* através das marcas que são incorporadas no mesmo. O que, de algum modo limita a criatividade, e não resolve a questão essencial de protecção do *design*, por si, mas que tem sido uma técnica com resultados na luta contra a pirataria, dado que há uma forte protecção a nível de marcas e outros sinais distintivos contrafeitos.

Mas as técnicas de protecção alargam-se aos modelos de negócio.

Vemos algumas casas de alta costura a entrar no pronto a vestir de qualidade como a criação de "bridge lines", baseadas nas colecções *premium* com marcas diferenciadas, como é o caso de Armani, ou Moschino. Isto, embora muitos criadores de topo não sigam este caminho, com receio de diluição da marca.

Também os criadores da gama alta da do pronto a vestir abrem os seus próprios outlets, baixando os preços consideravelmente a atraindo os consumidores para a compra de produtos de gama alta a preços acessíveis.



O surgimento de lojas vintage muito selectivas, em que podemos encontrar apenas produtos de alta costura, como Cavalli, Prada, Louis Vuiton, , Burberry, a preços mais acessíveis, pelo facto de as peças estarem impecáveis e só terem sido usadas pouquíssimas vezes, lojas essas *online* (cf. eBay, em que muitas vezes são vendidas em leilão) ou no comércio tradicional, se de algum modo pode afectar as vendas das novas colecções das casas de alta costura, constituem um bom investimento para uma elite que se quer diferenciar, mas que, em épocas de crise, tem menos dinheiro, e continua a diferenciar-se da generalidade, porque compra peças que estarão sempre na moda (um casaco Chanel, por exemplo), ou peças que, embora possam não estar na moda no momento, como existe este cíclico renascer de modas do passado, são guardadas para utilização quando voltarem a ser moda. Nestas compras o *fashionista*, não perde o seu estatuto pertença a uma elite porque, por um lado, as peças continuam ser caras e acessíveis a poucos; por outro lado, continuam a ser peças de alta costura, portanto originais. Nos mercados *online*, no entanto, há que ter um cuidado acrescido por muitas a peças não são originais mas cópias.

Há novos modelos de negócio interessantes, que passam por definir de uma identidade que ultrapassa a estética e fomenta valores para surja uma sociedade melhor.

A indústria da moda é responsável por largos volumes de poluição. Para dar resposta a este problema, têm sido desenvolvidas iniciativas e práticas ecológicas. Na celebração do Dia da Terra a 22 de Abril deste ano, a Opening Ceremony doou inteiramente os lucros de uma colecção cápsula para a organização ambiental Sierra Club. Por sua vez, Salvatore Ferraga-

mo lançou uma colecção cápsula com uma fibra patenteada produzida com desperdícios de laranjas que substitui a seda.¹¹⁸.

A marca portuguesa Josefinas produz artesanalmente sapatos femininos, e associa-se à defesa dos direitos das mulheres. As sabrinas são transformadas com respeito pela tradição e pela mulher¹¹⁹. Nestes modelos de negócio existe um valor acrescentado que ultrapassa o *design* da peça, associa a mesma, bem como a marca, a valores sociais ou culturais.

De qualquer modo, há que ter em conta que muitas das empresas que imitam as peças de alta costura não copiam integralmente o *design*, ou parte dele, mas inspiram-se nas tendências de moda dominantes lançadas e adoptadas pelos criadores de alta costura e se baseiam nessas tendências. Nestas hipóteses em que não há cópia integral ou parcial, mas apenas inspiração num determinando estilo, nem sequer há violação. O estilo, em si, a tendência só por si, não é protegida. Portanto, há que fazer bem a distinção.

Ao contrário da pirataria no âmbito da música ou do audiovisual, por enquanto não é usual o envio de ficheiros pirateados na *www*. (o que, provavelmente até acontecerá com o desenvolvimento da tecnologia 3D na indústria da moda). O facto leva a que seja mais difícil monitorizar e quantificar o montante de pirataria, quer no comércio tradicional, que no comércio *online*¹²⁰.

Embora em teoria o sistemas como o do EUA aparentem ser mais fracos do que o da UE, em que a moda pode ser

¹¹⁸ "Earth Day 2017", Campaign Analysis pela WSGN.

¹¹⁹ <https://josefinas.com/pt/historia> (último acesso em 30.05.2017).

¹²⁰ CALLAHAN, CASEY, E., ob. cit., pp. 209-210



protegida pelo Direito de Autor, a verdade é que na prática tal não acontece, uma vez que, dada a ausência de critérios da Directiva sobre cúmulo de protecções, há uma forte corrente doutrinal, sobretudo influenciada pelo Direito de Autor alemão e italiano, e jurisprudencial, que arranja quase sempre formas, mais ou menos criativas, de afastar a tutela pelo Direito de Autor dos modelos ou desenhos protegidos pelo Direito Industrial.

Também é complexo, como já referimos, o facto de o mercado da moda ser global, quer a nível de lojas físicas, quer, sobretudo, a nível do comércio *online* e as legislações variarem muito de país para país, mesmo dentro da UE. O que é pirataria de um *design* num país pode não o ser noutro.

Por último, não sabemos se no mesmo contexto e sem a existência de pirataria, criatividade e a concorrência seriam maiores ou menores, pelo simples facto de que a moda sempre tem funcionado nestes moldes.

14. Conclusões

O papel da Lei deve ser decisivo na protecção dos produtos da moda e seus criadores. A protecção cai sobre os bens imateriais, que são essencialmente protegidos pela Propriedade Intelectual, ou seja, direitos de autor e direitos de propriedade industrial, como o *design* (incluindo os desenhos não registados da UE, especialmente importantes para indústrias de ciclos curtos, como a moda), marcas registradas e outros sinais distintivos, patentes e modelos de utilidade. Por força da digitalização e da *Internet*, existe um florescente comércio eletrónico

de produtos de moda, que compete com o mercado físico tradicional. Quase todas as empresas vendem em ambos os mercados, algumas vendem apenas *online*. A protecção de nomes de domínio e *websites* ou páginas do *Facebook* é muito importante, porque funcionam como o estabelecimento com suas coleções de bens. É importante proteger essas coleções como bases de dados. A indústria da moda gasta milhares em propaganda, portanto, as regras de publicidade também se aplicam a esta indústria. Há também a protecção fundamental através das regras contra a concorrência desleal, em especial com a protecção dos segredos de comércio e indústria e do *know-how*, e da protecção contra actos de confusão ou parasitários.

A sobreposição de todas essas protecções também é possível. A Directiva da UE sobre cúmulo de protecções impõe a sobreposição dos direitos de autor com os modelos e desenhos protegidos pela Propriedade Industrial, embora não possamos dizer que exista uma harmonização satisfatória porque os critérios são deixados para cada Estado-Membro decidir e as soluções são muito diferentes em cada país. Esta Directiva deve ser alterada, mas não há *lobbies* fortes para que isso aconteça. Em países como os EUA não há protecção da moda pelo *Copyright* por causa da sua função utilitária. Somente o *design* estritamente ornamental pode ser protegido por *copyrights*. Houve dezenas de tentativas para mudar a lei, mas, que saibamos, não passaram, até agora.

Os artigos de moda são amplamente copiados por *knockoffs*, levando a indústria de originais de moda a perder muito dinheiro. Existem poucos processos relacionados com a cópia de designs, todavia. A grande quantidade de ações judiciais

está relacionada à cópia de marcas industriais e comerciais e outros sinais distintivos. A imitação de desenhos originais é uma constante no mercado, no entanto, leva à criação de uma pirâmide de mercados de knockoffs e não parece causar danos, embora não seja bem assim.

Contrariamente às expectativas, a indústria da moda não parece ser afetada. É por isso que alguns autores chamam ao fenómeno o “paradoxo da pirataria”. A cópia para alguns autores, parece ter implicado, de certo modo, a forma de se reinventar e oferecer novos produtos, conduzindo, assim, a inovação e ciclos de moda curtos. Embora a cópia possa ter impulsionado a criatividade, facto de que não estamos certas, a cópia afetou alguns setores da moda. As empresas de moda rápidas que fabricam *knockoffs*, mesmo antes dos projetos originais serem vendidos, são mais beneficiadas pela prática, muitas vezes prejudicando pequenos *designers* altamente qualificados que não têm maneiras de reagir. Além disso, a cópia rápida da moda de *designers* originais de topo levou-os a perder dinheiro e, para proteger seus *designs* usar marcas comerciais no *design*, eventualmente conduzindo a menos criatividade, a criar “bridge lines”, com riscos de diluição do valor da marca, a entrar no domínio das vendas imediatas, *fashion immediacy*, e a criar seus próprios pontos de venda na *Internet* e em diversos países. Mas a cópia não é apenas de baixo para cima, as casas de alta costura copiam umas das outras para definir tendências. Embora nos EUA não haja protecção de direitos de autor, contrariamente ao que acontece na UE, onde os *designs* de moda podem ser protegidos por direitos de autor, o comportamento das empresas é o mesmo, com algumas exceções, de acções

emblemáticas de grandes criadores. Além disso, a doutrina e os tribunais tendem a ser mais exigentes em relação à criatividade em matéria de protecção do *design* de moda pelo Direito de Autor. A baixa concentração da indústria da moda altamente fragmentada também contribui para enfraquecer a protecção porque não há *lobbies* fortes para pressionar legisladores. O mercado é global, as leis são diferentes, mesmo dentro da UE, de modo que as decisões judiciais podem ser diferentes de acordo com o país onde o processo ocorre e a lei se aplica. Isso leva à incerteza, e deve haver uma grande harmonização sobre esse assunto. No entanto, a indústria da moda floresce. Isso é um paradoxo? Parece ser assim, mas não temos a experiência para ver como a indústria da moda se comportaria, se houvesse uma protecção global mais forte pela Propriedade Intelectual. De qualquer modo, se é certo que há muita contrafacção em matéria de marcas e sinais distintivos, em matéria de *design*, em regra, imitam-se tendências. A contrafacção do *design* não é tão frequente quanto parece.

Bibliografia

- SPA (org.) AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.
- ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável à Protecção das Criações da Moda pelo Direito de Autor", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 8, n. 8, Dezembro (2016), pp. 159-168,
- AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013.
- AMORIM, A. C., AZEVEDO, de, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017
- ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, "A questão do domínio público" *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteux, Florianopolis, (2008), p.23 ss.
- ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- BARNETT, J. M., GROLLEAU, G., Harbi, S. el, "The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets", *USC Legal Studies Research Paper*, no. 08-21 (2008).
- BARRÈRE, C.; Delabuyere, S. "Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: The Case of the Fashion Industry", *European Journal of Law and Economics*, December 2011, Vol. 32, nº3 (2011), pp. 305-339.
- BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001.
- BERGAMASHI, M., "Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente", *Paper numero 98*, Dicembre (2009), *Dipartimento di Economia Aziendale*, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26.

- CALLAHAN, C. F., "Fashion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough", Vol. 7, nº1, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2012), pp. 195-223.
- CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L.M., AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Atualizada, Almedina, 2015.
- CARVALHO, M. M., "Novas" marcas e marcas não tradicionais: objecto", AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245.
- CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013.
- CORREIA, A. FERRER, SERENS, M. NOGUEIRA, "A Tutela dos títulos de obras de engenho", *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, 13, (1987) , pp. 65-96.
- CRANE, D., *Fashion and Its Social Agendas: Class, Gender, and Identity in Clothing*, University of Chicago Press, Chicago, 2012.
- EASTERLIN, R., "Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence", *Nations and Households, Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, Nova Iorque, (1974), pp. 90-93.
- ECHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL von, KÜHNE, M., *Designsgesetz*, 5ª ed. actualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare; Band45, BECK'S, Munique, 2015.
- FANO, E., *La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d'autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti*, <http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf> (último acesso em 30. 05.2017).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, comentário ao art. 160º TRLPI.
- GONÇALVES, L.M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.



- HEIDLINGER, R, "The Threshold of Originality under EU Copyright Law" CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18 de Outubro(2011), <http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf> (último acesso em 30.05.2017).
- WILSON, *Adorned in Dreams: Fashion and Modernity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003.
- LEITÃO, L.M. TELES de MENEZES, Almedina, Coimbra, 2011.
- LIPOVETSKY, G., *O Império do Efêmero: A moda e o seu destino nas sociedades modernas*, 2ª ed., D. Quixote, Lisboa, 2010.
- MARQUES, REMÉDIO, *Biotecnologias(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.
- MARTÍNÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNANDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la Publicidad*, LEX NOVA, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016.
- OTERO LASTRES, "Rasgos conceptuales del diseño industrial", FERNANDÉZ-NÓVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, pp. 361-384.
- PALMA, C., *La contraffazione del marchio nell'abbigliamento e negli accessori*, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazioneelmarchionella-abbigliamentoe negliaccessori.pdf> (último acesso em 9.06.2017).
- PEREIRA, A. L. DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2008.
- PEREIRA, A. L. DIAS, "O novo regime das obras órfãs", *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss.
- PEREIRA, A. MARIA (filho), "Título das Publicações Periódicas- alguns aspectos do seu regime jurídico", *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 11, 1951, p. 78 ss.

- POULLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911.
- RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property Fashion Design", *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776.
- RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- REBELLO, L. F., *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993.
- REBELLO, L. F., *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos anotado*, Âncora, Lisboa, 2002.
- RENDAS, TITO, "Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)", *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.
- RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", *Direito Industrial*, Vol. V., (2008), p.483 ss.
- ROCHA, M.V., "A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)* Tomo 22, (2001), pp. 339-368.
- ROCHA, M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho", (org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) *Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, (2007), pp. 167-199.
- ROCHA.M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português", *Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor, (ADI)*, Tomo 27 (2006-2007, pp. 353-380)
- ROCHA, M.V., "Contributos para a delimitação da "originalidade" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792.



- ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F, de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp.159-209.
- ROCHA, M. V. "A protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português", TÓBIO RIVAS, A. M., FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898.
- ROCHA, M. V., Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 33 (2012-2013), pp. 429-446.
- ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, Holanda, 2017.
- ROCHA, M. V. "Impressão 3D e Direito de Autor" *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29.
- RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa" *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor,(ADI)* 27 (2006-2007), pp. 381-424.
- SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- WILSON, E., *Adorned in Dreams: Fashion and Modernity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003.
- SCAFIDI, S., *Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina BELLO*, KNOLL,S.I., ECHEVARRIA, P, SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.
- SHERMAN, L. "The State of Fashion Immediacy" (2017). <https://www.businessoffashion.com> (último acesso em 30.05.2017).
- SCHRICKER, G., "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" BECKER/LERCHE, MESTMÄCKER (Hrgs.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1994.

- SERENS, M. COCEIRO NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Parte II, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007.
- SILVA., N. SOUSA e, "A proposta de Directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas" APDI (org.) *Revista de Direito Intelectual (RDI)*, 2 (2014), pp. 259-305.
- SILVA, N. SOUSA e, *Direitos Conexos*, texto policopiado (2015).
- SILVA, N. SOUSA e, "Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu", *Revista da Ordem dos Advogados, (ROA)*, Ano 73, Outubro/Dezembro (2013), pp. 1331-1387.
- SILVA, N. SOUSA e SILVA, "Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro / Junho (2015), pp. 223-257.
- SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- SPA (org.) AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.
- ULMER, "Der Schutz der industriellen Formgebung" *GRUR Int.* (1959) 1, 2
- ULMER, E., ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1980.
- VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.
- VICENTE, D. MOURA, "Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção", APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora (2009), p. 506 ss.
- VICENTE, D. Moura, *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.
- VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.
- ZARRI, BRUNI L., *La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato*, working paper nº 39, Março de 2007, www.aiccon.it. (último acesso em 30.05.2017).

