



A originalidade como requisito de protecção do Direito de Autor

— Algumas reflexões —

Autoria : Professora Dra. Maria Vitória Rocha

Publicação: Verbo Jurídico (www.verbojuridico.net | com | org)

Data de Publicação: Junho de 2003.

O download deste ficheiro implica a aceitação das regras de reprodução e de direitos de autor. Na transcrição deve ser citada a respectiva fonte.

A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões

Maria Victória Rocha

Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela

Docente da Universidade Católica Portuguesa, Porto

Sumário: 1. Generalidades. 2. A originalidade na doutrina clássica no Direito de Autor continental. 2.1. Os desvios introduzidos à doutrina clássica pela jurisprudência francesa 3. A “Gestaltungshöhe” introduzida pela doutrina e jurisprudência alemãs. 4. A originalidade nos Sistemas de Copyright. 4.1. O Sistema inglês. 4.2. O sistema norte-americano 5. A originalidade nas Directivas Comunitárias sobre direito de autor. 6. A originalidade na doutrina e jurisprudência portuguesas. 7. Posição adoptada 7.1. Redefinição da noção clássica de originalidade 7.2. Momento em que surge a originalidade: o caso particular das obras artísticas 7.3. A questão de saber se é de exigir o mesmo grau de originalidade para todos os tipos de obras: o caso particular das obras de arte aplicada. 7.4. Originalidade e novidade objectiva. 7.5. Conclusão

1. É por todos reconhecido que a originalidade é um requisito essencial para a protecção das obras pelo direito de autor. A originalidade opera como linha de fronteira, separando as obras susceptíveis de protecção das que ficam fora do objecto do direito de autor e, dentro de cada obra, as parcelas abrangidas pela protecção das excluídas da mesma.

Todavia, quando procuramos definir o que se deve entender por originalidade enfrentamos sérias dificuldades. Por diversas razões.

Desde logo, porque, em regra, as legislações sobre direito de autor ou não referem o conceito, ou limitam-se a referi-lo sem indicar o seu conteúdo¹. A originalidade é, portanto, um **conceito aberto**.

¹ Na Convenção de Berna o requisito da originalidade não é referido expressamente (cfr. art. 2º). Em França, O art. L 112-1 CPI não só não refere o requisito, como está redigido de forma a parecer afastá-lo. Aí se pode ler: “ les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes oeuvres de l’esprit”, referindo o nº3 do mesmo artigo que merecem protecção as “criações intelectuais”. Apenas a propósito dos títulos se refere a originalidade, no art. L-112-4. Em pormenor sobre a evolução do conceito em França, veja-se LUCAS,A; LUCAS, H.-J., *Traité de la Propriété Littéraire & Artistique*, Paris, 1994, p. 85 ss.

Na Alemanha, o § 1 da Urheberrechtsgesetz (de 9 de Setembro de 1965) refere: “ Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes”.

Além disso, como é sabido, tradicionalmente opõem-se entre si duas concepções sobre o próprio Direito de Autor como um todo (embora hoje em dia tais concepções tendam a convergir em muitos aspectos): o Direito de Autor continental, que tem por expoente máximo o “Droit d’Auteur” francês, tradicionalmente assente na pessoa do criador e nos direitos de autor como direitos naturais do homem, contapõe-se ao Copyright anglo-saxónico, tradicionalmente pragmático e preocupado com a protecção do investimento. Daí que não seja de estranhar que, pelo menos aparentemente, também se oponham duas concepções do próprio conceito de originalidade.

Acresce que a aplicação cada vez mais extensa do direito de autor às obras de carácter marcadamente técnico, ou funcional, em que avultam os programas de computador, as bases de dados ou as obras multimédia, veio complicar ainda mais a questão, introduzindo modulações diversas no conceito de originalidade mesmo dentro de cada um dos sistemas apontados.

Por último, nos países da União Europeia, algumas directivas sobre determinados aspectos do direito de autor vieram trazer novos dados e colocar eventuais concepções dominantes a nível nacional em questão.

Não admira, por tudo isto, que haja não um, mas diversos conceitos de originalidade. Estamos perante uma “**noção-quadro**” que vem sofrendo mudanças e adaptações ao

No § 2, onde se refere o conceito de obra, acrescido de uma enumeração exemplificativa, nada se diz acerca da originalidade. Apenas o nº2 do § 2 refere que :“ Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen”. Em pormenor, veja-se LOEWENHEIM/SCHRICKER *Urheberrecht Kommentar*, 2ª ed., Munique, 1999, comentário ao § 2.

No Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) espanhol, o artigo 10 tem por epígrafe “obras y títulos originales” e, segundo o seu texto:” 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”, seguindo-se à noção uma enumeração exemplificativa. Portanto, a originalidade é expressamente referida, embora não definida pelo legislador. Todavia, o conceito só foi expressamente referido com a LPI de 1987. Em pormenor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., comentário ao art. 10.

No Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) português, o art. 1º, nº1, considera obras “ as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer meio exteriorizadas”. No art. 2º contem-se uma enumeração exemplificativa. Não é feita qualquer referência ao conceito de originalidade, salvo no caso e com um sentido muito particular dos títulos (cfr. art. 4º). É certo que o art. 2º tem por epígrafe “obras originais” e o art. 3º “obras equiparadas a originais”, mas o que pretende a lei é distinguir as obras que não têm por base uma obra pré-existente, das obras derivadas de obra pré-existente. Em pormenor, REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 2ª ed., Lisboa, 1998, anotação aos artigos referidos.

A Sec. 1 do Copyright Act inglês de 1988 determina que no âmbito da literatura, drama, música e arte, só merece protecção pelo Copyright a obra original. Mas não define o conceito.

longo do tempo e que não encontrou ainda uma doutrina ou jurisprudência uniformes. Antes pelo contrário, o que nos é dado observar, um pouco por todo o lado, é uma jurisprudência hesitante, reflexo de doutrinas muito díspares.

Neste pequeno estudo, pretendemos apenas dar conta de todas estas concepções em presença e, dando a nossa opinião, tentar fixar, na medida do possível, os critérios que nos permitem reconhecer uma obra como original, de algum modo facilitando a tarefa do intérprete, em especial do julgador, a quem, naturalmente, caberá a última palavra ao decidir cada caso concreto.

2. Na concepção tradicional do “Droit d’Auteur”, construída pela doutrina francesa, a originalidade identifica-se com a “marca da personalidade do autor”². É uma noção subjectiva e personalista. Uma concepção muito restritiva na aparência, pois parece acolher dentro do sistema de protecção pelo direito de autor apenas as obras com elevado grau de criatividade. Só as obras literárias e artísticas de relevo seriam susceptíveis de protecção.

Esta tese, todavia, nunca foi vista de uma forma restritiva. Antes pelo contrário, uma vez que em todos os países de tradição do direito de autor continental se protegem as obras utilitárias, em que a personalidade do autor é muito reduzida, e nunca foi objectivo do direito de autor abranger o mundo reduzido das grandes obras literárias, ou artísticas.

As “petite monnaie/ calderilla/Kleine Münzen”, cedo foram englobadas dentro desta concepção. Adapta-se o conceito para afirmar que a obra, para ser original, deve conter os traços da personalidade do autor, por pequenos que sejam³. **A exigência da marca da personalidade do autor torna-se, por isso, minimalista.**

A noção é **subjectiva**. A originalidade é a marca da personalidade resultante do esforço do autor; nada tem que ver com a novidade requerida em matéria de propriedade industrial, que se mede objectivamente a partir do conceito de anterioridade, sendo o

Também o § 102 do Copyright Act norte-americano de 1976 se refere à originalidade, mas não a define.

² Por todos, veja-se DESBOIS, H., *Le droit d’Auteur en France*, 10^o ed., Paris, 1966, p. 6 ss, a quem se deve a introdução do conceito em França. Cfr. também LUCAS, A.; LUCAS, H.-J., ob. cit. p. 86 ss; LUCAS, A.; SIRINELLI, P., *L’originalité en droit d’auteur*, JCP, 93, I, 3681.

³ Esta continua a ser a doutrina dominante em França, por todos veja-se LUCAS, A.; LUCAS, H.-J., *Traité cit.*, p 87 texto e nota 55, onde inclui nomes sobejamente conhecidos como BERTRAND, COLOMBET, FRANÇON, P. Y. GAUTIER, P. SIRINELLI, entre outros.

bem imaterial novo aquele que difere dos que já fazem parte do fundo comum da cultura, ciência ou técnica. **A anterioridade destrói a novidade, mas não forçosamente a originalidade**⁴. É já clássico o exemplo de Desbois, em que dois pintores, sem conhecimento um do outro, fixam, um após outro, nas suas telas, o mesmo local, na mesma perspectiva e com as mesmas cores.⁵ O segundo quadro não é novo, mas é original, desde que os dois pintores desenvolvam uma **actividade criativa independente**. Daí também que o facto de as obras serem derivadas, baseadas numa obra anterior, não seja impeditivo da originalidade, desde que a personalidade do autor da obra derivada encontre nesta alguma expressão.

Na lógica desta tese também se proíbe qualquer apreciação do mérito da obra, que nada tem que ver com a intensidade criativa nela incorporada.

Além disso, não se exigem critérios complementares, como sejam os de altura criativa. Pouco importa o aspecto quantitativo da marca da personalidade deixada pelo autor na obra. Como afirmam A. Lucas e H.-J. Lucas, isto tem duas implicações⁶. Por um lado, a obra pode responder à condição da originalidade, mesmo que baseada numa obra pré-existente. Fala-se então de originalidade relativa. A protecção estende-se, pois, igualmente às traduções, adaptações, transformações, arranjos, antologias ou recolhas de obras diversas. Por outro lado, a originalidade não se pesa. Basta que exista (“l’originalité ne se pèse pas. Il suffit qu’elle existe”⁷).

É com base nesta ideia que os tribunais protegem as “petite monnaie/calderilla/ Kleine Münze”, obras de linguagem técnica ou de natureza utilitária em que a marca da personalidade do autor não é evidente.

A originalidade, assim entendida, pode-se manifestar de diversas formas, consoante o género de obras.

Em princípio, nas obras artísticas, afere-se pela importância fundamental da execução pessoal. Confunde-se, portanto, com autenticidade. Veremos mais à frente, como as

Na Alemanha, adere a esta tese ULMER, E., *Urheber und Verlagsrecht*, p. 132 ss.

⁴ Expressão de LUCAS, A.; LUCAS, H.-J., *Traité* cit., p. 87.

⁵ Ob. cit., p. 5.

⁶ *Traité* cit., p. 88.

⁷ LUCAS, A.; LUCAS, H.-J., *Traité* cit., p. 88.

concepções modernas e contemporâneas da arte podem afectar esta importância fundamental da execução pelo autor.

No domínio das obras literárias, parte-se distinção entre a expressão e a composição, esta última entendida como o encadeamento das matérias (peripécias, argumentos)⁸. Na maioria dos casos a originalidade expressa-se na composição e na expressão. Isto, embora haja obras que apenas são originais pela expressão, como é o caso das traduções, e outras que apenas são originais na composição, como é o caso das antologias.

Nas obras musicais, a originalidade estará na melodia, na harmonia, ou no ritmo⁹.

Se quisermos resumir a doutrina clássica brevemente enunciada, diremos que **a originalidade é o reflexo, por pequeno que seja, da criação pessoal. Há, portanto, uma relação muito próxima, difícil de discernir, entre os conceitos de criação e originalidade.**

Escreve Edelman, a propósito, que a criação é o produto de um trabalho intelectual livre, exprimindo a personalidade do criador e encarnando-se numa forma original. E ainda, que a originalidade, ao fim de contas, é o conceito que permite revelar se um trabalho intelectual foi ou não criativo, ou seja, se através dele o autor exprimiu ou não a sua personalidade¹⁰.

2.1. Todavia, no próprio país que lhe deu origem, esta doutrina sofre desvios, inflexões.

Uma primeira inflexão consiste na opção pelo critério do “apport intellectuel”, em substituição da tradicional “marca da personalidade do autor”, para apurar a existência de originalidade.

Referimo-nos ao célebre caso “Pachot”, julgado pela Assembleia plenária da jurisdição francesa suprema¹¹. Tratava-se da protecção de programas de computador. O supremo

⁸ LUCAS, A; LUCAS, H.-J., *Traité* cit., p. 89.

⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰ EDELMAN, B, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, 1989, p.15 e pp.23-25, também referido por STROWEL, *Droit d'Auteur et Copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Bruxelas, 1993, p. 397.

¹¹ Cass. Ass plén, 7 de Março de 1986, D., 1986, 411, Anotação de B. EDELMAN; J.C.P., 1986, 20631, Anotação de J.-M. MOUSSERON, B.TEYSSIÉ e M. VIVANT; RIDA, Julho de 1986, n°129, Anotação de A. LUCAS; RTD com, 1986, p. 399, obs FRANÇON. Sobre o caso, veja-se também LUCAS, A.; LUCAS, H.-J., *Traité* cit., p. 97 ss; STROWEL, A., *ob. cit.*, p. 403 ss.

tribunal afirmou que, ao procurarem apurar da originalidade dos programas de computador elaborados por M. Pachot, os julgadores haviam considerado que o autor provara ter existido um esforço personalizado que ia além do simples colocar em acção uma lógica automática e forçosa e que a materialização deste esforço residia numa estrutura individualizada.

Embora o tribunal aparentemente se pareça inscrever na clássica doutrina da originalidade, pois que exige um “esforço personalizado”, não é bem assim, porque este esforço personalizado deduz-se, retira-se, segundo os julgadores, da liberdade de escolha de que o programador dispõe.

O acórdão foi alvo de diferentes interpretações por parte da doutrina francesa.

Vandenbergue, por exemplo, considera que se chega a uma noção meramente estatística de originalidade. Basta que a obra tenha um mínimo de complexidade para que se possa ter a certeza que outro autor faria de forma diferente. E isto é suficiente para apurar a existência de originalidade. Não se exige o mínimo de expressão da personalidade do autor, mas a expressão de um dado estatístico. A originalidade decorre directamente da complexidade da obra e da correlativa necessidade de fazer escolhas¹².

O Conselheiro M.J. Jonquères, no seu relatório, sugere que a formulação da originalidade como “marca de um *apport* intelectual” põe causa a interpretação tradicional do conceito. Foi aliás ele que sugeriu a expressão, por considerar que a definição tradicional não permite estender a protecção pelo direito de autor aos programas de computador. Todavia, o tribunal não chega a especificar como se encontra este “*apport intellectuel*”. Segundo o Conselheiro Jonquères, não chega constatar que o desenvolvimento do programa implica fazer escolhas, é preciso ainda existir “un *apport tant soit peu novateur de l’auteur dû à son effort intellectuel*”¹³. Ou seja, como afirma A. Lucas, M. Jonquères **parece fazer da originalidade uma “síntese” da novidade e da actividade inventiva próprias do direito industrial**. O que nos parece desnecessário e criticável, tal como o critério estatístico anteriormente exposto.

¹² VANDENBERGUE, G., *La protection du logiciel et des chips aux Etats-Unis: un exemple pour l’Europe?*, RIDA, Julho de 1992, nº153, pp. 222-223.

¹³ RD propr ind. 1986, *apud* LUCAS, A.; LUCAS, J.-H., LUCAS, *Traité* cit. p. 98.

Outros autores sugerem que a expressão contida no acórdão Pachot pode ser interpretada como sinónimo de esforço, trabalho intelectual, sem que haja qualquer desvio do critério subjectivo de originalidade¹⁴.

Num outro caso posterior, o caso Isermatic¹⁵, a Cour d'Appel de Grenoble confirmou que a obra original é a que comporta a marca de um "apport intellectuel", mas segundo a sua interpretação, a expressão significa que na obra deve haver um esforço intelectual individualizado e um carácter objectivo de novidade. Todavia, a Cour de Cassation censura o acórdão, considerando que a originalidade de aprecia em função do "apport" pessoal do autor e não em função da noção de invenção nova. Sendo certo que a contribuição pessoal é indissociável da presença de escolhas criativas. Portanto, preserva-se a lógica subjectiva da noção de originalidade.

Na prática, as dúvidas continuaram sem ser dissipadas em matéria de programas de computador. **Muitos juízes contentam-se com um critério equivalente a ausência de anterioridade ou seja fazem equivaler a originalidade a novidade objectiva**, outros encaram o problema e procuram, através de fórmulas mais ou menos felizes, apurar da existência de uma **actividade inventiva**¹⁶.

Se acrescentarmos o que se passa com outros produtos informáticos, como as bases de dados ou as obras multimédia, podemos concluir, por certo que a definição tradicional de originalidade não se enquadra bem com este novo campo de aplicação do direito de autor. Também em matéria de títulos, obras de arte aplicada e compilações, muitas vezes a originalidade é tida pelos tribunais no sentido de **novidade objectiva, ausência de anterioridade**.

Existe, portanto, **na jurisprudência uma linguagem âmbigua no tocante à noção de originalidade, oscilando entre a noção clássica subjectiva, com diversas modulações, e a noção de novidade em sentido objectivo**¹⁷.

¹⁴ Cfr., STROWEL, ob. cit., p. 404.

¹⁵ Cass. 1^a civ., 16 de Abril de 1991, Bull Civ. I, n^o 139; Expertises, 1991,p.194, obs BLOCH; JCP 91, II, 221770, anotação de CROZE; D. 1992, somm. p.13, obs COLOMBET; JCP 92, Ed E, I 141, n^o2, obs. VIVANT e LUCAS; Grenoble, 19 de Setembro de 1989, D, 1991, somm. comm. 93, Obs. COLOMBET; referido por LUCAS., A.; LUCAS, J.-H., LUCAS, *Traité* cit., p. 99 e por STROWEL, ob cit., pp., 404-405.

¹⁶ Em pormenor, com remissão para vasta jurisprudência, LUCAS., A.; LUCAS, J.-H., *Traité* cit., p. 99.

¹⁷ Em pormenor, LUCAS., A.; LUCAS, J.-H., *Traité* cit. p. 90 ss.

Daí que se procure adaptar a doutrina a esta realidade jurisprudencial tão díspare, através de três vias, basicamente: para uns, é a oposição entre novidade e originalidade que está em causa; para outros a originalidade deve ser assumida como ausência de cópia; outros identificam-na como *apport* de actividade intelectual. Isto, não esquecendo que um largo sector da doutrina permanece ligado ao conceito clássico que procura de algum modo impor¹⁸.

3. Um certo sector da doutrina alemã veio colocar em causa a posição clássica francesa, na medida em que não se contenta com a marca da personalidade do autor, exigindo para além disso **um certo nível de criatividade**, a “Gestaltungshöhe”. Só atingido esse nível a obra se pode considerar original e, portanto, merecedora de protecção. Além disso, este nível varia consoante o tipo de obras em causa¹⁹.

Ou seja, para este sector da doutrina e jurisprudência alemãs, há dois aspectos a considerar: **a individualidade e a altura criativa**. A individualidade traduz-se no reflexo da personalidade do autor na obra. Mas isso não basta, é necessário que cada concreta obra atinja um suficiente grau de criatividade (Gestaltungshöhe) para merecer protecção.

A altura criativa é o aspecto quantitativo da individualidade.

Este requisito adicional é relativamente novo no direito de autor alemão (fins dos anos 50) e nasceu para determinar a linha de divisão entre a protecção pelo direito de autor das obras de arte aplicadas e a protecção do desenho industrial²⁰. 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 descoberta da

¹⁸ Cfr. LUCAS, A.; LUCAS J.-H., ob. cit. p. 101 e autores aí mencionados.

¹⁹ Em pormenor sobre esta doutrina e jurisprudência, embora em sentido discordante LOEWENHEIM/SCHRICKER, ob. cit. loc. cit. *supra* nota 1.

²⁰ Em pormenor, sobre a história, evolução e crise do conceito, veja-se SCHRICKER, G., *Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?* in 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*, Valencia, 2000, p.106 ss.

“persönlichen geistigen Schöpfung” e, portanto, do conceito de obra, referido no § 2, 2, UrhG.

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 modelos ou desenhos industriais- 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.²¹

Como escreve Schricker, a transposição teve inúmeras consequências. No domínio das artes aplicadas, o postulado da altura criativa significa uma redução do âmbito de protecção por via do direito de autor, pois que se aperta mais a exigência. O que se justifica do ponto de vista sistemático pela concorrente protecção por via do direito industrial. Todavia, a generalização do conceito abriu a porta para requisitos de protecção também mais apertados para os outros tipos de categorias de obras, sem que haja uma situação comparável²².

A jurisprudência, que aderiu 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. E foi particularmente exigente em matéria de programas de computador. Ficou célebre, a propósito, a sentença no caso “Inkasso Programm”²³. 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 alemã mais autorizada preconiza **o abandono necessário do requisito da altura criativa, para passar a exigir a individualidade como único**

²¹ Em pormenor, LOEWENHEIM/SCHICKER *Urheberrecht Kommentar*, cit., § 2, anotação 16.

²² SCHRICKER, *Abschied*. cit., p. 716.

²³ Cfr. GRUR, BGH, 1985, p. 1041-1048. Para outras obras científicas, vide GRUR, BHG, 1984, pp. 659-616 (Ausschreibungsunterlagen; GRUR, BHG, 1986, p. 739-741 (Anwaltsschriftsatz); GRUR, BHG, 1987, p. 704- 706 (Warenzeichenlexika”). As sentenças são também referidas por SCHRICKER, ob. cit, p. 717; SAIZ GARCÍA, ob. cit., p. 110, nota 76.

pressuposto de protecção para que qualquer obra seja susceptível de protecção pelo direito de autor.

Com isto se adequa a doutrina à evolução verificada a nível da União Europeia, e com a própria jurisprudência alemã dos últimos anos²⁴.

4. Dentro do sistema de Copyright, a originalidade, pelo menos numa primeira análise, aparece com um sentido completamente diverso daquele que assume no direito de autor continental.

4.1. Ao contrário do que se passa na generalidade dos países, a enumeração das obras que aparece no Copyright Act de 1988 (CDPA) inglês não é meramente exemplificativa²⁵

²⁴ Neste sentido, por todos, SCHRICKER, *Abschied*. cit. p. 717, p. 719-720; SCHRICKER, *Farewell to the "Level of Creativity (Schöpfungshöhe) in German Copyright law? IIC*, 1995, 26, p. 41 ss. Na jurisprudência GRUR, BHG, 1994, p. 39 ss (Buchhaltungsprogramm); GRUR, BHG, 1998, p. 916 ss (Stadtplanwerk). Ambas as sentenças são também referidas por SAIZ GARCIA, ob .cit,pp 111-112, nota 79. Note-se, contudo, que, quer na doutrina, quer na jurisprudência, sempre houve fortes críticas à estensão do grau de exigência motivado pela noção de "Gestaltungshöhe". Assim, entre outros VINCK, FROMM/NORDEMANN Kommentar, § 2; na jurisprudência GRUR, BGH, 1981, p. 520 ss (Fragensammlung).

²⁵ Sobre o direito inglês, em pormenor CORNISH, *Intellectual Property*, 3ª ed., Londres, 1996., p. 329 ss. Vide também STROWEL, ob. cit., p. 461 ss; ELLINS, JULIA, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, Berlim, 1997, p. 91 ss.

Em Inglaterra, o Copyright Act de 1956 distinguia os "direitos de autor", dos designados pelas legislações continentais "direitos conexos". Mas o Act de 1988 aboliu esta distinção. Os dois tipos de direitos estão indicados indiscriminadamente. A mudança, afirma CORNISH, é típica do pensamento original da "common law", que não via diferença entre os verdadeiros criadores e os investidores nas criações dos outros, inclinando-se para preferir os últimos em detrimento dos primeiros.

Segundo a enumeração do Copyright Act de 1988, resumida por CORNISH, ob. cit., pp. 330-331, as obras protegidas são as seguintes:

Literary work: work that is written spoken or sung, not dramatical or musical. Includes table, compilation, computer program.

Dramatic work: includes dance or mime

Musical work: work consisting of music- not associated words or actions.

Secondary activitives: translating, editing, adapting, etc, may attract their own copyright". Em todos os casos as obras devem ser "original" (CDPA s. 1)

Artistic work: graphic work, photograph, sculpture, collage, irrespective of artistic quality; work of architecture being a building or model thereof; work of artistic craftsmanship. Todas têm que ser "original" (s. 1)

Sound recording: reproducible recording of sounds or literary, dramatic or musical work. No copyright in recording that is a copy (s. 1 e 5)

Film: recording on any medium from which a moving image may be produced. No copyright in film that is a copy (s. 1 e 5)

Broadcast: transmission by wireless telegraphy capable of lawful public reception or transmitted for public presentation (s. 1 e 6)

Cable-cast: cable programme service, by non-wireless telecommunication, for reception at 2 or more places or for public presentation (with execptions) (cfr. s 1 e 7). Copyright in repeat expires at the same time as in original (s. 14)

A Sec. 1 do Act de 1988 determina que no âmbito da literatura, drama, música e arte, só merece protecção pelo Copyright a obra original. Mais uma vez, no entanto, o conceito de originalidade não é definido na lei, mas veio a ser estabelecido ao longo dos tempos pela jurisprudência e doutrina. Segundo a concepção estabelecida, a palavra “original” não significa que a obra deva ser expressão de um pensamento criador ou inventivo. Significa apenas que a obra não pode ser copiada de outra obra, que deve originar do autor²⁶. E o produto deve originar do autor no sentido de que é o **resultado de um certo grau de habilidade, trabalho ou experiência por ele empregues**. Ora se refere “skill, judgement and labour”, ora de “selection, judgment and experience”, ora ainda “labour, skill and capital”, ou “skill, labour and effort” para transmitir esta ideia de que é isto que o Copyright visa recompensar.²⁷

Aliás, o requisito da “originalidade” só foi acrescentado à lei (statutory copyright law) no Act de 1911. E o adjetivo foi entendido num sentido limitado, como forma de realçar uma característica do “skill, labour and judgement”, de que a obra literária deve gozar para ser protegida. Essa característica é a de que **a obra deve originar do autor e não ser por ele copiada de outra fonte**²⁸.

Numa passagem muito repetida, afirmava J. Peterson: “*the word “original” does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought .Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought in print or writing. The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work-that it should originate from the author*”²⁹.

Typographical arrangement of a published edition of literary, dramatic or musical work (s 8). No copyright in reproduction of typographical arrangement of previous editions (s. 8).

Às definições constantes deste Act, há que acrescentar mais elementos trazidos por “statutory provisions” e por “case law”.

²⁶ Com mais pormenor, CORNISH, ob. cit., p, 334; ELLINS, JULIA, ob. cit., pp.91-93; STROWEL, ob. cit., p. 461 ss.

²⁷ Vide CORNISH, ob. cit. p. 333; ELLINS, ob. cit.,pp 91-92; STROWEL, ob. cit., p. 462.

²⁸ CORNISH, *idem, ibidem*.

²⁹ University London Press v. University Tutorial Press (1916), 2 Ch 601-608, *apud* CORNISH, ob. cit., pp. 334-335.

O essencial é que haja um determinado **“minimum standart of effort”**.³⁰ Todavia, este mínimo é interpretado de forma muito ampla em Inglaterra, uma vez que a habilidade empregue, o capital investido, ou o exercício pelo autor da sua escolha podem ser suficientes para a protecção da obra. **Se há uma fronteira mínima, ela é de molde a deixar apenas de fora o completamente trivial, banal. Assim, vale o brocardo fundamental de que “ what is worth copying is prima facie worth protecting”**³¹.

Como salienta Cornish, o nível de resultado original estritamente limitado requerido para a protecção das obras literárias pelo copyright pode ser explicado de duas formas: primeiro, reduz a um mínimo o elemento de julgamento subjectivo e, portanto, a incerteza, quando se trata de definir o que é qualificado para protecção; segundo, permite protecção para qualquer investimento de trabalho e capital, que de algum modo produza um resultado literário. Isto tanto se aplica ao compilador de factos mundanos, como ao que cria um formulário de apostas de futebol cujo esforço real consiste em fazer umas pesquisa de mercado e determinar as apostas que melhor se combinam. Nestes últimos casos, o copyright é manifestamente usado para compensar a falta de um conceito amplo de concorrência desleal. Aliás, em casos deste tipo, em que se considera existir Copyright, o réu tende a ser um concorrente directo. Já nos casos em que alguma outra forma de resolver o problema da concorrência desleal é possível, tende a ser negada a protecção pelo copyright.³²

Este mínimo leva o copyright muito longe, de modo a poderem ser abrangidos na protecção obras muito simples tais como catálogos comerciais, compilações de informações mundanas, índices de horários, enunciados de exames, roteiros, listas de programas a serem difundidos, serviços de informação de corridas, listas de datas de eventos de futebol, etc. Ou seja, abrangem-se as “small change”, tal como vimos acontecer no direito continental, mas vai-se além disso. O “ skill, judgment and labour” opera como uma exigência *de minimis* excluindo como insuficientes apenas as situações em que o grau de composição literária é muito reduzido (por exemplo a um anúncio com quatro frases banais foi negada protecção)³³.

³⁰ CORNISH, ob. cit., p. 333.

³¹ ELLINS, ob. cit., p. 92; STROWEL, ob. cit., p. 463.

³² CORNISH, ob. cit., p. 335; SROWEL, ob. cit., p. 463.

³³ CORNISH, ob. cit., p. 333.

No entanto, considera Strowel que no futuro a interpretação da condição de originalidade pode ser mais apertada, à luz do caso Feist, decidido pelo Supremo Tribunal norte-americano e de que falaremos de seguida, uma vez que alguns comentadores ingleses manifestaram o seu acordo com esta decisão³⁴.

Refira-se que, na maioria dos casos, os títulos de livros e também de peças, filmes e análogos são tratados como “insufficiently substantial to attract copyright themselves”. O mesmo se diga das marcas ou firmas. O copyright não é considerado o meio próprio para proteger uma marca de prestígio contra a sua aplicação num produto ou serviço completamente diverso³⁵.

Às obras dramáticas e musicais aplicam-se os mesmos princípios das obras literárias.

Nas obras artísticas há uma tensão entre as diferentes categorias enunciadas. Uma vez que a s 4. refere a protecção para a “graphic work, photograph³⁶, sculpture or collage” é “irrespective of artistic quality” e nos outros casos, ou seja, “works of architecture (buildings and models of buildings)³⁷” e “works of artistic craftsmanship” fora das categorias anteriores, não se diz “irrespective of artistic quality”, vários problemas se colocam quanto a este dois últimos grupos de obras.

O primeiro grupo de obras não se diferencia, em termos de exigência de “originalidade” do que dissemos acima para as obras literárias, dramáticas e musicais.

Os problemas levantados pela redacção do artigo são os de saber se nas segunda e terceira categoria de obras artísticas é ou não necessário tomar em consideração, de algum modo, a qualidade artística da obra; em caso afirmativo, se o que interessa é a intenção do arquitecto/artesão ou a percepção do público da qualidade artística e qual o nível de aspiração/qualidade artística exigível; e, por último, se devem ser os juizes a tratar matéria como uma questão de interpretação da lei e fazer eles próprios a qualificação, ou se devem socorrer-se de peritos ou outros testemunhos. São problemas complexos, que obtêm respostas díspares³⁸.

³⁴ STROWEL, ob. cit., pp. 461-462 e bibl.. aí referida.

³⁵ CORNISH, ob. cit., p. 334.

³⁶ Repare-se que não há no direito inglês a preocupação que existe no direito de autor continental de distinguir a fotografia da obra fotográfica para efeitos de protecção. Com mais detalhe CORNISH, ob. cit., pp. 338-339.

³⁷ Os planos de arquitectura caem na primeira categoria enunciada.

³⁸ Em pormenor, CORNISH, ob. cit., pp. 339-341.

4.2. O § 102 do Copyright Act norte-americano, de 1976, sucessivamente alterado, refere-se à originalidade, mas não a define. Cabe, pois, à jurisprudência e à doutrina a tarefa de delimitação³⁹.

É afirmação corrente que para se ser original e, portanto, protegida pelo copyright, basta que a obra seja criada de uma forma independente, ou seja, produto de um pensamento independente. Dito por outras palavras, **originalidade é igual a ausência de cópia**⁴⁰. Originalidade não se identifica com novidade, também aqui, uma vez que pode haver uma criação independente, mesmo se ela é idêntica a uma obra anterior⁴¹.

Parece, portanto, que o conceito de “criação independente” traduz uma noção de originalidade muito modesta e pela via da negativa, tal como no direito inglês (ausência de cópia).

Para as categorias de “entrepreneurial copyrights”, que no direito de autor continental seriam consideradas direitos conexos, é pacífico que não dependem de nenhum nível estético, pois são concedidas para protecção do investimento e não a criatividade. Basta que haja suficiente “skill and labour” para a protecção ser concedida. Com mais detalhe, CORNISH, ob. cit., pp. 343-344.

³⁹ É o seguinte o seu texto § 102: (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

- (1) literary works;
- (2) musical works, including any accompanying words;
- (3) dramatic works, including any accompanying music;
- (4) pantomimes and choreographic works;
- (5) pictorial, graphic, and sculptural works;
- (6) motion pictures and other audiovisual works;
- (7) sound recordings; and
- (8) architectural works.

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

Por sua vez, refere o § 103 que.

(a) The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.

(b) The copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.

⁴⁰ Em pormenor, STROWEL, ob. cit., p 440 ss.

⁴¹ *Idem*, p. 441-442. Como afirma STROWEL, no entanto a novidade joga um importante papel em matéria de prova da originalidade, pois que o titular do Copyright pode apoiar-se no carácter novo para reforçar a presunção de que a obra é original. O réu, por sua vez, poderá provar que a obra que está em causa é similar a uma obra anterior, utilizando este elemento para afastar a presunção legal de originalidade.

Todavia, que o conceito assume também uma vertente positiva e mais exigente, pelo menos para parte da doutrina e jurisprudência.

A título de exemplo, Nimmer fala de um “quantum de originalidade”. Em sentido semelhante se pronunciam Goldstein, Doworkin e Raskind⁴²

Na jurisprudência há também casos emblemáticos. No caso *Blestein*.⁴³, o Tribunal Supremo reconheceu a exigência de criatividade para além da condição mínima de esforço independente (tratava-se de um poster para o circo). Daí que ser recusada a protecção a frases ou formulas lapidares, assim como formas de expressão ditadas apenas por imperativos funcionais.

No caso *Sarony*, o Tribunal Supremo admitiu a protecção de uma fotografia de Oscar Wilde, depois de colocar em evidência a conduta criativa do fotógrafo⁴⁴.

No caso *Harper*⁴⁵, o Tribunal Supremo, um século mais tarde, afirmou que o copyright está limitado aos aspectos da obra que revelam a marca da originalidade do autor, fórmula idêntica à fórmula clássica do direito de autor continental⁴⁶.

Uma outra tendência da doutrina e jurisprudência fez do trabalho a condição suficiente de protecção. O critério de protecção não podia depender da marca de uma personalidade, pois na maioria dos casos o que se reclamava era a protecção de obras utilitárias, estava em causa apenas o esforço e o trabalho empregues. A adopção deste ponto de vista implica a consagração da chamada “**sweat of the brow theory**”, que já vimos dominar o direito inglês e que durante muito tempo dominou também na jurisprudência e doutrina norte-americanas⁴⁷.

Todavia, esta tendência veio a ser invertida pelo célebre acórdão produzido no caso *Feist*, em 27 de Março de 1991, pelo Supremo Tribunal norte-americano⁴⁸.

⁴² Autores referidos por STROWEL, ob. cit., p. 443.

⁴³ *Blestein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 US 239, 259 (1903), referido em pormenor por STROWEL, ob. cit., p. 444-445.

⁴⁴ *Burrow-Giles Lithographic Co. v Sarony*, 111 US 53, 60, C.O Bull 13, 503, 507-508 (1884), referido por STROWEL, ob. cit., p. 445.

⁴⁵ *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 US 539 547, 85 L Ed. 2d 588, 599 (1985), referido por STROWEL, ob. cit., p. 445..

⁴⁶ Cfr. STROWEL, ob. cit., p. 445.

⁴⁷ Em pormenor, STROWEL, ob. cit., pp. 446-448.

⁴⁸ *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.*, 111 S. Ct 1282, 18 USPQ 2d 1275 (1991) referido por STROWEL, ob. cit., p. 448 ss.

A questão em causa era a de saber se a Feist Publication, sociedade especializada na edição de anuários telefónicos estava autorizada a retomar na sua edição de páginas brancas uma série de endereços contidos no anuário que a Rural Telephone, sociedade que publicava uma rede telefónica local e que havia compilado uma série de endereços. A Rural Telephone argumentava com a “sweat of the brow theory”, pois considerava ter um copyright sobre o seu anuário pelo esforço e trabalho de compilação desenvolvido.

De acordo com o Supremo Tribunal, a doutrina da “sweat of the brow, segundo a qual o copyright é uma recompensa pelo trabalho árduo de compilar factos ou dados, não é a “pedra de toque” da protecção das obras factuais. Antes tal “pedra de toque” está na originalidade. **E o nível de originalidade requerido, se bem que seja modesto, não existe quando a obra está desprovida de todo o traço, mesmo o mais ténue, de criatividade. A protecção das bases de dados que não atingissem qualquer criatividade ficaria a cargo da concorrência desleal.**

5. Novas contribuições para a questão da “originalidade” veio trazer a legislação Comunitária. A tendência da União Europeia, reflectida na harmonização que está a ser levada a cabo em matéria de direito de autor, vem a colocar decididamente em causa a questão da altura criativa como pressuposto de protecção da obra, assim como a clássica concepção da originalidade entendida como marca da personalidade do autor.

Com efeito, no art. 1, 3 da Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, sobre a protecção jurídica dos programas de computador, dispõe-se que o programa de computador 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. 6 da Directiva 93/98/CEE, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção do direito de autor e de determinados direitos conexos, dispõe-se que as fotografias que constituam originais no sentido de serem **criações intelectuais próprias do seu autor** serão protegidas pelo art.1. **Não se aplicará nenhum outro critério para determinar o seu direito à protecção.**

No art. 3 n°1 1 da Directiva 96/9/CE, de 11 de março de 1996, sobre protecção jurídica das bases de dados, dispõe-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 n.º 1 diz-se **que não serão de aplicar outros critérios para determinar se tais bases de dados são susceptíveis de tal protecção**. Portanto, a selecção ou disposição do conteúdo da base de dados (conteúdo esse, todavia que se exclui da protecção nos termos do art. 3, 2) é um labor intelectual de carácter criativo **quando a actividade tenha origem na pessoa do autor**. Destes critérios brevemente expostos decorre, como enfatiza Concepción Saiz Garcia⁴⁹, a vontade do legislador comunitário de afastar de vez a exigência de uma certa altura criativa 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 uma criação intelectual independente**, tanto nos programas de computador, como nas fotografias, como ainda nas bases de dados. “ Se excluye, por tanto, con carácter expreso la utilización de cualesquiera otros criterios para determinar la protección de las categorías expuestas por medio del Derecho de autor, y se tiende a identificar el carácter original de la obra con el proceso de realización independiente y creativo que despliega el autor”⁵⁰.

Note-se, no entanto, que a criação independente não se identifica com a “sweat of the brow theory”, não é um conceito puramente negativo, equivalente a ausência de cópia. Como decorre da Directiva sobre bases de dados, as que não satisfaçam o requisito da originalidade não são protegidas pelo direito de autor, embora possa o seu conteúdo ser protegido pelo direito *sui generis* introduzido pela Directiva como forma de proteger o investimento (cfr. art. 7 e ss).

6. A doutrina e jurisprudência portuguesas inscrevem-se na teoria subjectiva clássica do direito de autor continental, embora fazendo as necessárias adaptações à realidade, uma vez que, como em todos os países continentais, tanto a doutrina como a jurisprudência admitem a tutela da “calderilla”, dos programas de computador e das bases de dados.

⁴⁹ Ob .cit., pp. 118-119.

⁵⁰ Concepción Saiz Garcia, ob. cit., p. 118.

Oliveira Ascensão revela, aliás, por vezes, uma posição muito próxima com a recente evolução Comunitária, embora este movimento, que chama de “banalização” do direito de autor, não seja do seu agrado.

Escreve, a propósito da originalidade, este autor⁵¹: “Se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir o carácter criativo. É difícil determinar o *quantum* dessa criação. Não podemos confundir obra com obra de qualidade (...) Mas tem que haver um mínimo de criatividade, ou originalidade, que por vezes se torna até essencial para determinar se há violação de direito de autor preexistente” (...) Tradicionalmente, exige-se a individualidade ou personalidade como requisito da obra.” Todavia, “ o movimento de banalização do Direito de Autor (...) levou a pôr em causa também este requisito (...) Strömholm propôs recentemente que se abandonasse a apreciação positiva da individualidade e nos limitássemos a verificar se havia um *Spielraum* em que a obra se tivesse desenvolvido, portanto um espaço em branco em que a obra se tivesse desenvolvido. Assim o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra.

Concordamos com esta última observação, como concordamos que a busca da individualidade atinge um patamar mínimo. Parece-nos de facto impossível condicionar a tutela à verificação da marca da personalidade de determinado autor, impressa numa “obra”. A cultura de consumo leva a que a personificação seja mínima em grande número de casos.

Mas sempre fica a exigência de que haja uma criação (...) Se não se exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que se reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. Uma novo elemento, que não constava do quadro de referências objectivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios pré-estabelecidos, foi introduzido por um acto criativo.” E mais à frente⁵²: “ (...) a obra é essencialmente uma criação. E só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo de novo, a obra há-de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal”.

⁵¹ In *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, pp. 88-90.

⁵² ob. cit., p 93.

Por sua vez, escreve Luiz Francisco Rebello⁵³ que originalidade é sinónimo de criatividade e não de novidade, em sentido objectivo, e transcrevendo as palavras felizes e extraordinariamente actuais do Juiz José Manuel Pinheiro, em sentença de 5 de Junho de 1981, refere: “Uma obra será intelectual, literária ou artística, desde que seja a emanação dum esforço criador da inteligência, do espírito humano: é essa a obra que a legislação sobre direitos de autor visa acautelar⁵⁴. Numa outra formulação, embora com sentido idêntico, Luiz Francisco Rebello socorre-se da própria lei (art. 196º, 1 CDADC, a propósito da confracção), afirmando que a obra é original desde que “tenha individualidade própria”.⁵⁵ Acrescenta o autor que busca da originalidade de uma obra por vezes suscita sérias dificuldades e que, por isso, sendo difícil de definir *a priori*, deverá ser apreciada casuisticamente⁵⁶.

Na jurisprudência tem-se outorgado protecção pelo direito de autor às obras cuja função é apenas prática ou utilitária. Assim, por exemplo, foi dada protecção a um roteiro de parques campistas (sentença do 6º Juízo Cível do Porto, de Maio de 1985), a uma série de volumes sobre itinerários turísticos (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Outubro de 1993), a um mapa da cidade de Lisboa (sentença do 5º Juízo Cível de Lisboa, de 16 de Setembro de 1994) e a um anuário do sector cooperativo (sentença do 12º Juízo Cível de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1994)⁵⁷, a artigos de revistas (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Março de 2000)⁵⁸.

Merece uma especial referência a questão da originalidade no tocante aos programas de computador e às bases de dados.

De acordo com os termos expressos da Directiva 91/250/CEE, o art. 10, nº1 do TRIPs, e o art. 4º do Tratado de Direito de Autor da OMPI de Dezembro de 1996, bem como nas generalidade das legislações dos países da União Europeia, os programas de computador são havidos como obras literárias e susceptíveis de protecção pelo Direito de Autor. Essa

⁵³ In *Introdução ao direito de autor*, Vol. I, Lisboa, 1994, pp. 87-88.

⁵⁴ Colectânea de Jurisprudência, ano 1981, pp. 321-329.

⁵⁵ Ob. cit., p. 88.

⁵⁶ Ob. cit., pp. 89-90.

⁵⁷ Todas as decisões são referidas por REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Código Anotado* cit., anotação ao art. 2º, p. 33.

⁵⁸ Colectânea de Acórdãos do STJ, ano VIII, Tomo I, p. 143.

é também a posição de grande parte da doutrina portuguesa, bem como da jurisprudência entretanto formada nos tribunais portugueses⁵⁹. Todavia, ao arrepio deste entendimento, o legislador português, ao transpor a referida Directiva, optou por proteger os programas de computador fora do âmbito do CDADC, optando por enquadrá-los numa lei avulsa- O Dec-Lei nº252/94, de 20 de Outubro- criando uma nova e autónoma categoria de direito de exclusivo, a que atribui uma "protecção análoga à conferida às obras literárias". (art. 1º e art 15º DL 252/94, de 20 de Outubro). As normas do CDADC não têm, portanto, aplicação directa aos programas de computador, havendo que verificar, caso a caso, se a analogia das situações justifica ou não a sua aplicação.

A solução encontrada, veio de encontro à posição de por Oliveira Ascensão⁶⁰, que defendia a não inclusão dos programas na categoria das obras literárias, entendendo antes, na altura *de iure condendo*, ser de optar pela criação de um direito autónomo, uma vez que a inclusão dos programas de computador no direito de autor se insere num movimento de banalização do direito de autor " em que deixou de interessar o carácter cultural da obra, mas apenas o cash flow gerado" ⁶¹.

Neste sentido, um dos autores do projecto, Pedro Cordeiro, afirmava, criticando, aliás duramente, a opção da Directiva : " Não foi inocente a opção do legislador português. Com ela pretendeu-se cumprir as nossas obrigações comunitárias mas demonstrar, aos mesmo tempo, a firme convicção de que um programa de computador não só não é uma obra literária, como o regime de Direito de Autor estabelecido para essas criações não pode, sem mais, ser aplicado ao "software"⁶².

⁵⁹ Veja-se a título de exemplo, na jurisprudência Ac. Rel Lisboa de 26 de Abril de 1994, Col. Jur, 1994, Vol II, p. 130. Na doutrina, vide OEHEN MENDES, *Obra Literária e Artística- Fronteiras*.,p. 166.; OEHEN MENDES, O carácter *sui generis* da protecção dos programas de computador em Direito Português', ADI, Tomo XVIII, 1997, pp.111 – 127; REBELLO, IUIZ FRANCISCO, *Introdução ao Direito de Autor* cit., p. 72 ss; REBELLO, LUIZ FRANCISCO,, *Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, separata de *Memórias da Academia de Ciências-Classe Letras*- Tomo XXIII, Lisboa, 1983; para uma análise das teses em presença em Portugal antes do Dec Lei 252/94, veja-se VILHENA DE CARVALHO, *Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies: le cas particulier du logiciel*, Separata do BMJ nº 37/38, 1989.

⁶⁰ Designadamente in *A Protecção Jurídica dos Progamas de Computador*", ROA, Abril de 1990, pp 69-117.

⁶¹ Op. cit. nota anterior, p. 114, nota 1

⁶² Veja-se CORDEIRO, PEDRO, *A Lei Portuuesa de protecção do "software"*, ROA 54, II, 1994, pp.712-713 e p. 715

As normas do CDADC não têm portanto aplicação directa aos programas de computador, havendo que verificar, caso a caso, se a analogia das situações justifica ou não a sua aplicação.

Contudo, e curiosamente, a duração da protecção de tais programas é regulada directamente no CDADC, art. 36º.

Ora, o nº 2 do art 1º do DL 252/94 determina que " aos programas de computador que tiverem carácter **criativo** é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias". A lei portuguesa fala em **criatividade**, ao contrário da Directiva 91/252/CEE, que no art 1º, nº3 alude ao conceito de **originalidade**, o que se pode prestar a equívocos, tanto mais se tivermos em conta que na maior parte dos casos o programa é fruto de muito tempo de trabalho, mas não de conhecimentos de programação acima da média. Todavia, a criatividade a que alude o artigo deve ser entendida no sentido de "resultado da criação intelectual do autor", não no sentido de esforço criativo qualificado (acima da média), devendo, em caso de dúvida, interpretar-se a lei portuguesa à luz do conceito de originalidade (= resultado da criação intelectual do autor) previsto na Directiva⁶³.

Para Pedro Cordeiro⁶⁴ trata-se, aliás, apenas de uma questão de tradução. Com efeito afirma, a propósito do art 1º, nº3 da Directiva :"(...) numa disposição directamente destinada ao legislador alemão, declara como único requisito de protecção a originalidade- expressão que tem como tradução mais adequada criatividade- recusando assim a tese do BGH que exigiu, em duas sentenças distintas, um especial grau de criatividade ("que exceda significativamente a capacidade de um programador médio") como requisito de protecção dos programas de computador"⁶⁵.

⁶³ Neste sentido, veja-se OEHEN MENDES, *O carácter sui generis* cit.; Guia Informativo sobre a lei de protecção jurídica de programas de computador editado pela ASSOFT (Associação Portuguesa de Software)

⁶⁴Ob, cit., p. 718.

⁶⁵ Veja-se ainda, com mais pormenor acerca do conceito de originalidade na Directiva, MOURA e SILVA, M., *Protecção de Programas de Computador na Comunidade Europeia*, Direito e Justiça, Vol. VII., 1993, pp.253-310, em especial, pp.269-270). Entre nós, em geral, sobre toda a temática da relação entre o direito de autor e a sociedade da informação, veja-se, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2001; DIAS PEREIRA, A., *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, 2001; RAMOS PEREIRA, JOEL TIMÓTEO, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Lisboa, 2001.

Também as bases de dados não estão incluídas em Portugal no CDADC, mas antes num diploma avulso, o DL 122/2000, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 96/9/CE.

Ao contrário do que aconteceu na maioria dos países da União Europeia, que inclui as bases de dados nos diplomas que prevêm os direitos de autor, Portugal optou por instituir um regime específico de protecção das bases de dados, que no regime anterior tradicionalmente eram protegidas como compilações e outras colecções de obras, pelo art 3º 1, b) c), do CDADC. As bases de dados estão agora sujeitas em primeiro lugar ao regime específico do DL 122/2000 e apenas subsidiariamente às normas de Direito de Autor.

O art. 21, 3, do DL 122/2000 embora seja aparentemente apenas uma norma transitória, pode levar a algumas dúvidas em matéria do requisito de protecção originalidade. A questão é levantada por Oehen Mendes, e é a seguinte: literalmente aí se afirma que as bases de dados que em Janeiro de 1998 sejam protegidas pelo direito de autor não verão diminuir o seu prazo de protecção ainda que não preencham os requisitos do nº1 do art 4º. Por sua vez, o art 4º, nº1 considera que as bases de dados que, pela selecção ou disposição dos respectivos conteúdos, constituam **criações intelectuais** são protegidas em sede de direito de autor. E nos termos do nº 2 do mesmo artigo **este é o único critério determinante para a protecção pelo direito de autor.**

Deste modo, o infeliz art 21, 3 parece prever a possibilidade de bases de dados protegidas pelo direito de autor que não satisfazem os requisitos de protecção dos nºs 1 e 2 do art. 4º. Isto é, parece implicar que a nova lei é mais exigente do que o que resulta do regime anteriormente decorrente do CDADC para a protecção das bases de dados

No regime anterior basta que a obra tenha o tradicional requisito da originalidade para que seja susceptível de protecção.

O art 3º, nº1, b) CDADC, acerca das compilações e colecções de obras, onde sempre se aceitou serem de incluir as bases de dados, coincide palavra por palavra a este respeito com o art 4º, DL 122/2000. Em ambos os casos as compilações, colecções e bases de dados que constituam **criações intelectuais** são protegidas pelo direito de autor.

Mas se, textualmente, as normas são idênticas em termos de requisitos materiais de protecção, o art 21, 3, ao admitir a existência de bases de dados protegidas pelo direito de

autor que não satisfazem o requisito do art 4º, nº1, parece sugerir que este art 4º deve ser entendido num sentido mais exigente do que o art 3º CDADC. Portanto, os requisitos de protecção para as bases de dados originais ou criativas teriam mudado a partir de 1 de Janeiro de 1998, tornando-se mais exigentes e, portanto, reduzindo o número de bases de dados susceptíveis de protecção pelo direito de autor. Este raciocínio justificar-se-ia porque hoje existe uma protecção *sui generis* para a protecção das bases de dados em geral⁶⁶.

Todavia esta interpretação não colhe. O direito português tem que ser interpretado à luz do princípio da interpretação conforme com Direito Comunitário. Não são admitidos quaisquer critérios de natureza estética ou qualitativa que exijam um grau mais intenso de criatividade.

A norma parece-nos completamente infeliz e resta esperar que os tribunais continuem a seguir a sua orientação tradicional e não venham a adoptar com base nela uma interpretação restritiva quanto à protecção das bases de dados em Portugal, que seria por completo contrária ao princípio de interpretação do direito nacional conforme com o direito comunitário⁶⁷.

Retomando a jurisprudência nacional, embora esta siga, em geral, o tradicional critério subjectivo de originalidade, em que a protecção é concedida independentemente de considerações de mérito, algumas sentenças são menos clarividentes e nelas os julgadores deixam-se atrair por considerações de mérito que deveriam ser por completo irrelevantes para efeitos de originalidade e, portanto, de protecção.

Assim, se negou protecção a “uma simples memória descritiva, sem qualquer valor literário” (sentença do 12º Juízo de Lisboa), se censurou a falta de alegação pelo autor, numa acção fundada na violação de direitos de autor, de elementos tendentes “a possibilitar o apuramento do valor literário dos textos em causa “pois que nem tudo o que se escreve dispõe de tal valor” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Setembro de 1995). Também o tribunal foi particularmente exigente em matéria de obras fotográficas entendendo, erradamente, que para apreciar o carácter artístico da fotografia

⁶⁶ OEHEN MENDES, *Portugal: Legal Protection of Databases*, Computer und Recht International, (1/2001), que seguimos de perto no texto.

“ é imprescindível um juízo de valor para detectar a criatividade” (acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Outubro de 1992)⁶⁸.

Em matéria de títulos, a jurisprudência considera-os desprovidos de protecção quando são banais, ou designações genéricas, de uso comum, sem capacidade distintiva (assim, os títulos Primeira Página, Parabéns e Parabéns a Você, Telejornal, Rosa dos Ventos⁶⁹).

7. Passadas brevemente em revista as noções de originalidade que nos são apresentadas, é chegado o momento de tomar posição sobre este “conceito-quadro”. Naturalmente, insistimos, trata-se apenas de lhe definir os traços gerais, pois que será sempre em cada caso concreto que o julgador deverá apurar da originalidade, o que será sempre tarefa complexa nos casos fronteira.

7. 1. Cremos que hoje em dia não se pode continuar a insistir na marca da personalidade do autor, quando se protegem obras utilitárias em que essa personalidade está muito longe de se manifestar. É insistir numa expressão cujo conteúdo não corresponde à realidade. O conceito tem que ser **redefinido**.

Mas também é certo que na nossa lei, e nas demais leis de tradição continental, a obra está ancorada no conceito de “criação”⁷⁰. Logo o artigo 1º, nº1 do CDADC refere que se

⁶⁷ Assim, OEHEN MENDES, ob. cit. nota anterior.

⁶⁸ Sentenças e passagens referidas por REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Código Anotado* cit, anotação ao art 2º, p. 34

⁶⁹ Veja-se REBELLO, LUIZ FRANCISCO, ob. cit. nota anterior, anotação ao art. 4º, p. 42

⁷⁰ O conceito de obra constitui um problema essencial do Direito de Autor, porquanto este não protege os autores directamente, mas através das obras por eles criadas. A obra é o objecto imediato do Direito de Autor. Ou como diz LUIZ FRANCISCO REBELLO, a obra é “o objecto da relação jurídica subjacente ao Direito de Autor e que ele se destina a regular” (Introdução, p. 62).

Todavia, esta concentração no conceito de obra como figura central do Direito de Autor não está em contradição com o facto de a finalidade deste Direito ser a protecção dos autores. Objecto imediato do Direito de Autor é a obra, mas sendo a obra uma criação do autor, através da protecção da obra assegura-se a protecção dos autores, quer do ponto de vista pessoal, quer patrimonial. Portanto, como pano de fundo, sempre se encontra a figura do autor, o que justifica que em caso de dúvida de deve decidir em favor do autor (*in dubio pro auctore*). Este princípio vale quer nos conflitos de interesses entre os utilizadores e o autor, quer quando se trate de decidir se um determinado resultado intelectual é ou não susceptível de protecção pelo Direito de Autor.

É, portanto, redundante a afirmação contida na parte final do art. 1º, nº1, segundo a qual, na protecção da obra se inclui a protecção dos “direitos dos respectivos autores”.

A obra é uma “coisa incorpórea” (cfr. art 10º, nº1), objecto de direitos, mas estes só podem ter por sujeito uma pessoa. OLIVEIRA ASCENSÃO vai mesmo mais longe na crítica e observa que este acrescento é

risível. Como se a obra fosse tutelada por si, e não pela atribuição de direitos”(cfr. *Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 70; criticando também a redacção da norma por ser redundante, REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Introdução ao Direito de Autor*, cit., p. 62).

Do art. 1º, nº1 retira-se uma noção unitária de obra como sendo uma “criação intelectual, do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”. Embora a redacção não seja das melhores, o art. 1º, nº1, segue a noção tradicional de obra em Direito de Autor, que pressupõe a existência e exteriorização de uma criação do espírito .

O conceito de obra apresentado pelo nº1 do art. 1º é um conceito jurídico indeterminado, que postula o preenchimento e concretização em cada caso quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista factual (Cfr. FROMM/NORDEMANN, *Urheberrechtskommentar*, cit. §1, nº3, 60).

A partir desta noção podemos retirar quatro elementos que nos ajudam na concretização do conceito: em primeiro lugar há-de tratar-se de uma criação humana; em segundo lugar esta criação deve ser uma criação do espírito; em terceiro lugar, deve ter assumido uma forma de expressão, i.e, teve que ser de algum modo expressa; em quarto lugar deve ser subjectivamente imputável ao seu autor, dito de outro modo, a obra deve ser original. Apenas este último aspecto está em causa no nosso estudo, mas cremos ser oportuna uma breve referência aos restantes.

Da obra assim definida distingue-se claramente o suporte em que a obra se manifesta (o denominado *corpus mechanicum*), embora historicamente a distinção tenha demorado a fazer-se. Enquanto a obra é uma coisa incorpórea (cfr. art. 10º, nº1), objecto da protecção pelo Direito de Autor, o suporte é a sua representação material, sendo objecto de Direitos Reais. Isto, embora a distinção por vezes origine problemas complexos no caso particular das obras de arte plástica, sobretudo as realizadas em exemplar único, em que a obra se incorpora, se funde inevitavelmente no suporte, com o que se pode tornar bem mais difícil a delimitação e a efectivação dos direitos dos autores frente aos titulares dos direitos reais, *maxime*, os proprietários, do suporte (por exemplo no caso do direito de acesso, ou no caso do direito de sequência). O art. 10º, nº1, aliás, claramente afirma que o direito de autor sobre a obra é independente do direito de propriedade sobre o suporte.

OLIVEIRA ASCENSÃO sumariza num tríplice enunciado a independência entre o direito de autor e o suporte material.” Em princípio: - o direito de autor não depende da existência de suporte material; -o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor;- o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar” (*Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 63).

.Se a obra é uma **criação**, isto significa que tem que ser produto de uma actividade humana. O que, aliás, está em conexão com o facto de a finalidade do Direito de Autor ser, em ultimo termo a protecção do Autor, protecção que se atinge indirectamente através da protecção da obra.

Este requisito permite excluir da noção de obra as criações efectuadas apenas por máquinas, ou animais, os produtos do mero acaso, ou os chamados “objects trouvés”(ready-mades), sem mais. Mesmo que sejam apresentados como obras de arte, não sendo produto de uma actividade humana, não são susceptíveis de protecção pelo Direito de Autor.

Ficam, portanto, fora do conceito as formas da natureza, por mais artísticas que se apresentem, as danças ou pinturas feitas por animais, as formas esculturais moldadas pela neve ou pelo gelo, etc.

Especial referência merece a intervenção do aleatório na obtenção da obra. No caso de a criação ser obra do acaso, não poderá ser havida como obra susceptível de protecção, se e na medida em que não haja qualquer intervenção criadora por parte do autor. Ou seja, se é exclusivamente obra do acaso. Mas a hipótese provavelmente será excepcional. Em regra, o acaso estará ligado a uma intervenção por parte do autor, e nessa medida não estará excluída à partida a protecção como obra. “La part du hasard n’exclut pas en effef l’arbitraire du créateur”. Não apenas o autor pode influenciar o resultado pela sua participação pessoal, mas a álea ser parte do processo creativo. Tudo é uma questão de medida (cfr. LUCAS, A.; LUCAS, H.-J, ob. cit., p. 71).

Quanto às obras geradas por computadores, também vários problemas têm sido colocados. O computador permite automatizar o processo de criação e introduzir variáveis aleatórias, o que pode conduzir a que se duvide da existência de uma criação humana. Se a na medida em que as técnicas da inteligência artificial vierem a permitir a criação da obra exclusivamente pela máquina, naturalmente que não estaremos perante obras protegidas pelo direito de autor, porque não há autor. Em todos os casos, todavia em que é uma pessoa que está na origem da obra deverá poder ser protegida pelo direito de autor. LUCAS e LUCAS afirmam: “Tout au plus peut-on subordonner l’attribution du monopole d’auteur à la condition que cette

personne ait eu une “notion suffisante du resultat à atteindre”, quitte à entendre l’exigence de manière compréhensive pour les versions expressement revendiquées par elle (ob. cit., p, 71).

Uma vez que na definição da lei a obra pressupõe um acto criativo, em face do nosso direito constituído, não tem qualquer relevância a tese do suíço Kummer, a denominada “Präsentationslehre”, que tem, embora poucos, alguns adeptos na doutrina estrangeira. Para Kummer, ser uma criação humana não é pressuposto necessário para o surgimento de uma obra. Para que uma realização seja susceptível de protecção, além de ser individual, no sentido muito específico de unicidade estatística (statistische Einmaligkeit), basta que seja apresentada como obra. Por exemplo, salpicos de tinta numa parede, pedaços de alvenaria, uma raiz de formas bizarras lembrando uma bailarina encontrada no bosque. Todas elas, desde que apresentadas como obras de arte são, para Kummer, susceptíveis de protecção.

Também o alemão Schmieder, de forma independente de Kummer, mas com resultados análogos, começou por considerar que a obra não teria que partir de uma criação conscientemente planeada, bastando a escolha individual e a apresentação de um produto extra-pessoal, por ex, resultado do acaso, ou de uma máquina, desde que o autor reconhecesse este produto como obra (assim, em *Geistige Schöpfung als Auswhal und Bekenntnis*, UFITA, 52 (1969), p. 107ss). Todavia, o autor, mais tarde, vem a modificar a sua posição, clarificando que a simples escolha e apresentação sem modificações de algo encontrado não é susceptível de protecção pelo Direito de Autor (Cfr. em *Die persönliche Neugestaltung als allgemeines Kriterium urheberrechtlicher Schutzfähigkeit*)

A expressão “criação intelectual” não nos parece a melhor, pois pode sugerir que a obra do espírito se dirige exclusivamente à inteligência, o que seria um sentido demasiado restritivo. Preferíamos a expressão “criação do espírito”. Todavia, as duas expressões devem considerar-se equivalentes.

A exigência de que se trate de uma criação **intelectual**, significa que o espírito humano tem que encontrar expressão na obra, sejam pensamentos ou sentimentos, devem ser partilhados através da obra. O que exclui de protecção, por exemplo, as actividades puramente mecânicas, ou as brincadeiras irreflectidas.

O conteúdo intelectual exprime-se de forma diversa consoante o tipo de obra: assim, será utilizada a linguagem, nas obras literárias; os sons, nas obras musicais, as formas, cores e volumes, nas obras de arte plástica. Nas obras multimédia, haverá uma mistura de todos estes aspectos, sons aliados a imagem e palavras, uniformizados pela digitalização.

A criação literária, artística ou científica, a que alude o art 1º, pode assim exprimir-se por diversos modos: pela palavras, pelos sons, pelas imagens, fixas ou em movimento, pelos gestos, podendo estes aspectos aparecer separadamente ou combinados entre si. Na enumeração do art 2º encontram-se exemplos de todas estas modalidades. De qualquer modo, para efeitos de protecção, decorre do corpo do nº1 do art 2º que é completamente irrelevante a divisão das obras por géneros ou formas de expressão.

A obra só é susceptível de protecção quando encontra expressão numa forma, no sentido de só é susceptível de protecção quando sai do mundo interno, imaterial, do seu autor e se torna perceptível pelos sentidos humanos. Dito de outro modo, quando se **exterioriza**, se manifesta de algum modo.

Todavia, esta manifestação, esta exteriorização pode realizar-se de múltiplos modos. Em regra, não é necessário, que haja uma fixação. Apenas é necessária uma fixação de forma escrita ou de outra forma, excepcionalmente, no caso de obras coreográficas e pantominas (art.2º, nº1, al d)).

Salvo quanto à excepção apontada, Portugal insere-se quanto a este ponto na tradição continental do direito de autor. Pelo contrário, nos Países de Copyright, a fixação é pressuposto da protecção.

OLIVEIRA ASCENSÃO, pertinentemente aponta, no entanto, que há obras que, independentemente da lei, “por natureza estão dependentes de uma fixação”, exemplificando com o caso das obras cinematográficas, da obra fonográfica, da obra fotográfica (embora esta não esteja dependente do negativo), da obra radiofónica, da obra televisiva e da obra videográfica e ainda com a generalidade das obras de arte plástica ” (*Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., p. 63).

A obra pode ser acessível aos sentidos humanos de forma directa ou indirecta, *i.e.*, através de meios técnicos.

Também não é necessário que a obra esteja completamente acabada, são susceptíveis de protecção os estádios intermédios, nomeadamente os esboços, os fragmentos, as obras inacabadas.

Quanto à formulação do art 1º, nº1, não é das melhores. Seria melhor afirmar-se que a obra é a **exteriorização de uma criação do espírito**, do que afirmar que se trata de uma criação intelectual por qualquer modo exteriorizada. Tal como está formulada, a exteriorização parece ser algo de extrínseco para efeitos de tutela, quando é certo que é com a exteriorização que nasce o direito de autor. Não existem direitos de autor enquanto a obra apenas está no pensamento, no íntimo do autor (Para críticas semelhantes

são obras as “criações intelectuais do domínio literário, artístico ou científico” e a expressão “criações intelectuais” é repetida no art. 2º. CDADC. Não pode, pois, valer no nosso direito, a teoria da “sweat of the brow”.

Para haver criação, a obra tem que resultar do autor, mas mais do que isso, distinguir-se do banal, do rotineiro.

A originalidade é o critério central da noção de obra. Trata-se de **um conceito de imputação subjectivo**. Apenas quando a obra satisfaz o requisito da originalidade podemos dizer **que a obra emana de um determinado autor**. Portanto, há que constatar que **a originalidade não é mais do que um conceito de imputação subjectiva da obra**. É o que nos permite dizer que a obra é daquele autor e não de outro. E não mais do que isso.

Dito de outro modo, a originalidade já não é a marca da personalidade do autor, mas o resultado de uma actividade criativa do autor. Como afirma Concepción Saiz Garcia: “La actividad creativa, en cualquier caso, no és otra que aquélla que determina la separación de lo banal y diário de la obra protegida propriamente dicha”⁷¹.

Apenas neste sentido, a obra deve ser expressão individual do seu criador. Essa expressão individual pode assumir graus diversos. Pode ser tão forte que a obra se apresente com a marca da personalidade do autor. Mas tal não é exigido para efeitos de protecção. Também a “calderilha”, é susceptível de protecção pelo Direito de Autor, e nela a originalidade é mínima.

Neste sentido, a originalidade permite-nos distinguir a obra protegida pelo Direito de Autor, da multidão de realizações diárias, do banal, dos produtos que se enquadram no âmbito do usual, que ficam fora de protecção porque não se pode dizer que tiveram origem no autor.

Por aqui se distingue, por exemplo, um romance, de uma carta banal, ou o objecto artístico, da mercadoria ordinária. Não seria justificado conceder direitos, designadamente de exclusivo, para realizações que são apenas concretização de ideias comuns, banais. Não se pode dizer que tenham origem no autor.

à formulação da norma vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 70; REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Introdução ao Direito de Autor*, cit., p.62).

⁷¹ Ob. cit., p. 121.

Daí também a exclusão das actividades puramente mecânicas, ou seja do produtos puramente manuais ou rotineiros, ou resultantes de mera aplicação de uma técnica ou método, pois não trazem a individualidade do autor, por isso não lhe podem ser imputáveis. Naturalmente que o autor aplica técnicas, métodos, regras de saber fazer, mas acrescenta-lhes algo de seu e nisso reside a originalidade.

Se a forma é imposta pela função ou finalidade da obra não se pode falar em originalidade. É sempre necessária a existência de um espaço em branco (Spielraum) em que a individualidade do autor se possa manifestar. Sempre que a forma, a expressão é imposta pela realidade, é a via única de manifestar a ideia, não se poderá falar em originalidade e, portanto, em obra susceptível de protecção pelo Direito de Autor⁷².

A originalidade nada tem que ver com mérito, não significa qualquer juízo de valor qualitativo. Mesmo o mau, ou o *kitsch* pode ser uma criação do autor. A obra até pode ser o resultado de técnicas, regras ou métodos mal aprendidos.

7.2. A originalidade tanto pode surgir da concepção da obra como da sua execução. É sempre cada obra concreta que está em causa e deve ser apreciada tendo em conta o momento em que a obra é criada.

Uma referência especial merece, contudo, o conceito de originalidade no caso das obras de arte plástica. Segundo a noção tradicional de originalidade aplicada às obras de arte plástica, a originalidade traduz-se na marca na obra da personalidade do autor na composição e na expressão e pressupõe uma execução pessoal ou, pelo menos, um controlo da execução pelo autor. Como afirma Nadia Walravens, esta aproximação serve para as obras de arte figurativa, mas não para certas formas de arte contemporânea, actualmente reconhecidas, em que a despersonalização e a intervenção do aleatório e a anti-arte põem em causa a obra, tal como definida pelo processo criativo tradicional (pense-se na arte conceptual, nos ready-mades, nas pinturas monocromáticas). Segundo a

⁷² Kummer tem uma noção diversa de individualidade/originalidade, que não acolhemos. Para Kummer individualidade significa antes qualidade única (unicidade) do ponto de vista estatístico. Individualidade existe quando com grande probabilidade ninguém mais conseguiria obter uma obra idêntica (para uma

autora, haverá que repensar a noção e afastar exigência de execução pessoal, sob pena de estas formas de arte ficarem fora do direito de autor, quando é certo que são reconhecidas como arte pelo mercado. Embora se mantenha adépta de uma noção subjectiva de originalidade, a autora considera que se deverá fazer uma nova interpretação do conceito de marca pessoal do artista na obra. Mesmo nas pinturas monocromáticas ou nos *ready-mades*, a personalidade do autor não estará menos presente, mas deverá ser procurada na fase de pré-concepção da obra, não na execução. O direito deveria então reconhecer, com a ajuda de peritos do mundo da arte, que a escolha de um objecto, por exemplo, no caso dos *ready-mades*, ou a pré-concepção de uma obra, podem traduzir a personalidade do autor e satisfazer o requisito da originalidade. A marca da personalidade do autor que anteriormente apenas transparecia no objecto material, pode hoje manifestar-se no processo puramente mental da criação. Em último termo encontra-se também na obra, mas de forma menos perceptível ao espectador, menos directa, embora não menos presente. O que requer um papel mais activo da sua parte na descoberta da função artística da obra. Daí o papel que a autora dá aos peritos para auxiliarem o julgador na descoberta da originalidade nestes casos⁷³.

Pela nossa parte, não vamos tão longe quanto esta autora. Embora reconhecendo que em muitos casos de arte contemporânea há que dar maior valor à fase da concepção do que à execução para apurar a originalidade da obra, há situações extremas em que, por muita intencionalidade artística que esteja presente, não estamos em face de uma obra susceptível de protecção em face do direito de autor vigente. É o caso dos *ready-mades*, apresentados sem mais, é ainda o caso das situações extremas de arte conceptual em que apenas se pretendem transaccionar ideias. A protecção só pode surgir quando, apesar de tudo, ainda estejamos perante a exteriorização de criação humana. Esses são os mínimos de que não se pode prescindir.

7.3. É discutível se o grau de originalidade exigível deve ou não ser o mesmo para todos os tipos de obras.

crítica a esta posição, vide por todos, Loewenheim, Schricker Kommentar, § 2, nº31, p. 64; numa posição favorável, Staub, *Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts*, GRUR Int, 1/2001, pp1-8).

⁷³ cfr. Nadia Walravens, *La notion d'originalité et les oeuvres d'art contemporaines*, 181 RIDA, Julho 1999, pp. 97-167.

Quanto aos programas de computador, bases de dados, e fotografias, é o Direito Comunitário a exigir que não se imponha um elevado grau de originalidade e, portanto, a incluir na protecção as *Kleine Münze*, como vimos acima.

A questão é particularmente pertinente no caso das obras de arte aplicada (sendo certo que a própria fronteira entre a arte dita “pura” e a arte aplicada está longe de ser pacífica). Nestas, tem entendido a doutrina e a jurisprudência que se deve exigir um maior grau de originalidade como fronteira mínima de protecção, para delimitação da protecção que lhes é atribuída por força do direito industrial, como modelos e desenhos. Não se protegem as *Kleine Münze*⁷⁴.

Todavia, cremos ser de rejeitar esta posição em face da redefinição do conceito de originalidade proposto. Deve valer um conceito único de originalidade, identificado com criação intelectual, ou criação do espírito, independente, no sentido acima exposto. Uma noção de originalidade de “geometria variável”⁷⁵, que subordina a obra a graus de originalidade diversos consoante o tipo de obra em causa, parece-nos de rejeitar. Não seria mais do que constatar a impossibilidade de uma noção unitária de originalidade, o que, por tudo o exposto, não nos parece ser de aceitar.

Contudo, confessamos que se nos depara um problema. Somos sensíveis ao facto de as obras de artes aplicadas, as obras de *design*, poderem ter uma protecção cumulativa com a protecção decorrente do direito industrial para os modelos e desenhos industriais. E os requisitos de protecção pelo direito industrial são apenas a novidade objectiva e o carácter singular. Assim o refere a Directiva 98/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos⁷⁶, ainda não transposta para o nosso ordenamento, e o Regulamento (CE) nº 6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos comunitários⁷⁷(cfr. art. 3º da Directiva; art. 4º do Regulamento).

O desenho ou modelo será considerado novo se nenhum desenho ou modelo idêntico tiver sido divulgado ao público antes da data do pedido do registo ou, se for reivindicada uma prioridade, antes da data de prioridade. Consideram-se idênticos os desenhos e

⁷⁴ Cfr. LOEWENHEIM/SCHICKER *Kommentar* cit, anotação ao § 2. OHEN MENDES, *Obra literária e Artística- Fronteiras*, cit., p. 166.

⁷⁵ Cfr. LUCAS, A.; LUCAS H.-J, ob. cit., p 101 ss.

⁷⁶ JO L 289, de 28.10.1998, pp. 0028-0035.

modelos iguais cujas características específicas apenas difiram em pormenores sem importância (art. 4º da Directiva; art 5º do Regulamento); considera-se singular o desenho ou modelo se a impressão global que suscita no utilizador informado diferir da impressão global suscitada por qualquer desenho ou modelo divulgado ao público antes da data do pedido de registo ou, se for reivindicada uma prioridade, antes da data de prioridade. Na apreciação do carácter singular é tomado em consideração o grau de liberdade do criador na realização do modelo ou desenho (art. 5º da Directiva; art. 6º do Regulamento).

É deixada completa liberdade aos Estados-membros para definir os requisitos da protecção cumulativa com o direito de autor, incluindo o grau de originalidade exigido (art. 17º da Directiva; art. 96º do Regulamento).

Ou seja, o próprio legislador comunitário não quis interferir nesta delicada questão em matéria de direito de autor, por estar consciente da complexidade da matéria.

Todavia, apesar de nos reservarmos o direito de futuramente vir a modificar a nossa posição, por ora estamos convencidos que a solução passa, não pelo conceito de originalidade, mas sim pelo próprio conceito de obra artística. A obra de arte aplicada, antes de ser original, deve ser de incluir no género “obras artísticas”. E estas, para o serem, pressupõem que seja criada no espectador uma qualquer emoção estética, seja de agrado, ou de desagrado. Repare-se que isto nada tem que ver com mérito. Seguindo neste ponto Schricker⁷⁸, propomos que a questão seja deslocada do nível da altura criativa (Gestaltungshöhe) para a questão de saber se, antes disso, a obra se pode considerar uma obra artística. cremos ser uma solução razoável. Só os objectos utilitários ou de *design* que despertem algum tipo de emoção estética, qualquer que seja, devem merecer protecção pelo direito de autor, porque só então são obras artísticas.

7.4. De acordo com a posição defendida, originalidade nada tem que ver com novidade, em sentido objectivo.

Alguns autores põe em causa o critério de originalidade subjectivo exposto (originalidade= resultado pessoal de uma actividade criativa) argumentando que conduz a consequências insatisfatórias, entre as quais a protecção da dupla criação, o nascimento

⁷⁷ JO L 003, de 5.1.2002, pp. 0001-0024

de direitos de autor sobre obras caídas no domínio público e a reabertura de prazos de protecção em caso de repetição de uma obra pelo mesmo autor.

Assim, por exemplo, Bercovitz Rodriguez-Cano, considera que a originalidade a que se refere o art .10 TRLPI implica a exigência de novidade em sentido objectivo⁷⁹. Este requisito, contudo, em geral, não é entendido no sentido mais restrito com que a novidade é entendida no direito industrial, a propósito das patentes e modelos, mas traduz-se no facto de não haver identidade da obra com outras pré-existentes, tanto fazendo que estas últimas integrem o domínio público ou ainda estejam protegidas pelo direito de autor⁸⁰. Portanto, à luz desta ideia, criar é fazer nascer algo que anteriormente não existia.

No mesmo sentido de defesa de uma novidade em sentido objectivo se pronunciam na doutrina espanhola entre outros, Vega Vega⁸¹, Peña y Bernaldo de Quiros⁸², Ruiz-Rico Ruiz-Morón⁸³ e Valbuena Gutiérrez⁸⁴. Também parte da jurisprudência espanhola adere a esta concepção, tal como vimos acontecer em França⁸⁵.

Em Itália, Greco e Vercelone, consideram a originalidade e a criação sinónimos de novidade objectiva⁸⁶.

Todavia, nos parece que esta seja a posição acolhida quer na nossa lei, quer na lei espanhola, quer ainda nas demais leis de direitos de autor estudadas. Antes pelo contrário, na medida em que os legisladores expressamente reconhecem o carácter de obra susceptível de protecção às obras derivadas.

Não interessa novidade objectiva da obra para efeitos de protecção. O Direito de Autor não protege os resultados novos, mas sim as criações individuais. Portanto, a novidade não é requisito de protecção.

⁷⁸ *Hunderet Jahre Urheberrechtsentwicklung*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland*, BEIER e outros (coord) Vol II, Weinheim, 1991, p. 1105 ss.

⁷⁹ Comentário cit., pp 159-164.

⁸⁰ Cfr. autores referidos por SAIZ GARCIA, CONCEPCIÓN, ob. cit., p. 134, nota 129.

⁸¹ VEGA VEGA, J. A., *Derecho de Autor*, Madrid, 1990, p. 98

⁸² PEÑA y BERNALDO de QUIROS, in ALBALADEJO (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol 2º, Madrid, 1985, comentários aos arts. 428 e 429, pp. 756-757.

⁸³ RUIZ.RICO e RUIZ-MORÓN, in ALBALADEJO e ALABART (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol 4º-B, Madrid, 1995, comentários ao art. 108, pp. 420-421.

⁸⁴ VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, 2000, pp. 279-325.

⁸⁵ Sobre esta jurisprudência, VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A, ob. cit., em especial pp.286-287.

Pelo contrário, é requisito de protecção, a novidade subjectiva, ou seja a novidade, do ponto de vista do autor. Isto significa que a criação deve ser nova apenas no sentido de que não deve ser cópia ou plágio de outra obra anteriormente existente. De outro modo não existirá criação individual e, portanto, faltarão o requisito da originalidade, enquanto critério de imputação da obra ao autor. Quem, com conhecimento do que faz, simplesmente repete o que outro já afirmou, escreveu, pintou ou esculpiu não realiza uma criação, mas apenas reproduz algo que já foi criado. Estamos, inclusive, perante a cópia ilícita ou o plágio, se a obra anterior estiver protegida pelo direito de autor.

Mas ao afastar o conceito de novidade objectiva fica aberta a possibilidade para haver a chamada criação dupla. Quando um autor, por exemplo, sem conhecimento da obra de outro, chega a uma obra em tudo idêntica. Neste caso a segunda obra embora não seja nova em sentido objectivo, é nova em sentido subjectivo, e como tal, susceptível de protecção pelo Direito de Autor, não representando qualquer violação dos direitos do primeiro autor.

Ente nós, na linha de outros autores, Oliveira Ascensão, embora partindo de uma concepção subjectiva clássica, opta pelo conceito de novidade em sentido objectivo para evitar a protecção da segunda obra no caso de criações duplas fortuitas (Doppelschöpfung).

Segundo o autor, em primeiro lugar “parece ser de negar a própria figura da coincidência fortuita na criação”, considerando que “a problemática das coincidências fortuitas na criação é um outro aspecto da banalização do Direito de Autor”, uma vez que é só em relação “a obras cujo contributo criativo orça pelo zero que esses encontros se podem

⁸⁶ GRECO, P.; VERCELONE, P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI (dir.) *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, Tomo III, Vol 11°, Turim, 1974, pp. 45-52.

imaginar. Duas composições musicais, de autores diferentes mas igualmente feitas a metro para apresentação numa revista poderão então coincidir, mesmo que parcialmente. Dois lemas publicitários podem justapor-se. Mas então justamente não há originalidade subjectiva. Quer dizer, não há obra⁸⁷. Em segundo lugar, afirma que, a haver verdadeiras coincidências, não basta o contributo criativo, é ainda necessária a novidade do resultado. Ou seja, “embora tenha havido dois actos de criação, o segundo não acrescentou nenhuma obra ao mundo da cultura, porque aquela obra já existia” (...) Observamos em todo o caso que a protecção não poderia deixar de recair sobre a obra em primeiro lugar criada (...) Concluimos assim que parece de negar haver coincidências de criação. Se as houver, há que afirmar que a obra literária representa, não só uma criação subjectiva, mas objectiva também. A novidade (objectiva) seria em qualquer caso característica da obra literária ou artística; a prioridade na criação nada acrescenta à obra mas seria requisito para a atribuição da tutela por parte da ordem jurídica”⁸⁸.

Não concordamos com o autor. Quanto ao primeiro aspecto, porque afirmamos já que hoje o conceito de originalidade tem que ser redefinido à luz da evolução do direito de autor, pelo que **para que seja original, basta que a obra tenha origem no autor, ou seja, que não seja meramente banal ou resultado necessário de uma técnica ou método, ou ainda de uma actividade puramente mecânica**. Entendemos a originalidade de uma forma muito semelhante ao entendimento do Supremo Tribunal Americano, no caso Feist.

Isto implica que possa haver criações duplas e não apenas em exemplos meramente académicos. A coincidência fortuita será altamente improvável nas obras de maior

⁸⁷ *Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., pp. 101-102.

complexidade, como obras cinematográficas, pinturas, esculturas, obras de literatura, etc. Mas quando se trata de obras derivadas, compilações e, em geral, obras em que embora existindo “Spielraum”, a margem de liberdade criativa está muito limitada por depender da função utilitária que as obras em causa cumprem, então existe a possibilidade da coincidência fortuita e, portanto, da criação dupla (Doppelschöpfung). O mesmo se diga quando estamos a analisar já não obras como um todo, mas de coincidência de partes ou elementos de uma obra⁸⁹, elementos esses cada vez mais susceptíveis de percepção graças ao fenómeno da digitalização.

Naturalmente que havendo coincidência de obras, ou partes de obras, o autor que se considere lesado nos seus direitos alegará e tentará provar o plágio. E a prova desenvolve-se a partir de indícios, entre os quais é determinante o acesso à obra supostamente plagiada. Esta prova é facilitada quando tal obra foi objecto de divulgação, e, portanto, a falta de novidade em termos objectivos actua a este nível probatório. Mas fica-se por aqui.

Se as coincidências, em relação a aspectos originais e, portanto, susceptíveis de protecção pelo direito de autor, se dão tendo os autores criado independentemente um do outro, ambas as obras são susceptíveis de protecção. Só não receberá tutela a segunda obra quando haja sido cópia, plágio, ou transformação não autorizada da obra pré-existente.

Como afirma Bondia Roman, o autor de uma obra intelectual não tem o monopólio daquilo que produziu no mesmo sentido em que o tem o inventor. Se outro autor chega a

⁸⁸ *Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., pp. 102-103. No sentido de apenas considerar susceptível de protecção a primeira obra, veja-se também GRECO e VERCELONE, ob. cit. pp 46-49.

⁸⁹ No mesmo sentido, SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN, ob. cit., p 138; BERCOVITZ RODRUGUEZ.CANO, ob. cit.p. 161.

uma obra idêntica à primeira, mas de forma independente, o primeiro autor não pode pretender excluí-lo do mercado⁹⁰.

O mesmo raciocínio se aplica às obras já caídas no domínio público. Não se trata de reabrir novos prazos de protecção, mas de dar protecção a uma eventual criação independente, total ou parcialmente coincidente com outra já caída no domínio público, mas apenas e só na medida em que se trata de uma criação do segundo autor. Não vemos porquê negar protecção a esta segunda criação.

Note-se, contudo, que a criação não tem que ser totalmente nova, mesmo do ponto de vista subjectivo, sob pena de só serem protegidas poucas obras de grandes mestres que representassem uma revolução da forma de expressão ou sentido. A criação, constrói-se a partir de um fundo cultural onde vai buscar as suas fontes. Cada obra é o resultado de uma combinação de elementos comuns de livre utilização.

7.5. Em conclusão, podemos dizer, como Concepción Saiz Garcia⁹¹, que a originalidade de uma obra, em sentido subjectivo, deve ser a consequência lógica do carácter criativo que reveste a actividade desenvolvida na elaboração da obra. **Basta que alguém desenvolva uma actividade criativa independente, ou seja, que intervenha com a sua imaginação no processo lógico de realização da obra, para que a obra seja original, uma vez que o resultado obtido é necessariamente pessoal, individualizado.**

⁹⁰ BONDÍA ROMÁN, F., Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información, Madrid, 1988, p. 198; no mesmo sentido, entre outros, DESBOIS, *Le Droit d'Auteur en France*, 3ª ed., 1978, pp. 149-151.

⁹¹ Ob. cit., pp.,. 125-126.