

**Universidade Católica Portuguesa**

**Escola de Direito do Porto**



**A Preto e Branco: Aspetos Jurídicos da Obra Fotográfica  
e do Respetivo Suporte**

Maria de Fátima Abreu Ferreira

Porto, 2016



**Universidade Católica Portuguesa**

**Escola de Direito do Porto**



**A Preto e Branco: Aspetos Jurídicos da Obra Fotográfica  
e do Respetivo Suporte**

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção  
do grau de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Por Maria de Fátima Abreu Ferreira

Sob a orientação do Mestre Nuno Sousa e Silva

Porto, 2016

*Não há nada pior do que a imagem  
nítida de um conceito difuso*

*Ansel Adams*

*Para a minha fotografia*

*e avó Elvira\**

## **Agradecimentos**

Agradeço vivamente a valorosa disponibilidade do meu orientador Prof. Nuno Sousa e Silva, cuja orientação e dedicação se revelaram fulcrais no desenvolvimento da minha investigação.

Do mesmo modo, agradeço aos demais Professores desta Universidade, que individualmente, contribuíram para a minha formação enquanto jurista.

Aos meus colegas de mestrado, em especial aos queridos Srs. Drs. Inês Regalado, João Santiago, Marta Meireles e Nicole Moreira, sem os quais este caminho teria sido longo e solitário. Sem esquecer porém os meus colegas e amigos, que entraram comigo na faculdade em 2009, uma palavra de apreço, e um sentimento de saudade que vai ficando por todos os momentos que vivemos nesta jornada.

A meus pais e irmã, que me alegram todos os dias, e a quem devo a força das minhas escolhas, obrigada.

## Nota Prévia

As citações de obras desta dissertação estão de acordo com o sistema Harvard. Este sistema é o termo genérico para designar os estilos que definem as citações em texto como autor-data (ex. Ascensão, 2008), tratando-se de um método mais imediato e sucinto para identificar o trabalho de um autor.

O estilo bibliográfico aqui utilizado, e que segue este modelo de citação é o APA – American Psychological Association.

Deste modo, as referências bibliográficas completas encontram-se disponíveis para consulta na Bibliografia Citada.

Entenda-se também que na ausência de indicação legal aquando da referência de um artigo, corresponde ao Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

## Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art(s). – Artigo(s)

CC – Código Civil

CT – Código do Trabalho

CDADC – Código de Direitos de Autor e de Direitos Conexos

CDPA - Copyright Designs and Patents Act

CB – Convenção de Berna

OGH – Oberster Gerichtshof – Supremo Tribunal Justiça Austríaco

OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual

PCC – Patents County Court

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça (União Europeia)

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

UE – União Europeia

VARA – Visual Arts Rights Act

## Índice

|   |    |
|---|----|
| Introdução .....  | 10 |
| PARTE I.....  | 12 |
| 1. O conceito de originalidade .....  | 12 |
| 1.1.Evolução do conceito de originalidade no plano comunitário quanto às obras<br>fotográficas.....   | 15 |
| 1.2 A proteção <i>jus auctoral</i> – conceção do ordenamento jurídico português .....   | 19 |
| PARTE II .....  | 25 |
| 1. Os direitos morais do fotógrafo enquanto criador intelectual.....  | 25 |
| 2. Aspetos patrimoniais da obra fotográfica .....   | 29 |
| 3. Delimitação de situações de conflito .....   | 34 |
| 3.1 Paralelismo de aspectos jurídicos do contrato de encomenda e as criações no âmbito do<br>contrato de trabalho/cumprimento do dever funcional – regime geral ..... | 35 |
| 3.2 Da titularidade e da alienação do suporte fotográfico - paradigma de conflitos .....  | 41 |
| Conclusões .....  | 47 |
| Jurisprudência Citada.....  | 51 |
| Legislação Citada.....  | 52 |
| Bibliografia Citada.....  | 54 |

## Introdução

A fotografia enquanto arte criativa e processo estético suscita alguns esclarecimentos no plano do Direito de Autor.

Os difíceis contornos do conceito de originalidade, no seguimento da evolução dos textos legislativos europeus e dos sistemas de *copyright* e *droit d'auteur*, revelam uma considerável dificuldade em distinguir as obras que são protegidas das restantes. Sendo que proteção legal das obras intelectuais depende da sua valoração enquanto originais, focar-nos-emos primeiramente no alcance deste conceito a nível internacional e a sua transposição para o ordenamento jurídico português.

Por outro lado, importa também neste seguimento uma abordagem expositiva acerca da amplitude do conteúdo do direito de autor na legislação portuguesa. Falamos aqui dos direitos morais inerentes à obra, e da forma como se configuram nas vicissitudes dos direitos patrimoniais.

Veremos que a obra fotográfica tem por detrás o seu *corpus mechanicum*, cuja alienação se processa de modo diferente das outras obras intelectuais, logrando esclarecer a vertente económica do mesmo. A alienação do negativo, hoje ficheiro digital, nos termos do art. 166.º do Código de Direito de Autor e de Direitos Conexos, implicará a transmissão total do direito de autor adjacente? Nos contratos por encomenda, poderá o criador intelectual reter para si a película fotográfica?

Outrossim a proteção do autor enquanto criador intelectual, está no seu reconhecimento, na sua identificação enquanto criador. O legislador português, de acordo com o disposto no art. 167.º CDADC consagra como obrigatória a identificação do fotógrafo nos exemplares da obra, como condição para reprimir como abusiva a reprodução irregular de fotografias. Mas em que sentido provará o autor a má fé, tendo em conta a existência de mecanismos adventos do avanço tecnológico, que conseguem remover a identificação do autor?

Parece que a proteção da obra fotográfica no CDADC, pode ainda estar pensada para o formato analógico, o negativo. Estas, e outras questões que se levantam perante a parca resposta da lei autoral acerca da fotografia, e do seu conteúdo patrimonial enquanto monopólio gerador da contrapartida pela criação - são o objeto desta dissertação.

## PARTE I

### 1. O conceito de originalidade

*A protecção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a actividade não criativa. ( ... ) o Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação.*

Oliveira de Ascensão<sup>1</sup>

O Direito de Autor protege uma dada expressão. Todo o ser humano, enquanto ser racional e criativo tem acesso a direitos de autor. Isto é, todos nós a dada altura criamos algo, um desenho, uma pintura, um texto, uma fotografia... Todos somos Autores. Mas, nem tudo o que criamos, enquanto expressão e experiência comunicativa, é considerada obra dotada de originalidade, por conseguinte, obra protegida pelos Direitos de Autor.

Revela-se porquanto essencial, entendermos, que uma obra para ser protegida pelos Direitos de Autor terá de ser dotada do requisito da originalidade. Todavia, este critério e conceito, é de difícil delimitação, dividindo posições nos ordenamentos jurídicos europeus, que “opera como linha de fronteira, separando as obras susceptíveis de protecção das que ficam fora do objecto do direito de Autor”<sup>2</sup>, como adiante se verá.

Nas palavras de CASAS VALLÉS, o termo ‘original’ “é usado para identificar tanto o que é antigo como o que é novo: o que existe no começo e no fim”, e mais do que no contexto linguístico, “o conceito de originalidade é uma questão de política, relacionada com diferentes tradições e contextos legais”<sup>3</sup>.

Para efeitos de protecção de obras, o grau de originalidade, difere nos diferentes ordenamentos jurídicos, havendo uma *summa divisio* expressiva entre o sistema de *copyright* e de *droit d’auteur*. De uma banda, temos o sistema de *copyright*, cujo postulado

---

<sup>1</sup> (Ascensão, 2008, p. 89).

<sup>2</sup> (Rocha, 2008, p. 733).

<sup>3</sup> (Vallés, 2009, p. 102).

‘*what is worth copying is prima facie worth protecting*’<sup>4</sup> surgiu como um direito que tem por fim impedir a cópia, ou seja a reprodução, regendo-se por padrões de originalidade vocacionados para o investimento, perícia e trabalho (*skill and labour*) do seu autor.<sup>5</sup> Doutra banda, temos o sistema continental ou *droit d’auteur*, onde o ordenamento jurídico português se insere, que protege o autor, e a sua criação, numa perspetiva humanista e intelectual, porquanto com padrões mais exigentes<sup>6</sup>.

De acordo com a tradição do sistema *droit d’auteur*, o trabalho é o resultado da capacidade e expressividade do ser humano, nas palavras de G. SCHRICKER “uma forma qualificada de comunicação humana”<sup>7</sup>. A obra é reflexo do seu autor, e, por isso mesmo o legitima enquanto exclusivo titular dos direitos inerentes à mesma, especialmente os direitos morais. Por seu turno, a lógica da proteção do investimento está associada ao sistema de *copyright*, que surgiu no Reino Unido como o “direito a controlar a cópia”. O *copyright* enfatiza a vertente económica, e a exploração patrimonial das obras através do direito de reprodução tendo o autor um papel diminuto enquanto criador.

O controlo da cópia *per se*, de uma forma mais funcional contribuiu para um novo paradigma de proteção das obras literárias, dos seus criadores, e direitos económicos inerentes<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup>Abrangendo os países da *Common Law*, Anglo-Saxónicos como o Reino Unido, E.U.A., Canadá, Austrália etc.

<sup>5</sup> Sobre as diferenças entre os sistemas veja-se ainda: (Akester, 2004, p. 30ss) e (Burrell & Hudson, 2013, pp. 217-231).

<sup>6</sup> Este sistema ideológico subdivide-se ainda na conceção monista e na conceção dualista. Na conceção monista o Direito de Autor é uno, não há uma distinção entre direitos morais e patrimoniais; em termos de duração, ambos cessam simultaneamente. Na conceção dualista, na qual se insere a França, Itália e Portugal, distingue-se o alcance dos direitos morais e dos direitos económicos. Dessa forma, os direitos morais são *ad eternum* e intransmissíveis – como veremos adiante, e os direitos económicos têm os seus limites estabelecidos na lei, sendo transmissíveis. Sobre este ponto veja-se melhor (Leitão, 2011, p. 43ss).

<sup>7</sup> (Schriker, 1987, p. 53).

<sup>8</sup>“O *Copyright Act 1709* ou *Statute of Anne* foi o primeiro decreto que reconheceu o direito de proteger a cópia, que hoje temos como *Copyright*. Este diploma reconheceu os autores como legítimos detentores das suas obras e, paralelamente, estabeleceu os seus limites, retirando-se o monopólio de edição que até então existia sobre as obras literárias conferido à «*Stationer’s Company*» desde 1556, (...) que juntava todos os livreiros, ilustradores e encadernadores de Londres.” (Alves, 2014, p. 19).

Verdadeiramente vanguardista, comparativamente a anteriores ideologias, nas quais as obras escritas, bem como a difusão dos livros eram entendidos como ‘coisa pública’, e a criação se estabelecia de forma hierarquizada, por patrocínio dos monarcas e aristocratas, o Estatuto reconheceu os autores das obras como principais beneficiários da lei, e a duração desses mesmos direitos. Posteriormente, outros países como a Dinamarca, os Estados Unidos e a França, decretaram leis semelhantes. (Drummond, 2015, p. 611 ss).

O contributo do *copyright*, em conjunto com as elevadas considerações sobre as obras no *droit d'auteur*, conduziu posteriormente à necessidade da uniformização de algumas questões, tais como a proteção de obras literárias e artísticas estrangeiras, nascendo assim a Convenção de Berna em 1886<sup>9</sup>.

A CB visou proteger autores oriundos de outros países, de forma a igualar os seus direitos em relação aos autores locais; não mais seria permitida daqui em diante, a reprodução livre de uma obra somente por ser estrangeira. Trata-se assim do primeiro grande acordo em matéria de direitos de autor, que mais tarde mereceu a adesão de países não europeus<sup>10</sup>. Deste modo, tal como consagra o artigo 1.º da CB “Os países aos quais se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos de autor sobre as suas obras literárias e artísticas”.

Não obstante o auxílio da CB, algumas Diretivas da UE de direitos de autor vieram trazer novos contributos, mas nenhuma prevê, um conceito uno de originalidade entre os Estados-Membros relativamente a todas as obras intelectuais<sup>11</sup>. A divergência de requisitos para qualificar um padrão de originalidade, na verdade, constitui uma verdadeira barreira a um entendimento uniforme deste conceito entre autores e legislações nacionais dos diversos Estados-Membros. Nas palavras de SOFIA PAIS “As ambiguidades e inconsistências das doutrinas (...) dificultam o papel do legislador e dos tribunais na conformação do regime jurídicos dos direitos de propriedade intelectual<sup>12</sup>.”

Como refere CASAS VALLÉS, “Existem várias diretivas de direitos de autor, mas nenhuma delas prevê um conceito de obra comum a todos os países. O direito de autor europeu ainda em estado mutável pode ser apresentado como uma tapeçaria inacabada

---

<sup>9</sup> Atualmente administrada pela OMPI. Sobre a CB veja-se melhor: (Akester, 2004, pp. 42-46) e (Ascensão, 2008, pp. 36-41).

<sup>10</sup>Em Portugal, encontra-se em vigor desde 12 de Janeiro de 1979. O Reino Unido, assinou a Convenção em 1887 mas não implementou a maior parte das disposições. Os EUA, por sua vez, inicialmente denegou a Convenção, porque tal implicaria uma alteração significativa das suas leis de direitos de autor. A adesão apenas aconteceu em 1988 pelo Reino Unido, e em 1989 pelos EUA (Ascensão, 2008, p. 37). Veja-se ainda (Silva, 2013, p. 1346) e (Goldstein & Hugenholtz, 2013, pp. 37,38).

<sup>11</sup> Referidas no ponto seguinte.

<sup>12</sup>Sobre as divergências filosófico doutrinárias relativamente à qualificação jurídica dos direitos de propriedade intelectual veja-se melhor (Pais, 2011, pp. 35-60). e (Burrell & Hudson, 2013, pp. 217-231)

mostrando algo semelhante aos antigos mapas do Sacro Império Romano: alguns enclaves de natureza (...), e largos espaços vazios, sendo um deles a originalidade”<sup>13</sup>.

### 1.1 Evolução do conceito de originalidade no plano comunitário quanto às obras fotográficas

O início da história do processo fotográfico deu-se em Agosto de 1839, quando o pintor francês Louis-Jacques-Mandé Daguer revelou os detalhes técnicos da ‘*câmara obscura*’ na reunião da Académie des Sciences e Académie des Beaux-Arts<sup>14</sup>. A invenção de Daguer – consistia numa imagem fixada sobre uma placa de cobre, ou outro tipo de metal, banhada a prata, que formava uma superfície espelhada. A imagem fixava-se diretamente sobre a placa após alguns minutos de exposição solar, sem o uso de negativo. Por sua vez, a fotografia tornou-se acessível ao público em geral a partir de 1888, através do lançamento da primeira câmara Kodak<sup>15</sup>.

Os críticos de arte do século XIX referiam-se à fotografia de uma forma negativa<sup>16</sup>, que durante muito tempo não foi considerada arte<sup>17</sup>.

As razões que se apontavam residiam, compreensivelmente, na sua natureza. A fotografia era uma atividade cujo resultado tinha maioritariamente um potencial não original. A fotografia era vista como uma cópia da realidade que representava, e

---

<sup>13</sup>(Vallés, 2009, p. 119).

<sup>14</sup> (Michalos, 2004, p. 3 ss).

<sup>15</sup> (Nalimova, p. 1).

<sup>16</sup> (Michalos *apud cit* Nalimova p. 1) “often used the word in a negative way, to condemn painting and sculpture that to their eyes did not go beyond verisimilitude but merely recorded the outward appearance of the world”.

<sup>17</sup>“Photography is an enigma. The features that distinguish it most from other art forms—the camera’s automatism and the photograph’s verisimilitude—have throughout its history also provided the basis for critics to claim that a photographer is not an artist nor the photograph a work of art. From the moment that the Supreme Court first considered photographic originality in the 1880s to the present day, copyright law has been infected by the enigma of photography. Every photograph is the product of an automatic device the camera. Unlike a painter whose every brushstroke is mediated through her mental vision, critics cast a photographer as a mere technician relegated to clicking a shutter button.” (Kogan, p. 871).

Em França, antes do reconhecimento da fotografia como obra literária artística em 1957, parte da doutrina considerava a atividade como mecânica, resultado de operações físicas e químicas. (Colombet, 1988, p. 87).

apresentava-se como mero resultado de um processo mecânico. A atividade fotográfica foi-se imiscuindo na sociedade de forma constante, evoluindo enquanto processo. Demonstrada a sua utilidade para eventos sociais, registos de guerra e policiais, era contudo utilizada maioritariamente no século XX para retratos de pessoas, sendo por isso difícil delinear quais as criações consideradas originais e por conseguinte merecedoras de proteção<sup>18</sup>.

As fotografias acompanharam o escopo da CB desde o começo, mas apenas foram referenciadas especificamente em 1951, onde passaram a incluir a lista de obras literárias e artísticas, nos termos do art. 2.º, n.º1<sup>19</sup>. Apenas na sexta revisão da CB (Ato de Bruxelas), a fotografia enquanto objeto de proteção fora incluída, o que demonstrou hesitação em igualar a mesma em relação a outras obras de arte<sup>20</sup>. Hoje o estatuto das fotografias como obra artística é reconhecido à semelhança das outras obras pela CB.

Por outro lado a CB não precisou o conceito de originalidade, como veremos da análise das Diretivas comunitárias, o que consequentemente dificultou a distinção entre as obras protegidas das demais.

A necessidade de delinear os contornos da originalidade nas fotografias começou a sentir-se aquando das considerações acerca do prazo da proteção do direito de autor das e teve a sua expressão na Diretiva 93/98/CEE, de 29 de Outubro de 1993.

Aí podia ler-se: “Considerando que a proteção das fotografias nos Estados-Membros é objeto de regimes diferentes; que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de proteção das obras fotográficas, e nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido na presente diretiva; que uma obra fotográfica, na aceção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respetivo autor, refletindo a sua personalidade, sem que

---

<sup>18</sup> “Thus photography has become a puzzle for copyright from its very appearance” (Nalimova, p. 1).

<sup>19</sup> Veja-se melhor (Nalimova, p. 2).

<sup>20</sup> “Il legislatore di allora, a differenza di quello del 1941, aveva ritenuto che qualunque fotografia, anche quella di semplice riproduzione della realtà, poteva essere tutelata. Il motivo di tale differenza va ricercato nel concetto di creatività, quale elemento determinante tra opere da tutelarsi o no, che, introdotto dall’attuale legge, concede protezione solo alle opere di carattere creativo.” (Chimienti, 2006, p. 133).

outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a proteção das outras fotografias pode ser deixada à lei nacional.<sup>21</sup>”

A referida Diretiva estabeleceu ainda, no seu artigo 1.º que “O prazo de proteção dos direitos de autor sobre obras literárias e artísticas, na aceção do artigo 2.º da Convenção de Berna, decorre durante a vida do autor e setenta anos após a sua morte, independentemente do momento em que a obra tenha sido licitamente tornada acessível ao público.” Neste seguimento, todas as fotografias seriam protegidas pelo mesmo prazo previsto para as obras autorais, mesmo as fotografias que não merecessem a qualificação de obras artísticas.

Para evitar essa extensão indevida, importava fazer a distinção entre fotografias sujeitas a direitos de autor e as restantes, com uma referência correspondente ao conceito de originalidade. Assim, em ordem a aplicar o prazo de proteção enquanto obra autoral, quais seriam as obras fotográficas originais?

A ora Diretiva 2006/116, que veio alterar a Diretiva 93/98/CEE, no considerando 16 repete o texto do outrora considerando 17, mantendo a mesma premissa – na qual a obra fotográfica original reflete a personalidade do seu autor, e outros critérios como o mérito e a finalidade não devem ser valorados, à semelhança das Diretivas 91/250/CEE e 2001/29CE.

Isto é, como a visão geral anterior demonstra<sup>22</sup>, excetuando o propósito de harmonizar o nível de originalidade em determinadas áreas, o legislador europeu não tinha

---

<sup>21</sup> Considerando 17º- Diretiva 93/98/CEE.

<sup>22</sup> Para melhor entendermos a complexidade do requisito da originalidade, revela-se essencial a menção da Diretiva 91/250/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador. A Diretiva surgiu para responder à problemática da proteção dos programas de computador, que começou aquando da comercialização separada do *software* e *hardware*. Revelava-se então necessário, qualificar quais os programas que deveriam ser valorados enquanto originais, distinguindo-os dos demais, e assim adaptar certos conceitos em matéria de direito de autor e direitos conexos, para poderem dar uma resposta adequada à realidade económica, que inclui novas formas de exploração e consequente comercialização.

Nesse sentido, o Parlamento havia proposto como redação para o artigo 1.º, n.º4: “Um programa de computador deverá ser protegido se for original no sentido de ser o resultado do esforço intelectual do autor. Não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua suscetibilidade de proteção”, o que foi consagrado na última proposta de emenda, e por fim na Diretiva 91/250/CEE, artigo 1.º, n.º 3. Depois de alguma discussão sobre a possibilidade dos programas de computador estarem ou não abrangidos pela CB, considerou-se tratar o *software* como uma obra dotada de originalidade, bem como os diversos programas de

dado qualquer justificação substantiva para a cláusula “nenhum outro critério deve ser usado”. Além disso, o legislador absteve-se de definir "qualidade" nos termos elementares, bem como "mérito", "estética" e "finalidade", deixando assim mais uma vez a incerteza sobre o significado jurídico e as implicações práticas da proibição de avaliar outros critérios que não o da originalidade<sup>23</sup>.

O artigo 6.º da Diretiva 2006/116 dispõe: “As fotografias originais na aceção de que são a criação intelectual do próprio autor, são protegidas nos termos do artigo 1.º. Não se aplica qualquer outro critério para determinar se podem beneficiar de proteção. Os Estados-Membros podem prever a proteção de outras fotografias.”<sup>24</sup>

---

computador - suscetíveis de proteção intelectual e equiparados a obras literárias e artísticas. (Akester, 2004, p. 68).

Neste contexto, importa também referir o *Caso Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, no qual a empresa autora *Infopaq*, pretendia que fosse reconhecida a pretensão de não ser obrigada a obter o consentimento dos titulares dos direitos de autor, para os atos de reprodução de artigos de imprensa através de um processo automatizado que consiste na digitalização por *scanner* de artigos e na sua conversão em ficheiro digital seguida do processamento electrónico deste ficheiro.

O Ac. na sua fundamentação referia que o art. 2.º, n.º1 da CB “Os termos ‘obras literárias e artísticas’ compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, (...) tais como: os livros, folhetos e outros escritos” bem como o art. 9.º da CB refere que os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e sob qualquer forma. É também pacífico que os artigos de imprensa constituem, enquanto tais, obras literárias abrangidas pela Diretiva 2001/29.

Quanto aos elementos destas obras – artigos de imprensa sobre os quais incide a proteção, importa salientar que estas são compostas por palavras que, consideradas isoladamente, não são enquanto tais uma criação intelectual do autor que as utiliza. É apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitui uma criação intelectual. As palavras enquanto tais não constituem, portanto, elementos sobre os quais incide a proteção.

No entanto, tendo em conta a exigência de uma interpretação ampla do alcance da proteção conferida pelo artigo 2.º da Diretiva 2001/29, não se pode excluir que determinadas frases isoladas, ou mesmo determinados elementos de frases do texto em causa, sejam aptos a transmitir ao leitor a originalidade de uma publicação como um artigo de imprensa, comunicando-lhe um elemento que é, em si mesmo, a expressão da criação intelectual do próprio autor deste artigo. Tais frases ou elementos de frase são, portanto, suscetíveis de ser objeto da proteção prevista no artigo 2.º, alínea a), da referida Diretiva.

O ato de impressão de um excerto composto por onze palavras – o processo automatizado utilizado pela empresa *Infopaq*, que tem lugar durante um processo de captura de dados como o que está em causa no processo principal, não preenche o requisito relativo ao carácter transitório previsto no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e, portanto, não pode ser realizado sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor em causa.

<sup>23</sup>(Gompel & Lavik, 2013, p. 9).

<sup>24</sup> Por outro lado, o legislador definiu nestas matérias como critério de originalidade: o resultado do esforço intelectual do autor, não sendo considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua suscetibilidade de proteção (mérito, estética etc.), mas no entanto não define originalidade nem explica o *quantum*, gerando uma incerteza conceptual, votando essa tarefa ao julgador em cada caso concreto. Como explica PATRÍCIA AKESTER “a originalidade deste tipo de obras reside, em regra, na selecção, na estrutura e na organização

Ora, na aceção da CB, uma obra fotográfica enquanto criação intelectual, é considerada original se refletir a personalidade do seu autor. Sendo que “A protecção das outras fotografias deve poder ser regulada pela legislação nacional”, como dispõe o supramencionado artigo 6.º, deixando o caminho livre para mais dúvidas e diferenças, uma vez que alguns Estados-Membros têm padrões de originalidade mais altos que outros<sup>25</sup>.

A harmonização do requisito da originalidade adotada pela UE consiste na premissa da obra ser o resultado da criação intelectual do autor.

É de concluir, que o conceito é incerto e subjetivo.

## **1.2 A protecção *jus auctoral* – conceção do ordenamento jurídico português**

Em Portugal, a legislação dos direitos de autor está consagrada no CDADC, onde veremos que o conceito de originalidade não está definido.

Como refere OLIVEIRA DE ASCENSÃO “justamente porque é necessário que haja um mínimo de criatividade, não se pode prescindir dum juízo de valor (...) Terá de haver assim critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a actividade não criativa” – o que no art. 1.º, n.º1 CDADC, o legislador delimita um dos principais critérios, no qual serão consideradas obras “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer meio exteriorizadas”<sup>26</sup>. O Direito de Autor não protege ideias, mas sim criações exteriorizadas<sup>27</sup>.

Por sua vez, o art. 2.º CDADC contém uma cláusula geral seguida de enumeração exemplificativa das criações intelectuais que são consideradas obras originais. Não há pois

---

das matérias tratadas; a sua importância releva mais do que carácter informativo e do valor comercial do que da originalidade.” (Akester, 2004, p. 68).

<sup>25</sup>Veja-se (Michalos, 2004, p. 127).

<sup>26</sup>(Ascensão, 2008, p. 90).

<sup>27</sup>Neste sentido veja-se o Ac. TRE de 10.07.2007 (Relator: António João Latas) “ A primeira condição para a protecção de uma obra literária, científica ou artística é a sua originalidade, exteriorizada por certa forma.” E também o Ac. TRL de 02.07.2009 (Relator: Octávia Viegas) “Direito de autor tutela a criação intelectual, enquanto obra (por qualquer forma) exteriorizada (e não enquanto mera ideia incubada apenas no espírito humano, por mais trabalhada e brilhante que seja, se bem que o mérito não releva para efeitos de tutela do direito de autor) – artigo 1º, nºs 1 e 2, do CDADC.”

uma referência<sup>28</sup>do conceito de originalidade, nem tampouco uma mera definição. A técnica usada pelo legislador é vaga. Nas palavras de VICTÓRIA ROCHA “afirmamos que se trata de uma referência redundante porque a originalidade é um requisito geral de protecção de qualquer obra (...)”<sup>29</sup>.

Como já fora referido, Portugal insere-se no sistema continental, *droit d’auteur* construído pela doutrina francesa, onde a originalidade da obra reflete a personalidade do autor.<sup>30</sup> “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. (...) 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 partir do conceito de anterioridade, sendo o bem imaterial novo quando difere dos que já fazem parte do fundo comum da cultura e da ciência ou técnica.”<sup>31</sup>

Com efeito, a originalidade não deve ser encarada como a criação de algo novo, inovador. Pode ser original a criação de algo que já fora exteriorizado. Assim por exemplo, no caso das fotografias que retratam uma realidade, podem ser tiradas diversas fotografias à torre dos clérigos e serem todas protegidas; a paisagem é a mesma, mas o ângulo pode variar, retratando uma realidade totalmente diferente da anterior<sup>32</sup>. Outros aspetos e fatores têm de ser valorados nas obras literárias, daí que a “anterioridade destrói a novidade, mas não forçosamente a originalidade.”<sup>33</sup> É imprescindível contudo, que ela se assuma e

---

<sup>28</sup> Salvo no caso do art. 2.º, n.º1 al. m) “se revestirem de originalidade” CDADC.

<sup>29</sup> (Rocha, 2008, p. 734).

<sup>30</sup> Não pode, pois, valer no nosso direito a teoria do ‘*sweat of the brow*’ (doutrina usual entre os países do sistema *Copyright*, na qual o criador tem o direito de ver o seu esforço protegido e recompensado e despesa o mesmo que estejamos perante uma criação completamente banal. Por maioria de razão, qualquer conceito de originalidade equivalente a ausência de cópia). Para haver criação a obra tem de resultar do seu autor, mas mais do que isso distinguir-se do que é vulgarizado, do rotineiro (Rocha, 2008, p. 759).

<sup>31</sup> (Rocha, 2008, pp. 750, 751).

<sup>32</sup> “Uma obra é a expressão da personalidade do seu autor, mesmo que se inspire numa obra anterior, como no caso das paródias, (...) ou dela parta para uma nova criação, ou recriação, como no caso das obras derivadas. Aí deverá residir a sua originalidade. Mas isso nada tem a ver com a sua novidade: a mesma paisagem pode ser pintada ou fotografada por vários pintores ou fotógrafos, (...) desde que cada um dos respectivos autores lhes imprima a marca pessoal do seu engenho criativo.” (Rebello, 1994, p. 87).

<sup>33</sup> (Lucas & Lucas, 2001, p. 73).

expresse como um traço distintivo e diferenciador de outras obras que já tenham adquirido o poder de ser conhecidas pelo comum das pessoas<sup>34</sup>.

A doutrina clássica enunciada revela que o conceito de originalidade é o reflexo, da criação pessoal do autor, “na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor.”<sup>35</sup>

VICTÓRIA ROCHA explica 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 conteúdo que não corresponde à realidade. O conceito tem que ser redefinido.”<sup>36</sup>

Diga-se ainda a este respeito, que a criatividade da obra, resultante da sua concepção como criação intelectual de acordo com o art. 1º do CDADC, não se deve também confundir com o mérito. O legislador europeu refere no art. 6º da Diretiva 2006/116CE que “Não se aplica qualquer outro critério para determinar se podem beneficiar de protecção”. Assim explica OLIVEIRA DE ASCENSÃO, “(...) se 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.”<sup>37</sup>

Faz sentido que assim o seja, pois que, a obra pode até ser o resultado de técnicas, regras ou métodos mal apreendidos, “a originalidade tanto pode surgir da concepção como da sua execução”.<sup>38</sup> Concordamos com a reflexão de OLIVEIRA DE ASCENSÃO, o mérito não deverá ser valorado isoladamente, mas antes o contributo de criar algo que não seja vulgar<sup>39</sup>.

Assim, “para haver criação, a obra tem que resultar do autor, mas mais do que isso, distinguir-se do rotineiro, do comum. A obra é original quando é imputável

---

<sup>34</sup> Neste sentido veja-se o Ac. STJ 12.07.2012 (Relator: Gabriel Catarino).

<sup>35</sup> (Ascensão, 2008, p. 90).

<sup>36</sup> (Rocha, 2008, pp. 776-777).

<sup>37</sup> (Ascensão, 2008, p. 93).

<sup>38</sup> (Rocha, 2008).

<sup>39</sup> Veja-se o Ac. TRP de 08.07.2004 (Relator: Dias Cabral), que considerou que a reprodução de um coração humano, não tem originalidade suficiente para ser considerada uma obra artística, ficando de fora da tutela do CDADC.

subjectivamente ao autor. Portanto, são dois os traços cumulativos que nos permitem dizer que uma obra é original, sendo que o segundo é uma consequência do primeiro: a) a obra ser resultado de uma criação intelectual independente do seu autor; b) a obra não ser um produto rotineiro, comum, pois que se o for não se pode dizer resultante de determinado autor.<sup>40 41 42</sup>

De uma forma sucinta, a originalidade no sentido objetivo pode ser definida como novidade, e enquanto sentido subjetivo a criatividade subjacente à criação, em suma “escolhas formais criativas”<sup>43</sup>.

Subjaz à análise do conceito de originalidade, outra conclusão relativamente à dificuldade em enquadrar as fotografias enquanto obras artísticas: a fotografia é produzida por atos mecânicos. Os atos meramente mecânicos, aplicação de métodos e técnicas não transparecem a individualidade do autor, a ação humana, logo não são valorados<sup>44</sup>. Reconhecemos que este fator – a fotografia encarada como técnica, hoje mudou, mas ainda assim a sua penetração no domínio do direito de autor é diminuída em comparação com as restantes obras.

---

<sup>40</sup> (Rocha, 2011, p.165).

<sup>41</sup>Neste sentido refere o texto do art. 164.º, n.º1 CDADC “Para que a fotografia seja produzida é necessário que pela escolha do seu objecto ou pelas condições de execução possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor.” Mas esta conceção fica aquém de concretizar um parâmetro de originalidade.

<sup>42</sup>Veja-se o caso *Temple Island Collections Ltd. contra New English Teas Ltd.*, no qual o requerente alega ser o proprietário dos direitos de autor de uma conhecida fotografia a preto e branco de um autocarro vermelho londrino que viaja através da ponte de Westminster, na qual os réus – produtores de chá, criaram uma imagem idêntica aos Requerentes, motivo da controvérsia.. A imagem é a preto e branco, e mostra o Parlamento, e a ponte em tons cinza. A imagem é usada com frequência em *souvenirs* turísticos de Londres. Os Réus acreditavam poder reproduzir uma imagem usando os marcos característicos da cidade de Londres (a ponte e o *red bus*), alterando a perspectiva da ponte, conferindo uma maior amplitude através do uso de programas como o *Photoshop*. O PCC, considerou que a omissão de parte da fachada do parlamento não teve relevância, mas sim os principais elementos da obra do Requerente que foram retidos – o contraste entre o céu branco e a escala de cinzas usado para o Parlamento, bem como o *red bus*, configuraram uma reprodução substancial da obra dos Requerentes.

<sup>43</sup>(Vallés, 2009, p. 105).

<sup>44</sup>“The Photograph’s *Verisimilitude*— In the words of nineteenth century photographer Henry Peach Robinson, every photograph appears to display «the absolute reproduction of some scene or person that has appeared before the camera»” (Kogan, p. 879).

Discordamos de que se trata da aplicação de uma técnica, de um ato puramente mecânico, apesar de haver casos em que o legislador enumera exemplificativamente esses casos (ex. fotografias para documentos de identidade, máquinas automáticas *etc*).<sup>45 46</sup>

A fotografia original, é aquela que pela sua qualidade técnica transparece (a relação aberturas-velocidades escolhidas, o enquadramento, o cenário, a envolvimento do objeto/pessoas/paisagens retratadas, as expressões faciais/corporais captadas *etc.*) emoções, é inspiradora. De certa forma as escolhas criativas do fotógrafo tornam a fotografia irrepitível. E, essa marca de individualidade, não vulgarizada, é criada pelo fotógrafo que a captou num disparo. O disparo, sim é acionado através de uma câmara (“objecto mecânico”).<sup>47</sup>

É de concluir, que o conceito de originalidade é impreciso por variados motivos. Não obstante as diferenças entre o sistema continental e anglo-saxónico, historicamente e legislativamente assinaladas, bem como as mudanças e adaptações ao longo do tempo no

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, parece difícil conceber como original - enquanto resultado de uma actividade criativa do autor - atividades puramente mecânicas, ou seja resultantes de mera aplicação de uma técnica ou método, pois não transparecem a individualidade do autor. Sempre que a forma, a expressão, é imposta pela realidade, pela função, é via única de manifestar a ideia, não se poderá falar em originalidade e, portanto, em obra suscetível de protecção de direitos de autor. (Rocha, 2008, p. 781).

<sup>46</sup>No que toca aos retratos fotográficos por exemplo, o fotógrafo dispõe naturalmente de reduzidas possibilidades de um resultado peculiar, especial. Por esta razão, o alcance da protecção conferida pelos direitos de autor a essa fotografia é igualmente restrito. Contudo, esta circunstância não leva a que os retratos gozem apenas de uma protecção ‘mais fraca’. Os retratos fotográficos enquanto objeto de menor protecção criativa suscitaram polémica no caso C145/10 *Eva-Maria Painer*, cujo litígio opôs E. Painer - fotógrafa e cinco editores de imprensa, relativamente à utilização de fotografias de Natacha Kampush pelos mesmos, para a criação de um retrato-robô que ajudaria no reconhecimento da aparência da jovem desaparecida. Por diversas vezes, o dito retrato-robô realizado com base num retrato escolar fotografado por *Painer* quando Natacha K. tinha oito anos, fora reproduzido e divulgado.

O Tribunal Austriaco (OGH) decidiu designadamente, que a publicação do retrato-robô controvertido pela demanda no processo principal nos termos das disposições nacionais aplicáveis não necessitava do consentimento da demandante a elaboração e a publicação do retrato-robô constituíram, não uma adaptação, que teria exigido o consentimento da autora da obra fotográfica, mas sim uma livre utilização, que era possível sem o referido consentimento, uma vez tinha interesse público, e o propósito de auxiliar as autoridades policiais.

“As far as the construction of EU copyright is concerned, the ruling in *Painer* represents another step in the clarification of what is now in EU-wide originality standard and, hence, copyright.” (Rosati, 2013, p. 153).

<sup>47</sup> “Some commentators have observed that, since the Berne Convention only requires protection for photographic works – and not every photography constitutes an author’s work – a distinction should be made between photographs that are just the result of pressing a button and photographs which express the creativity of their author.” (Rosati, 2013, p. 191).

intuito de harmonizar a legislação nestas matérias entre os Estados-Membros, a doutrina e a jurisprudência não são uniformes.

A harmonização é parcial quanto à originalidade, tornando-se complexo definir o alcance da fotografia protegida pelo Direito de Autor no ordenamento jurídico português, bem como no europeu. Estamos ainda perante uma jurisprudência hesitante, reflexo de doutrinas díspares, que tendem a permanecer incertas. A tarefa do julgador não é fácil nesta matéria, e caberá a este naturalmente decidir consoante o caso/litígio em concreto.

## PARTE II

### 1. Os direitos morais do fotógrafo enquanto criador intelectual

*Ce caractère est lié à l'œuvre, qui a vocation à la perpétuité;  
le droit moral va donc subsister après l'expiration du droit pécuniaire.*

Claude Colombet<sup>48</sup>

Importa a exposição dos direitos morais enquanto pilares fundamentais da proteção do autor, para de seguida percebermos a sua influência na dinâmica dos direitos patrimoniais. Os direitos morais consolidam, legitimam a reação do autor contra práticas patrimoniais abusivas da sua obra, da forma como contratualmente dispõe das mesmas, e dos limites temporais de proteção. Pela sua perpetuidade, irrenunciabilidade e intransmissibilidade, constituem verdadeiramente no autor o reconhecimento intelectual. Veremos que a proteção do direito moral configura a recompensa económica.

O alcance dos direitos morais constitui um desequilíbrio entre o sistema de *copyright* e *droit d'auteur*, que acabou por se traduzir numa ligeira aproximação. “A existência de direitos morais é reflexo de teses personalistas, acolhidas sobretudo pela tradição de *droit d'auteur*. No entanto, estes estão previstos na Convenção de Berna, o que levou a que de uma forma ou outra os países da *common law* fossem consagrando direitos morais.”<sup>49</sup>

Com efeito, à semelhança da sua filosofia utilitária do sistema de *copyright*, os direitos morais estão um tanto diminuídos. No caso do Reino Unido e EUA, que se enquadram na filosofia utilitária, a inclusão dos mesmos aconteceu mais tarde em 1988, através do CDPA e em 1990 através VARA respetivamente, dispondo exceções quanto à

---

<sup>48</sup> (Colombet, 1988, p. 150).

<sup>49</sup> (Silva, 2013, p. 1346).

extensão do conteúdo do direito moral a certas obras<sup>50</sup>. “A lei britânica reconhece, ainda, o direito de não se ser falsamente indicado como autor ou realizador, assim como o direito à privacidade de quem encomenda a execução de uma obra fotográfica ou de um videograma, para fins privados. (...) Os direitos morais, e patrimoniais surgem em simultâneo e encontram-se, em princípio, sujeitos ao mesmo prazo de caducidade.”<sup>51</sup>

Em contraposição, no *droit d’auteur*, a primazia concedida à proteção do laço existente entre a obra e o seu criador, enfatiza os direitos morais.

Em Portugal, o direito de autor tem um conteúdo misto - de natureza patrimonial e pessoal - isto é, de acordo com o artigo 9.º do CDADC o direito de autor abrange para além de direitos patrimoniais, contém direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais. Os direitos morais subdividem-se nas seguintes faculdades: a) o direito de autoria; b) o direito à paternidade da obra; c) o direito de inédito; d) o direito à integridade ou intangibilidade da obra, e e) o direito de genuinidade ou dignidade da obra, indo ao encontro da conceção da CB<sup>52</sup>.

Assim, o direito de autoria está implicitamente consagrado no art. 6.º *bis*, n.º 1 da CB “ (...) mesmo após a cessão (...), o autor conserva (...)”. O direito de inédito está implícito no art. 3.º, n.º 1, a “ são protegidos (...) os autores nacionais de um dos países da União, pelas suas obras, publicadas ou não” e ainda art. 3.º, n.º 3, obras publicadas, art. 5.º, n.º 4-c). O direito à paternidade da obra está previsto expressamente no art. 6.º *bis*, n.º 1, o mesmo valendo para o direito à integridade e à genuinidade da obra como o direito do autor “de se opor a qualquer deformação, mutilação, ou contra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.” O seu alcance, por sua vez consagrado no n.º3 do art. 9.º, trata-se do “(...) direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuidade e integridade” da obra,

---

<sup>50</sup> No Reino Unido, no CPDA veja-se o *Chapter IV - Moral Rights*, section 79 exclui a extensão dos direitos morais aos programas de computador, entre outras criações. Nos EUA veja-se *17 U.S. Code § 106A - Rights of certain authors to attribution and integrity*. Outra grande diferença assinalável é a permissão para a sua transmissibilidade, inadmissível à luz dos princípios de *droit d’auteur*, veja-se também no *17 U.S. Code § 106A - Rights of certain authors to attribution and integrity (e)*. (Silva, 2013, p. 1347).

<sup>51</sup> (Akester, 2013, p. 99).

<sup>52</sup> (Pereira, 2008, p. 474).

bem como o direito a “opor-se à sua *destruição*, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor” – art. 56º, n.º CDADC<sup>53</sup>.

Os direitos morais do autor são, nos termos da lei, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, independentes dos direitos de carácter patrimonial, subsistindo após a alienação, oneração ou extinção destes.

Deste modo, o vínculo entre a obra e o seu criador em primeiro plano traduz-se desde logo na identificação da autoria, enquanto expressão de paternidade, que está na base da sua presunção<sup>54</sup> prevista no art. 27.º, n.º 2. Assim, “dir-se-á que a imputação de autoria esclarece quanto à paternidade da obra.”<sup>55</sup> Por seu turno, a identificação da autoria é, em princípio facultativa, já que pode ser divulgada ou publicada obra anónima com consentimento do autor (art. 30.º), mas quanto à identificação das fotografias, o art. 167.º, n.º1, o texto da lei parece inequívoco: “Os exemplares de obra fotográfica devem conter (...)” o nome do fotógrafo. Veremos mais à frente as implicações da identificação do autor nas obras fotográficas.

Com efeito, o direito moral protege igualmente a honra e reputação do seu autor, a sua personalidade. Assim, os valores intrínsecos à personalidade do autor, levam ao direito de integridade e genuidade da obra, ou seja, falamos do direito de se opor a modificações da obra, bem como quaisquer atos suscetíveis de deformar, ou destruir a obra.<sup>57</sup> Como

---

<sup>53</sup> (Pereira, 2008, p. 474).

<sup>54</sup> ‘*auctor est quem opus demonstrat*’ – termo em latim que espelha a presunção de autoria.

<sup>55</sup> (Mello, 2014, p. 46).

<sup>56</sup> Reconheça-se que, nalguns casos é difícil determinar a autoria de uma obra, como é exemplo as obras coletivas, e obras anónimas ou sob pseudónimo – art. 19º, e art. 28º CDADC. Sobre isto, veja-se o Ac. STJ de 10.11.2005 (Relator: Nuno Cameira).

<sup>57</sup> Relativamente às modificações de obras, veja-se as considerações da Ordem dos Engenheiros sobre os projectos de obras de arquitetura, que explica com base nos ensinamentos do Prof. Oliveira de Ascensão, que no conflito entre o direito ao projeto, cuja modificação teria de se realizar, e o direito de propriedade sobre o suporte, o edifício, este prevalece.

“Face à lei portuguesa, obra de arquitectura não é apenas o projecto mas também o edifício, havendo, assim, que conciliar o direito do autor do projecto com a propriedade, que não pode ficar dependente do arbítrio daquele durante toda a sua existência.

Uma vez cumprida a consulta prévia do autor do projecto, o dono da obra pode, ainda que o autor do projecto não esteja de acordo com as alterações pretendidas, introduzi-las na obra arquitectónica, sendo conferido ao autor do projecto o direito de dele se desvincular, renegando a paternidade da obra alterada e impedindo o dono da obra de usar o nome do autor do projecto inicial (entenda-se não como renúncia ao direito de autor que está adquirido, e não se perde pelo facto das modificações, pois a obra modificada ainda é a mesma obra, por aplicação do n.º 2 do artigo 2.º, mas apenas como proibição de invocação do nome do autor pela outra parte. O autor do projecto de arquitectura pode, a todo o tempo, voltar a considerar a obra como sua).

explica ALEXANDRE DIAS PEREIRA “A faculdade de controlo da integridade e genuinidade da obra, está estreitamente relacionada com a faculdade de reivindicar a sua paternidade, sendo as duas dimensões de um mesmo direito: o direito moral de autor.”<sup>58 59</sup>

Quanto à sua duração, já fora referida a Diretiva 2006/116 relativa ao prazo de proteção dos direitos de autor e certos direitos conexos, que estabelece como regra geral, que o direito de autor caduca 70 anos *post mortem* do seu criador intelectual – também prevista no art. 31º do CDADC.<sup>60</sup> No que concerne, à duração dos direitos morais das obras – incluindo as fotografias – a Diretiva 2006/16 não se pronunciou quanto à questão. Concordamos que, tal como a CB no seu art. 6.º *bis*, apenas se exigirá que os direitos morais sejam mantidos como limite mínimo, até à extinção dos direitos patrimoniais.

Os direitos morais enquanto imprescritíveis perpetuam-se após a morte do seu autor. Como forma de tutela da personalidade do autor, o direito de autor estende-se para além da morte à semelhança dos direitos de personalidade – art. 71.º, n.º1 CC. Explica ALEXANDRE DIAS PEREIRA, que o exercício *post mortem* do direito moral (pertencente aos sucessores do autor), se dará enquanto a obra não cair no domínio público.

---

É, portanto, lícito ao proprietário a modificação, doutra maneira o direito do autor do projecto seria o de se opor à modificação, o que foi justamente o que o legislador quis afastar. A lei não confere ao autor do projecto inicial de arquitetura um exclusivo no projecto de modificações. (...)

Atenta a natureza específica do projecto arquitectónico que tem em vista a realização de uma obra cuja utilidade e fruição serão do dono da obra, a lei prevê uma protecção daquela obra intelectual e artística que não é absoluta, mas temperada pela vocação utilitária dos edifícios em que é necessário conciliar o mérito criador do autor do projecto com o específico interesse que a obra tem para os seus destinatários concretos (os proprietários). Assim, não se encontra vedada a introdução, pelo dono da obra, de alterações na obra projectada, desde que cumprido o ónus de consultar previamente o autor.” (Portugueses, 2004).

Quanto ao impacto das modificações veja-se o Ac. TRL de 4.11.2004 (Relator: Fernanda Isabel Pereira) que curiosamente reconheceu o direito do autor à destruição de um quadro da sua autoria, uma vez que este, “depois de ter sido vendido, foi repintado e assinado por outrem, ficando a partir de então irreconhecível, sendo tecnicamente impossível restituí-lo à forma e à cor originais.”

<sup>58</sup> (Pereira, 2008, p. 468).

<sup>59</sup> A jurisprudência portuguesa tem reconhecido os contornos dos direitos morais e a sua relevância. Veja-se o Ac. TRL de 04.11.1998 (Relator: Arlindo Rocha): “o direito moral de Autor protege um bem eminentemente pessoal, que é a paternidade intelectual, enquanto expressão da personalidade do Autor; e não, directamente, o seu património”.

Ac. STJ 29.11.2012 (Relator: Serra Baptista): “O direito de autor compreende direitos, distintos e exclusivos, de carácter patrimonial – disposição, fruição, utilização, reprodução e apresentação ao público – e direitos morais – reivindicação da paternidade e garantia da genuinidade e integridade. Na fixação da indemnização/compensação pela utilização ou modificação da obra, o valor deve ser alcançado com recurso à equidade, por se tratar de um valor imaterial, insusceptível de restituição em espécie (art. 883.º, n.º 1, do CC).”

<sup>60</sup>Veja-se melhor (Pereira, 2011, p. 114).

Uma vez caída no domínio público, a obra deixa de ser protegida pelo direito privado, e passa estar protegida como um bem do domínio público, competindo ao Estado defender a sua genuinidade e integridade enquanto património cultural <sup>61</sup> <sup>62</sup>. O que nos leva a concluir que relativamente à sua duração, a perpetuidade do direito moral pode ser entendida como uma “ficção”.

Parece-nos razoável que assim o seja, se pensarmos na amplitude do prazo de proteção – 70 anos *post mortem* – a sua duração parece valorar a honra, o respeito pela genuinidade da obra, e a personalidade do criador intelectual. O fato de a obra cair em domínio público, influencia determinados aspectos, e parece dúbio que nessa fase, ainda se destine a proteger a personalidade do seu autor. Antes concordamos, que se destina a prevalecer “o sentido objectivo da obra e o seu interesse público sobre razões morais do autor. O que justifica, por exemplo, a possibilidade de publicação de obras inéditas contra a vontade expressa ou tácita do seu autor (em testamento).”<sup>63</sup>

Do exposto, concordamos que a conceção do direito moral tem especial relevância, e destina-se a proteger a honra, a genuinidade, integridade da obra intelectual. É importante percebermos que os direitos morais configuram os direitos económicos, e que é através deles que o autor pode proteger a sua obra, mesmo que a sua titularidade originária se transmita por contrato como veremos à frente.

## 2. Aspetos patrimoniais da obra fotográfica

---

<sup>61</sup> (Pereira, 2011, p. 479).

<sup>62</sup> Veja-se também: (Mello, 2014, p. 326).

<sup>63</sup> (Pereira, 2008, p. 479).

O direito patrimonial enquanto vertente fundamental do conteúdo do direito autoral, é destinado a reservar ao autor vantagens económicas derivadas da exploração da obra, ou seja, referentes à utilização económica da obra, por todos os progressos técnicos possíveis, regulando as condições da sua comunicação ao público.

Os direitos económicos estão previstos no CDADC nos arts. 9.º, n.º 2, e 68.º, estando intimamente conectados à titularidade do seu criador intelectual, de acordo com a presunção de autoria constante do art. 11.º. Os direitos patrimoniais decorrem pois, da exclusividade outorgada ao autor para a exploração económica da obra, constituindo o monopólio da sua titularidade. Em contraposição, com os direitos morais os direitos patrimoniais são renunciáveis, transmissíveis e de duração limitada no tempo<sup>64</sup>.

Atentando ao texto legal do art. 27.º, n.º1 que enuncia: “Salvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra”, e indo ao encontro da explicação de ALBERTO SÁ E MELLO “esta disposição é não apenas pertinente à titularidade do direito de autor (...) mas indiciadora de que a autoria da obra intelectual pode não coincidir com a qualidade de criador (...)”, pois que, o legislador não repetiria *a ratio* estatuída no art. 11<sup>65</sup>. Importa assim perceber, que a dissociação da titularidade da obra tem que ver com as características que consubstanciam os direitos patrimoniais, que passam pela sua transmissibilidade<sup>66 67</sup>.

Deste modo, a titularidade originária pertence ao seu criador intelectual, mas pode ser adquirida por terceiros por via de sucessão, transmissão, oneração, e autorização<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Veja-se melhor (Mello, 2014, p. 324).

<sup>65</sup> (Mello, 2014, p. 47).

<sup>66</sup>“Autor significa, etimologicamente, o que cria; daí que seja ele pela ordem natural das coisas, o titular originário do direito sobre a sua criação. Mas esta regra comporta alguns desvios. Uma vez que os direitos de carácter patrimonial compreendidos no direito de autor são transmissíveis, o autor pode dispor deles, total ou parcialmente, a favor de terceiro, o qual ficará assim investido na respectiva titularidade.” (Rebello, 2002, p. 52).

<sup>67</sup>Por sua vez “a lei alemã proíbe expressamente a cessão ou transmissão do direito de autor porque, concebendo-se o direito de autor como um direito uno, em que se concentram faculdades pessoais e patrimoniais, não poderá nunca permitir-se a cessão do direito de autor sem abolir o princípio da inalienabilidade dos direitos pessoais. (...) Não existe no direito alemão uma tripartição semelhante àquela que acontece em Portugal. Não se admitem transmissões totais ou parciais.” Veja-se melhor (Vitorino, 1995, pp. 35, 36).

<sup>68</sup>“O mero não uso da obra pelo titular do direito de autor não deve confundir-se com a renúncia ao direito de autor, que implica declaração inequívoca nesse sentido. Os titulares originários do direito, os seus sucessores ou os que adquiram a título derivado (...) podem prescindir de utilizar a obra sem que tal tenha qualquer consequência na sua posição jurídica de titulares do direito de autor respectivo.” (Ascensão, 2008, p. 390ss).

Concederemos especial atenção para a transmissão e a autorização, enquanto modalidades de disposição do conteúdo patrimonial, cujas vicissitudes são fundamentais para o objeto de estudo.

Assim, quanto à autorização, a lei utiliza a palavra *autorizar* para designar conceitos diferentes. “O primeiro corresponde a um tipo abstracto de negócios, a que poderemos dar o nome clássico de *licença*, por implicar a concessão de uma ou várias faculdades de gozo da obra. O segundo, correlativo da proibição legal de violar o exclusivo económico ou de atingir a personalidade do autor corporizada na obra, equivale à noção de *consentimento*, necessário para a modificação de uma obra alheia (...)”<sup>69</sup>. Apenas quando falamos em autorização no sentido de *licença*, estamos perante um contrato entre o titular originário e o titular derivado, no segundo caso, quanto ao *consentimento* trata-se de um simples ato jurídico<sup>70</sup>.

Ao titular originário cabe decidir livremente, como é que a obra deverá ser utilizada, por si e/ou por terceiros, segundo a espécie e natureza da obra e de acordo com os modos de utilização actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser<sup>71</sup>.

O regime da autorização está consagrado no art. 41.º do CDADC e parece claro: “A simples autorização concedida a terceiros para divulgar, publicar, utilizar ou explorar a obra por qualquer processo não implica transmissão do direito de autor sobre ela.” Não pode assim o transmissário que obteve a autorização para publicar ou divulgar as fotografias, torna-la extensiva a terceiros, sem consentimento do autor <sup>72 73</sup>.

No caso das fotografias são comuns as licenças, por *ex.* o caso em que uma marca de vestuário quer usar uma determinada fotografia para estampar em *x* número de camisolas, será concedida uma licença pelo seu criador intelectual para a utilização da mesma, que não deve ser extensiva para outros fins que não os estipulados pelas partes.<sup>74</sup> Deve também constar obrigatoriamente “e especificadamente a forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço”, nos

---

<sup>69</sup> (Vitorino, 1995, p. 32).

<sup>70</sup> Neste sentido, veja-se também (Ascensão, 2008, p. 385).

<sup>71</sup> Cfr. Art. 9º, nº 2 e Art. 68º, nº 1 do CDADC.

<sup>72</sup> Veja-se (Rebello, 1994, p. 135).

<sup>73</sup> Quanto à forma veja-se o Ac. STJ 01.07.2008 (Relator: Sebastião Póvoas) “A autorização, pelo autor, da fruição e utilização da obra por terceiro tem de constar de documento escrito, presumindo-se onerosa e não exclusiva.”

<sup>74</sup> (Vitorino, 1995, p. 252).

termos do n.º3 do art. 41.º, e a sua forma necessariamente a escrita presumindo-se a sua onerosidade, de acordo com o n.º 2.

A autorização concedida dever-se-á limitar ao convencionado pelas partes uma vez que os vínculos que unem o autor à sua obra, mesmo depois da sua comunicação lhe conferem “o direito de interferir em qualquer outra modalidade não contratada ou surgida com a evolução tecnológica”<sup>75</sup> de acordo com o disposto no n.º2 do art. 15.º.

Relativamente à transmissão diga-se que a mesma pode ser parcial ou total.<sup>76</sup>A transmissão total dá-se quando as várias faculdades que compõem o direito económico da obra são transmitidas *ut universi*, sem discriminação de cada faculdade tomada por si.<sup>77</sup>A transmissão parcial, por seu turno conserva no seu titular originário o poder de dispor discriminadamente do seu conteúdo económico,<sup>78</sup> bem como a identificação da obra, o preço, o lugar e a duração.

Do supra exposto, conclui-se que as modalidades de disposição sobre a obra, neste caso a autorização e a transmissão presumem-se onerosas. Para além destas modalidades de disposição, o autor tem outros direitos inerentes à sua titularidade enquanto criador intelectual, não menos importantes, referimo-nos ao direito de sequência e de compensação suplementar.

O direito de sequência está previsto no art. 54.º, n.º 1 CDADC, fora introduzido na nossa legislação, na sequência do Ato de Bruxelas da CB – art. 14.º *ter*,<sup>79</sup>e consiste na possibilidade do autor enquanto criador intelectual da obra obter uma percentagem sobre o preço da obra resultante de vendas posteriores.<sup>80</sup> Assim, “em abstracto tem sido admitido

---

<sup>75</sup> (Bittar, 2003, p. 141).

<sup>76</sup>“As transmissões implicam a translação, ou seja, a passagem do objecto do direito patrimonial do autor para a esfera jurídica do transmissário, razão pela qual, sempre que a técnica permitir novas formas de exploração da obra, o direito de as aproveitar não pertencerá ao autor mas ao transmissário. Por outro lado, se o transmissário renunciar ao direito, este não regressará à esfera jurídica do transmitente, caindo pelo contrário, no domínio público.” (Vitorino, 1995, p. 251).

<sup>77</sup> Sobre a transmissão veja-se melhor: (Ascensão, 2008, p. 377).

<sup>78</sup> A título de exemplo a concessão do direito de edição, não implica a concessão do direito de traduzir.

<sup>79</sup> Ver Art. 14.º *ter* “(...) goza de um direito inalienável de beneficiar das operações de venda de que a obra é objecto após a primeira cessão praticada pelo autor.”

<sup>80</sup> “Este direito tem a sua origem em França e ainda hoje a designação por que é mais conhecido é a de *droit de suite*. A ideia, ao que parece, deve-se inicialmente ao advogado Albert Vaunois que, perante a situação de então do mercado de arte francês, em que o enriquecimento dos comerciantes e colecionadores, graças à especulação, contrastava com a situação de necessidade dos artistas plásticos e seus familiares, defendeu, num artigo da “Chronique de Paris”, de 25 de Fevereiro de 1983, a possibilidade de o artista participar economicamente nas vendas sucessivas (revendas) das suas obras. Referia Vaunois que ao alienar a tela o

que o direito de sequência possa funcionar, quer como uma participação na mais-valia gerada pelas sucessivas transacções, quer como uma percentagem sobre o respectivo preço. (...) O pagamento da participação constitui encargo do vendedor da obra de arte original, podendo o pagamento ser subsidiariamente exigido da entidade actuante no mercado de arte através do qual se operou a transacção”.<sup>81</sup>

Na explicação de VICTÓRIA ROCHA “em termos de direitos de autor, embora haja uma igualdade formal entre os diversos autores, há uma desigualdade material. O direito de sequência tem por função colmatar esta desigualdade material, na medida em que permite que o autor siga a sua obra através das sucessivas vendas realizadas no mercado secundário, participando nesses actos de exploração das suas obras.”<sup>82</sup>

O direito de sequência exclui dos seus efeitos, obras de arte originais de arquitetura e de arte aplicada, incluindo porém obras fotográficas, pinturas, desenhos, serigrafias *etc.* no seu âmbito, de acordo com o disposto no art. 54.º, n.º2. E, embora sendo de conteúdo patrimonial, possui características típicas dos direitos pessoais, na medida em que é inalienável e irrenunciável, nos termos do n.º 3 do art. 54.º CDADC, o que nos leva ao encontro das conclusões anteriormente tecidas acerca da extensão dos direitos morais.

Quanto ao direito a compensação suplementar, está relacionado com a repercussão que a obra possa tomar. Isto é, acontece com frequência que no início de carreira, o criador intelectual dispõe da sua obra a favor de terceiros em condições nitidamente desvantajosas para si mesmo, pela necessidade de obter recursos económicos imediatos. Explica LUIZ REBELLO que a “desproporção entre o preço da transmissão e o lucro que o transmissário retira da exploração ulterior da obra gera, em tais casos, uma situação de flagrante injustiça cuja rectificação as regras de equidade impõem.”

Deste modo é permitido ao criador intelectual e aos seus sucessores que reclamem uma compensação suplementar, que incidirá sobre os resultados da exploração, quando

---

artista cede a sua obra, mas o comprador não salda com o pagamento o valor que a assinatura representará mais tarde. O encarecimento da obra resultante do renome do artista justifica o pagamento de uma parte do preço ao autor e seus herdeiros.” (Rocha, O direito de sequência (*droit de suite*): um direito dos artistas plásticos, p. 1).

<sup>81</sup> (Leitão, 2011, p. 144).

<sup>82</sup>(Rocha, 2000, pp. 3 e 4).

“tendo transmitido ou onerado o seu direito de exploração a título oneroso, sofreram grave lesão patrimonial por manifesta desproporção entre os seus proventos e os lucros auferidos pelo beneficiário daqueles actos (...)”, nos termos do art. 49.º. Não é que estejamos perante uma alteração “anormal das circunstâncias determinantes da transmissão ou oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor, mas sim da necessidade de restabelecer o equilíbrio das relações entre o criador de uma determinada obra e o transmissário do direito sobre a mesma harmonia com o princípio de que o autor deve acompanhar a fortuna da sua obra.”<sup>83</sup>

### **3. Delimitação de situações de conflito**

*A imputação de autoria,*

---

<sup>83</sup> (Rebello, 2002, p. 92).

*mais do que reflectir uma personalidade criadora,  
serve a atribuição da titularidade originária do direito de autor.*

Alberto de Sá e Mello<sup>84</sup>

Ora, já havíamos referido o requisito da originalidade como condição para se considerar uma fotografia enquanto criação artística e pessoal do seu autor, objeto de tutela autoral – art. 164.º CDADC. O fotógrafo, por conseguinte – autor, tem “o direito exclusivo de a reproduzir, difundir e pôr à venda com as restrições referentes à exposição” nos termos do n.º1 do art. 165.º CDADC, dispondo das faculdades morais e patrimoniais inerentes à sua titularidade originária.

Sabemos de antemão, que os direitos patrimoniais são transmissíveis, alienáveis, e que o seu titular originário poderá dispor delas cedendo-as a um titular derivado. Logo a controvérsia dar-se-á mediante a natureza e conteúdo do contrato que se estabeleça entre as partes. O objeto desta análise versa porquanto sobre os contratos de encomenda e em execução de um contrato de trabalho ou cumprimento do dever funcional – de acordo com a primeira parte do n.º 2 do art. 165.º, quanto ao suporte físico da fotografia que operará a transmissão – art. 166.º.

### **3.1 Paralelismo de aspetos jurídicos do contrato de encomenda e as criações no âmbito do contrato de trabalho/cumprimento do dever funcional – regime geral**

Podemos definir o contrato de encomenda, o contrato pelo qual se encomenda a alguém a criação de uma obra intelectual mediante contrapartida pecuniária ou não, e que segundo o princípio da liberdade contratual (art. 405º CC) as partes podem ajustar

---

<sup>84</sup> (Mello, 2014, p. 57).

diferentes modos do seu procedimento, bem como conformar o seu conteúdo,<sup>85</sup> <sup>86</sup>cujo âmbito se dá fora de um contrato de trabalho ou do cumprimento de um dever funcional.<sup>87</sup>

Na sua prática, o contrato de encomenda consubstancia uma prestação de serviços nos termos do disposto do art. 1154.º CC, pois que à sua semelhança, o criador intelectual obriga-se a proporcionar à parte contratante um resultado do seu trabalho intelectual.<sup>88</sup> Faz sentido que assim o seja, nomeadamente quanto às obras fotográficas. Assim, por exemplo temos os contratos por encomenda de catálogos fotográficos de moda, fotografias de casamentos e outros eventos sociais, os retratos *etc.*, que são qualificados juridicamente como prestações de serviços.<sup>89</sup>

Por contraposição, o contrato de trabalho está previsto no art. 11.º do CT como “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito da organização e sob a autoridade destas”, sendo as principais características as enunciadas no art. 12.º deste diploma legal, também abrangido em certos casos pela protecção autoral.

As criações que surgem no âmbito laboral são maioritariamente programadas, pensadas nesse sentido.<sup>90</sup> Isto é, quando a entidade empregadora tem por escopo lucrativo uma actividade que requeira fundamentalmente a produção de resultados, criações artísticas, como *ateliers de design*, quando contrata alguém para essas funções tem na sua substância

---

<sup>85</sup> Veja-se melhor: (Martinez, 2011, p. 55).

<sup>86</sup>Sobre este aspeto, e quanto à declaração de vontade das partes explica P. ROMANO MARTINEZ, que as mesmas deverão seguir o regime do art. 217.º CC. Gozarão de liberdade formal, nos termos do art. 219.º CC, excetuando os casos em que a encomenda implicar a divulgação ou utilização da obra, bem como a transmissão do seu conteúdo patrimonial do direito de autor, as cláusulas deverão ser reduzidas a escrito, nos termos do art. 41.º e 44º CDADC. (Martinez, 2011, p. 57).

<sup>87</sup>Posição adotada pelo Ac. STJ de 11.07.2006 (Relator: Sebastião Póvoas).

<sup>88</sup>Assim o reconhece a jurisprudência, veja-se o Ac. do STJ de 06.05.2003 (Relator: Armando Lourenço): “Pode considerar-se dominante a orientação que vê neste tipo de relação jurídica uma relação de prestação de serviços inominada. Na falta de normas reguladoras contratuais, esta relação está sujeita às regras do mandato, com as necessárias adaptações (1156º).”

<sup>89</sup> Neste sentido pronuncia-se MENEZES LEITÃO “A posição que nos parece favorável é a de que a obra intelectual não pode ser objecto do contrato de empreitada, que se restringe a obras corpóreas, pelo que o contrato de encomenda de obra intelectual, previsto no art. 14.º CDADC não reveste essa natureza. A definição de obra constante do art. 1207.º CC é restrita às coisas corpóreas.” (Leitão, 2011, p. 194).

<sup>90</sup> “O empregador define as condições concretas (objecto, tempo, local) em que a actividade criadora se realiza. Ao dirigir a actividade laboral determina a função e conforma o conteúdo da prestação; deve identificar o mais que seja possível considerando a autonomia criativa do trabalhador, o género e características das obras a criar.” (Mello, 2015, pp. 81,82).

um forte elemento *intuitu personae*. Não será por isso equitativo afirmarmos, que estas criações intelectuais que surgem no âmbito laboral, decorrem da mera execução de instruções do empregador, como na maioria dos contratos de trabalho.<sup>91</sup>

Quem será portanto o detentor da titularidade dos direitos de autor nestes casos?

No âmbito destes contratos, explica LUIZ REBELLO que “a atribuição da titularidade do direito de autor, sob o aspecto patrimonial, é determinada em função do acordo celebrado entre o criador e a entidade que encomenda a obra ou por conta de quem ela é feita, havendo assim que proceder em cada caso concreto a uma análise dos termos do acordo, que pode ou não ser reduzido a escrito nos termos gerais do artigo 219.º do Código Civil.”<sup>92 93</sup>

Consagra o art. 14º CDADC, que na falta de convenção das partes a “titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual”. Acerca desta presunção de titularidade levantam-se vozes da doutrina portuguesa.<sup>94</sup>

OLIVEIRA DE ASCENSÃO pronuncia-se afirmativamente, “do critério básico do art. 14.º, n.º1 com a remissão para a autonomia privada, resulta que a obra pode ser originariamente atribuída a pessoa diversa do criador intelectual”.<sup>95</sup> Neste seguimento também escreve ALBERTO SÁ E MELLO “quando se prevê ‘por disposição em contrário’ a imputação de autoria pode estar desligada da titularidade – originária ao que parece – do direito de autor, bem pode avaliar-se o pequeno valor jurídico da associação do objecto jurídico -obra ao sujeito -criador.”<sup>96</sup>

Para VICTÓRIA ROCHA, o titular dos direitos continua a ser o autor, uma vez que o art. 14.º, n.º1 assenta no princípio de autonomia da vontade, traduzindo a liberdade de

---

<sup>91</sup> Ao “ «trabalhador intelectual (...) não pode exigir-se uma «medida concreta» de obras criadas, mas tão-só que empreenda diligentemente para criar as que tenham sido contratadas.” (Mello, 2015, p. 84).

<sup>92</sup> (Rebello, 2002, p. 55).

<sup>93</sup> Neste sentido o Ac. do STJ de 31.05.1991 (Relator: Moutinho de Almeida) que considerou que o contrato de obra por encomenda não exige forma escrita.

<sup>94</sup> Veja-se também o confronto de ordenamentos jurídicos estrangeiros nestas situações (Mello, 2015, pp. 98-110).

<sup>95</sup> (Rouxinol, 2014, p. 143).

<sup>96</sup> (Mello, 2008, p. 69).

contratar das partes e de fixarem o seu conteúdo. Neste sentido, os contratos de encomenda, e de trabalho não importam a cessão implícita de direitos sobre a obra como resulta do art. 14.º. Explica a autora que “a presunção contida neste n.º 2 do art. 14.º parece não ter qualquer sentido útil, uma vez que, se não houver convenção sobre a atribuição do direito patrimonial de autor, é de aplicar a regra geral contida no art. 11º e 27.º de atribuição do direito ao criador intelectual.”<sup>97</sup>

Acrescenta ainda a autora, nas suas considerações acerca da presunção da titularidade, que não será por força de um contrato de trabalho que se derrogará o princípio da autoria estabelecido no art. 11.º CDADC; o autor pode continuar a ser o trabalhador. “Isto não significa, contudo, que o empregador não possa ser titular de direitos de autor. A obra realizada no âmbito de um contrato de trabalho tem vocação para pertencer àquele por conta de quem é realizada e sem a qual não existiria. Podem ser, por isso atribuídos direitos patrimoniais de autor à entidade empregadora, desde que o criador intelectual, pessoa física, esteja de alguma forma associado à exploração da obra.”<sup>98</sup>

Nestes contratos, estamos perante a possibilidade entre uma dissociação do direito de autor da pessoa do criador, o que não é necessariamente desvantajoso, desde que não se prejudiquem os direitos pessoais do criador intelectual - tendo em consideração o que já se disse anteriormente quanto aos modos transmissão, e à compensação suplementar, que está prevista neste regime geral de contratos de criação, no n.º 4 do art. 14.º Assim a entidade empregadora ou a entidade que encomenda, sendo titular dos direitos autorais poderá fazer utilizações diversas das estipuladas sem ser necessário o consentimento, contanto que pague a remuneração especial.

É criticável, porém, quanto a este regime geral dos contratos de encomenda, o fato de não estarem claros os critérios para apurar o *quantum* da remuneração especial prevista no n.º 4 do art. 14.º, criando uma incerteza. Repare-se que para as obras sejam protegidas têm de ser originais, e nestes casos, segundo a al. a) deste preceito: as criações intelectuais excedem claramente o desempenho, ainda que zeloso, da função ou tarefa que lhe estava confiada. Excedem a produção do resultado que lhes foi confiada, estamos perante obras

---

<sup>97</sup> (Rocha, 2009, p. 792).

<sup>98</sup> (Rocha, 2007, pp. 173-175).

originalíssimas? Foram executadas com um zelo acima da média, e por isso merecem uma remuneração especial, extra?

Concordamos com VICTÓRIA ROCHA, que tanto no contrato de encomenda, como no contrato de trabalho ou cumprimento do dever funcional, este aspecto é potenciador de litígios e que “na falta de acordo, competirá aos tribunais a fixação da remuneração, caso as partes optem pelo recurso a arbitragem art. 217.º CDADC.”<sup>99</sup> A al. b) do n.º 4, art. 14.º é mais objetiva, e determina também os casos em que se façam utilizações e se retirem vantagens extra que não estavam previstas aquando da convenção da obra encomendada, que nos parece razoável.<sup>100</sup>

Acrescente-se, no seguimento destas particularidades, que a presunção de titularidade pode não operar a favor do criador intelectual se o seu nome estiver omissivo, nos termos do art. 14.º, n.º3 CDADC. Nas palavras de ALBERTO SÁ E MELLO “disposições, como as do art. 14.º, n.º3 e do art. 27.º, n.º2, (...) desfazem as dúvidas que pudessem subsistir: (...) favorece a certeza jurídica quanto à utilização (titularidade das faculdades), mas não serve a verdade da imputação da criação a pessoa física determinada.”<sup>101</sup>Tendo em conta que não é usual que as obras de trabalhos dependentes sejam divulgadas sob o nome do seu autor, a presunção pode fazer depender significativamente, a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor para a entidade empregadora.<sup>102</sup> Este fator conjugado com o direito de paternidade enquanto direito moral – inalienável, irrenunciável e imprescritível pode revelar-se problemático.

Por sua vez, MILENA ROUXINOL, é da posição de que no âmbito de um contrato laboral a entidade empregadora não adquire a titularidade originária da obra, mas sim a titularidade derivada. Não obstante a disponibilização de instrumentos de trabalho pelo

---

<sup>99</sup> Explica também a autora que “A possibilidade de fazer utilizações não expressamente previstas no contrato parece converter, neste aspeto, o direito de exclusivo do autor num direito de remuneração, parecendo ser este um caso particular caso de licença legal.” (Rocha, 2009, p. 794).

<sup>100</sup> Neste sentido também ALBERTO SÁ E MELLO “caso aquele para quem a obra foi criada faça desta «utilizações ou retire vantagens não incluídas nem previstas na fixação da remuneração ajustada» deve suportar uma remuneração especial”. (Mello, 2008, p. 497).

<sup>101</sup> (Mello, 2008, p. 69).

<sup>102</sup> É uma presunção *iuris tantum* pois parece “que a todo o tempo, o autor poderá vir a revelar a sua identidade e autoria, elidindo a presunção. Todavia, os interesses da entidade empregadora deverão ser acautelados. Serão, portanto, de aplicar, numa hipótese de ulterior reivindicação da autoria – as limitações decorrentes do art. 15.º” (Rocha, 2009, p. 793).

empregador, que proporciona o nascimento da obra – e sem a qual a mesma não existiria, explica a autora que “não deve atender-se no quadro de um ordenamento jurídico assente nos pilares do modelo continental do Direito de Autor, que o empregador adquire originariamente qualquer posição *jus-autoral* sobre as coisas intelectuais que emirjam fruto do intelecto do prestador de actividade, da execução de um contrato de trabalho. Não poderá todavia deixar de deter um certo domínio patrimonial sobre aquelas criações, já que, de outro modo, se frustraria o próprio propósito útil do contrato de trabalho, pelo que só pode concluir-se que o empregador adquire, então, esse domínio por forma derivada.”<sup>103</sup>

Na posição de ALBERTO SÁ E MELLO “a titularidade dos direitos respeitantes aos «resultados» da actividade laboral do autor-empregado (...) não se forma na esfera jurídica do credor de tal prestação como efeito natural do contrato de trabalho. A lei é expressa em investir na titularidade originária do direito de autor ao criador da obra (art. 11.º CDA), prevendo – tão-só em condições estritas – a sua atribuição por convenção ao que com este contrate a sua criação (art. 14.º CDA)”.<sup>104</sup>

Paralelamente a esta ideia, VICTÓRIA ROCHA explica que “Admitir a titularidade a favor do trabalhador, significa privilegiar a criação, e portanto obedece a uma lógica idealista, individualista. Mas para que o regime seja razoável, haverá que fazer concessões a favor do investimento e a favor da criação. Quer o empregador, quer o trabalhador deverão estar, de alguma forma, associados à exploração da obra.”<sup>105</sup>

Concordamos com esta última reflexão. Parece-nos justo que a entidade empregadora detenha aspetos patrimoniais sobre a obra, porque ela nasce no seio da atividade da empresa, com os materiais disponibilizados pela mesma. O criador intelectual tem de ser recompensado, ficando de alguma forma ligado à sua exploração – o que parece

---

<sup>103</sup> (Rouxinol, 2014, p. 148).

<sup>104</sup> (Mello, 2015, p. 86).

<sup>105</sup> Veja-se melhor: (Rocha, 2007 p.177, 178) “Não se pode dizer, todavia, que o princípio da autoria sofra aqui desvios, uma vez que apenas podem ser cedidos os direitos patrimoniais que a lei não considere transmissíveis (o direito de sequência previsto no art. 54.º é intransmissível em vida) e que permanecem na titularidade do autor, pessoa física, os direitos pessoais, que são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.”

comportar a compensação suplementar, que se traduz numa justa equidade entre as partes. É importante por isso encontrar um equilíbrio entre a relação laboral e a criação.

Do mesmo modo, concordamos com ALBERTO SÁ E MELLO quando afirma que “o direito de autor constitui-se independentemente do vínculo contratual; a atribuição da titularidade a pessoa diferente do autor-criador depende de convenção específica que o determine – e este é um desvio importante, por exemplo, à ideia da «apropriação originária pelo empregador» de todo o resultado da actividade laboral do empregado.”<sup>106</sup>

Quanto ao contrato de encomenda sendo uma prestação de serviços, o autor será o titular originário da obra, e na execução do mesmo mediante o que estipular com a contraparte se delimitará a exploração patrimonial – autorização, transmissão total ou parcial dos direitos patrimoniais.

### **3.2 Da titularidade e da alienação do suporte fotográfico - paradigma de conflitos**

Das considerações resultantes do regime geral da titularidade nos contratos de criação por encomenda (artigos 14.º e 15.º), veremos que este regime específico para a fotografia é menos favorável para o autor, o que tem enorme relevância para os fotógrafos.<sup>107</sup>

No caso das fotografias em específico, a presunção estabelece-se de forma inversa nos termos do disposto do art. 165.º, n.º2, no qual “Se a fotografia for efectuada em execução de contrato de trabalho ou por encomenda, presume-se que o direito previsto neste artigo pertence à entidade patronal ou à pessoa que faz a encomenda.”

Assim, decorre que esta norma aplicar-se-á na ausência de acordo entre as partes. Uma vez que a lei não exige uma forma específica para a celebração destas convenções no âmbito de contratos de criação por encomenda, é desejável a existência de um documento

---

<sup>106</sup> (Mello, 2015, p. 87).

<sup>107</sup> “As obras fotográficas têm tido sempre um estatuto mais desfavorável do que a generalidade das obras protegidas pelo Direito de Autor, embora injustificadamente.” (Rebello, 2002, p. 222).

escrito por razões de segurança e facilidade de prova, e para prevenir conflitos acerca da titularidade.<sup>108</sup> Caso não exista convenção, numa obra feita por encomenda a lei presume que o direito de autor pertence a quem fez a encomenda, ou seja, o direito de autor é daquele a quem a obra se destina. E por essa razão, ao atentarmos ao texto do art. 166.º, surgem de forma equacionada algumas questões.

Sabemos que a titularidade originária, maioritariamente na doutrina surge como uma imputação de autoria que pode ou não coincidir com a pessoa do criador, de igual modo, sabemos também que patrimonialmente é possível mediante consentimento (em alguns casos até dispensada) a exploração, reprodução, exposição da obra... A transmissão da titularidade é operável no âmbito patrimonial do direito de autor, importando por isso perceber em que termos se dará a transmissão do suporte fotográfico com base na execução de um contrato.

Com efeito, é fundamental ter presente, que a obra *corpus mysticum* se distingue do seu suporte físico, o *corpus mechanicum*. Por ordem de razão, o direito de autor sobre a obra - coisa incorpórea, não se confunde com a sua fixação, ou seja o adquirente do suporte não goza de quaisquer poderes/direitos compreendidos no direito de autor, de acordo como art. 10.º.<sup>109</sup>

No entanto, o negativo/ficheiro fotográfico configura uma situação excepcional.<sup>110</sup> O negativo/película fotográfica configurou durante décadas o *corpus mechanicum* da obra fotográfica, hoje maioritariamente constituído por ficheiro digital. Era usual entre fotógrafos reterem os negativos para si, mesmo no âmbito de um contrato de prestação de serviços, pois que a reprodução das obras fotográficas dependia das películas. Dessa forma, o cliente/contratante sempre que precisasse de cópias das fotografias encomendadas

---

<sup>108</sup> Neste sentido veja-se a Sentença de Julgados de Paz de 29.04.2011 (Relator: Dulce Nascimento), a qual considerou num contrato de prestação de serviços “seja qual for o teor da negociação e acordo entre as partes, aceite de forma livre e esclarecida, o mesmo tem de ser firmado, preferencialmente por escrito e assinado pelas partes”.

<sup>109</sup> “A fixação em suporte material é, mesmo sob o instituto do ‘copyright’ não uma condição do reconhecimento de expressão formal criativa, mas condição de tutela, de outorga do exclusivo *jus autorial*. Mesmo nos ordenamentos em que a fixação em suporte é condição de tutela *jus autorial*, a obra existe enquanto tal ainda que desencarnada do seu suporte. Como bem cognoscível na imaterialidade da sua expressão formal, a obra intelectual é apenas susceptível de intelecção, não de apropriação.” (Mello, 2014, p. 109).

<sup>110</sup> Veja-se melhor (Ascensão, 2008, p. 505).

procuraria o fotógrafo novamente, requisitando novas cópias – que indubitavelmente constituíam grosso modo o lucro<sup>111</sup> pelos serviços fotográficos.<sup>112</sup> Por constituir o suporte físico, a detenção do negativo configura a única forma de reprodução.<sup>113</sup> Sem os negativos, o fotógrafo fica desprovido da sua obra, a alienação dos mesmos impede-o de ter o controlo material da obra.

Ao perder o controlo material da obra, a sua alienação poderá afetar a integridade, genuinidade da mesma interferindo com o núcleo do direito moral.

Resulta do art. 166.º CDADC que “A alienação do negativo de uma obra fotográfica importa, salvo convenção em contrário, a transmissão dos direitos dos artigos precedentes.” Ora, os direitos precedentes consistem no direito exclusivo de reproduzir, difundir, pôr à venda, reprodução e venda de retratos, de acordo com o n.º1 do art. 165.º Como se disse, o negativo configurava a única forma de se reproduzirem as fotografias. As fotografias impressas em papel fotográfico não são mais do que a exteriorização da película. Com a película podem-se imprimir as fotografias em variados formatos – ampliações, e também a impressão em outros tons, o que na ausência das mesmas prejudica a qualidade da impressão. O mesmo se dirá relativamente aos ficheiros digitais – o *corpus mechanicum* fotográfico de hoje, que na ausência do formato original em alta resolução fica prejudicada a reprodução.

O fato de que não se afigurar possível proceder a modificações das obras diretamente na película do negativo, protegia a genuidade e integridade da obra – o direito moral intrínseco à mesma, sendo a resposta da lei aqui satisfatória. Mas o mesmo já não se pode dizer quanto aos ficheiros fotográficos, que podem ser modificados através de programas, fruto do avanço tecnológico, podendo ser desastroso para o seu criador intelectual.

---

<sup>111</sup> “Enfim o mundo da reprografia, mesmo utilizando processos fotográficos, suscita problemas diversos e só lucra se for mantido distinto deste.” (Ascensão, 2008, p.501).

<sup>112</sup> Falamos aqui de contratos de prestação serviços comuns de cobertura de eventos sociais com celebrações de casamento, sem prejuízo do que já fora referido quanto à originalidade e proteção autoral.

<sup>113</sup> Sem prejuízo do art. 168.º, n.º1 “Salvo convenção em contrário, a fotografia de uma pessoa, quando essa fotografia seja executada por encomenda, pode ser publicada, reproduzida ou mandada reproduzir pela pessoa retratada ou por seus herdeiros ou transmissários sem consentimento do fotógrafo seu autor.”

Concordamos que a detenção do suporte fotográfico agiliza a sua utilização, logo na fotografia é indissociável a obra criação intelectual – *corpus mysticum*, do seu *corpus mechanicum* – suscetível de apropriação, ao contrário de outras obras. Não parecem resistir dúvidas quanto a esta premissa.

Nos contratos de trabalho dependente, temos o caso paradigmático dos fotojornalistas, onde é comum o jornalista inserido num enquadramento empresarial – usar os materiais disponibilizados pela entidade empregadora onde a cedência do suporte físico parece estar implícita. Vejamos que um fotojornalista que fotografe no cumprimento de um dever funcional – a película fotográfica/ficheiro digital - constitui um meio para um fim. Não podemos contudo negar, que nesta área profissional estejamos perante fortes possibilidades de se produzirem fotografias originais (cujo âmbito de proteção será valorado pelo art. 164.º CDADC), constituindo portanto verdadeiros contributos para a sociedade, como por exemplo reportagens de guerra, acontecimentos históricos, *etc.* Logo o trabalhador aqui excede as meras instruções da entidade patronal, criando obras intelectuais que são uma mais-valia para a empresa jornalística.

Enquanto *freelancer* o fotojornalista procede na maioria das vezes à alienação do negativo à entidade empresarial que encomenda as fotografias – tendo interesse nisso mesmo. Não parecendo inaceitável, que, em determinação do resultado obtido pela encomenda tenha direito a uma recompensa suplementar, e tendo ainda em consideração os fins para os quais as fotografias serão usadas - nos termos do art. 165.º n.º 3 “Aquele que utilizar para fins comerciais a reprodução da obra fotográfica deve pagar ao autor uma remuneração equitativa.”

No entender de ALBERTO SÁ E MELLO quanto à natureza desta atribuição de direitos de autor “a propriedade do negativo, película fotográfica/fotograma que seja suporte da obra fotográfica não determina, por si só, a titularidade de qualquer direito de autor; não obstante, pode deduzir-se da alienação desse negativo – pelo autor ao comitente da obra fotográfica – a atribuição de faculdades de exploração económica da obra que fixa.”<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> (Mello, 2008, p. 317).

Quanto a nós, concordamos antes com a reflexão de OLIVEIRA DE ASCENSÃO relativamente ao alcance da alienação do negativo. “Em matéria de transmissão surge um modo típico da fotografia, também sem paralelo noutros lugares. A alienação do negativo de uma obra fotográfica implica a transmissão dos «direitos referidos nos artigos precedentes» (art. 166.º). Na realidade, há apenas os direitos referidos no art. 165.º/1. Pelas razões indicadas acima, esses «direitos» são afinal o direito de autor sobre a fotografia.” Conclui-se, que a alienação do negativo nos termos do art. 166.º - está inerente a presunção de que foram cedidos os direitos de autor sobre a fotografia. Acrescenta ainda o autor, que por se tratar de um modo de transmissão completamente diferente dos demais “os efeitos não estão ligados à mera tradição do negativo, como mudança física, mas ao negócio de alienação que seja acompanhado da constituição de direitos sobre o negativo”.<sup>115</sup>

Em ordem a responder às questões acima suscitadas, temos que, a alienação do negativo (entenda-se também outro modo análogo de suporte físico como o ficheiro digital) comporta a transmissão total dos direitos de autor previstos no art. 165.º CDADC, pois estes residem no seu suporte, excecionalmente a outras obras.

Por outro lado, é prudente uma reflexão acerca da totalidade da transmissão do conteúdo do direito de autor. Permanece a exceção de sempre, os direitos morais. Estes enquanto inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, sobrevive-lhes o alcance da transmissão dos direitos patrimoniais. Acresce que nos dias de hoje, a fotografia pode ser alterada substancialmente - pelo avanço tecnológico – deixando de se identificar com a obra originariamente criada pelo fotógrafo. Estas modificações são possíveis - aquando do momento da transmissão do suporte nos termos do art. 166.º.

Como poderá reagir o criador intelectual no âmbito dos direitos morais?

A falta de exigência de forma escrita nos contratos de encomenda é potenciadora de litígios, pois dificultará as reações do criador perante uma afetação da genuinidade e integridade da obra.

Veja-se também, que, os exemplares das obras fotográficas devem conter como indicações obrigatórias o nome do fotógrafo, nos termos do art. 167.º CDADC al. a), só

---

<sup>115</sup> (Ascensão, 2008, p. 505).

podendo ser reprimida a reprodução como irregular das fotografias que contenham esta indicação. Ora, parece que a proteção da reprodução abusiva da obra fotográfica depende da indicação do seu autor. Será desejável portanto, que o fotógrafo no momento da alienação do suporte físico imprima nos exemplares o seu nome. Não só pelo aspeto de ter legitimidade para agir nos termos do n.º 2 do art. 167.º - exigindo as retribuições equitativas para evitar a reprodução abusiva, mas também para evitar as modificações, hoje possíveis no ficheiro digital.

Criticamos por isso o texto da norma destes preceitos e a liberdade de forma. Porque se hoje são possíveis modificações dos aspetos substanciais da realidade que a fotografia retrata, essas mesmas técnicas possibilitam o adquirente dos ficheiros a retirarem a identificação do autor – aposta em marca de água, e dificultará litigiosamente a provada má fé de quem fez a reprodução e/ou modificação.

Acresce que no título IV do CDADC se estabelecem os meios de defesa da violação do direito de autor, *in casu* dos direitos morais. Neste seguimento será punido penalmente, nos termos do art. 198.º quem atentar contra a genuinidade ou integridade da obra ou prestação, praticando ato que desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor ou do artista. Mas a dúvida permanece...

Se hoje é possível a modificação, a afetação do direito moral, e uma vez que o direito patrimonial foi transmitido na totalidade, porque permanece a falta de resposta legislativa perante a evolução tecnológica?

Estes aspetos de enorme relevância para estes criadores intelectuais estão difusos. Não só quanto ao conteúdo patrimonial – da reprodução, bem como, quanto ao direito moral – reconhecimento pela identificação do seu criador, e integridade, genuinidade da obra quanto a modificações posteriores.

Não se conseguem delimitar os contornos jurídicos, o que é colorido – evidente, e o que é a preto e branco – obscuro para a proteção dos fotógrafos.

## **Conclusões**

Da análise do requisito da originalidade como condição de proteção autoral, a harmonização parcial adotada pela UE consiste na premissa da obra ser o resultado da criação intelectual do autor. E parece que este conceito subjetivo, e incerto tende a permanecer pelas diferenças ideológicas de sistemas de proteção autoral nos países dos Estados-Membros.

O mesmo se dirá quanto ao conceito de originalidade das obras no ordenamento jurídico português, omissa na parte geral do CDADC e subjetivo na parte especial quanto

às obras fotográficas – nos termos do art. 164.º. Pelas variadas dificuldades que esta avaliação comporta nas fotografias, desde a tendência para considerar o processo como mecânico e maioritariamente vulgarizado pelo facilitado acesso do público à atividade fotográfica, bem como o excesso de fotografias que nos rodeiam, a tarefa do julgador afigura-se essencial perante um litígio de reconhecimento de direitos. A doutrina é dispar, e a jurisprudência hesitante.

Ao mesmo tempo, uma definição única de originalidade nunca conseguiria concretizar um padrão para todas as obras, desprotegendo-as. É certo que este requisito permanecerá incerto.

Quanto aos direitos morais, estes legitimam as formas de reação do criador intelectual, reconhecem a essência da obra protegendo-a na pessoa do seu criador. Intimamente ligados à personalidade da criação intelectual não são transmissíveis, renunciáveis e alienáveis. Os seus contornos permitem regular a dissociação da titularidade originária da derivada, sobrepondo-se aos direitos patrimoniais.

Dissertámos também sobre a presunção e imputação de autoria das obras intelectuais, no âmbito dos contratos por encomenda e no caso de contrato de trabalho/cumprimento do dever funcional, quanto à parte geral da lei. Neste plano, somos da posição de que a titularidade originária permanece intrínseca ao criador de formas diferentes. No contrato de encomenda enquanto prestação de serviços, o autor conserva a titularidade originária, podendo dispor patrimonialmente da mesma por diversas faculdades. No contrato laboral por sua vez, somos da posição que outros elementos têm de ser ponderados. De um lado, ter-se-á em conta a disponibilidade de materiais pela entidade empregadora que faz a obra nascer, bem como a caracterização da atividade, por outro lado, a criação intelectual executada por um trabalhador que não deve ser completamente dissociado de si – isto é, não prejudicando o seu reconhecimento. Concordamos por isso, que a titularidade originária se dá na pessoa do criador, e que a empresa adquire derivadamente, devendo contudo haver um justo equilíbrio entre as partes. A exploração económica da obra pertence à entidade empregadora, devendo o trabalhador participar das formas de exploração da obra estipuladas no contrato, o que configurará

nestes termos a possibilidade de uma recompensa suplementar se se fizerem utilizações não convencionadas.

Quanto às obras fotográficas, reguladas na parte especial do CDADC, a imputação de autoria estabelece-se de forma invertida de acordo com o artigo 165.º, n.º2. Assim, presume-se que a titularidade do direito de autor pertence à entidade patronal ou à pessoa que faz a encomenda. O mesmo vale para a alienação do suporte fotográfico, previsto no artigo 166.º, sublinhando-se contudo que se tratam de presunções *iuris tantum*.

O problema reside no *corpus mechanicum* da fotografia, que abrange a obra *per se*, traduzindo-se na única forma de reprodução das mesmas. O suporte físico da fotografia é indissociável da sua obra, pois é nas películas fotográficas/ficheiros que reside a disponibilidade patrimonial. Somos da opinião de que esta conceção de *corpus mechanicum* é excecional quanto às restantes obras, e merece uma análise diferente.

O *corpus mysticum* e o *corpus mechanicum* estão reunidos num único suporte, em conjunto com as suas faculdades patrimoniais previstas no artigo 165.º, n.º1, por isso afirmamos tratar-se de uma forma de transmissão total do direito de autor. Prudentemente concordamos também que os direitos morais não se incluem nessa totalidade.

Por outro lado, urge compreender, que hoje o suporte físico fotográfico se dá maioritariamente em formato digital, e que há programas que foram criados para melhorar o aspeto das fotografias, e dos seus erros técnicos. Essas modificações porém podem alterar a substância da fotografia se aplicadas ao extremo, afetando a integridade e genuinidade da obra concebida primariamente pelo seu criador. Esta é uma das desvantagens do avanço tecnológico, que pode afetar consideravelmente o direito moral do fotógrafo.

Os seus meios de reação para proteger a obra dão-se no aspeto moral, uma vez transmitido o monopólio gerador da criação. A falta de resposta da lei neste sentido é evidente. Criticamos por isso a falta de exigência de forma legal para estas convenções dos contratos de encomenda que envolvem o suporte fotográfico, potenciadoras de litígios.

Não está explícito os meios de reação para estas novas ameaças tecnológicas, que dificultam a prova do reconhecimento do autor enquanto indicação obrigatória, e para reprimir a reprodução abusiva por má fé nos termos do artigo 167.º CDADC.

O CDADC pode ainda estar pensado para o formato analógico – a película fotográfica, deixando a preto e branco o regime da obra fotográfica face à proteção de outras obras.

## Jurisprudência Citada

### Nacional:

- Ac. STJ de 31.05.1991 - Relator: Moutinho de Almeida;
- Ac. STJ de 06.05.2003 - Relator: Armando Lourenço;
- Ac. STJ de 10.11.2005 - Relator: Nuno Cameira;
- Ac. STJ de 11.07.2006 - Relator: Sebastião Póvoas;
- Ac. STJ de 01.07.2008 - Relator: Sebastião Póvoas;
- Ac. STJ de 05.07.2012 - Relator: Gabriel Catarino;
- Ac. STJ de 29.11.2012 - Relator: Serra Baptista;
- Ac. TRL de 04.11.1998 - Relator: Arlindo Rocha;
- Ac. TRL de 04.11.2004 - Relator: Fernanda Isabel Pereira;
- Ac. TRL de 02.07.2009 - Relator: Octávia Viegas;
- Ac. TRP de 08.07.2004 - Relator: Dias Cabral;
- Ac. TRE de 10.07.2007 - Relator: António João Latas;
- Sentença de Julgados de Paz de 29.04.2011 - Relator: Dulce Nascimento.

### Internacional:

- Ac. PCC de 22.06.2011, *Temple Island Collection Ltd* contra *New English Teas Ltd and Another*;
- Ac. TJ de 01.12.2011, processo C-145/10, *Eva-Maria Painer* contra *Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, SüddeutscheZeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMontSchauberg Expedition der KölnischenZeitung GmbH & Co KG*;
- Ac. TJ de 16.07. 2009, processo C-5/08, *Infopaq International A/S* contra *Danske Dagblades Forening*.

## Legislação Citada

### Nacional:

- Código Civil – Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro;
- Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos Lei - Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril;
- Código do Trabalho – Lei n.º 8/2016, de 1 de Abril.

### Convenções/Tratados:

- Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas – DL n.º 73/78, de 26 de Julho;
- Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor (OMPI) – Resolução da Assembleia da República n.º 53/2009, de 30 de Julho;
- Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC) – Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, de 27 de Dezembro.

### Diretivas Comunitárias:

- Diretiva 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador;
- Diretiva 93/98/CEE, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos;
- Diretiva 2001/29CE de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação;

- Diretiva 2006/116, de 12 de Dezembro de 2006 relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos.

## Bibliografia Citada

- AKESTER, Patrícia (2004). *O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital* (1ª ed.). (P. U. Científicas, Ed.) Cascais: PRINCIPIA.
- AKESTER, Patrícia (2013). *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- ALVES, Valter da Silva (2014). *O Crime de Usurpação de Direitos de Autor* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José Oliveira de (2008). *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos* (Reimpressão ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- BITTAR, Carlos Alberto (2003), *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- BURREL, Robert, & HUDSON, Emily (2013). *Property Concepts in European Copyright Law*. In H. R. Howe, & J. Griffiths, *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- COLOMBET, Claude (1988). *Propriété littéraire et artistique et droits voisins* (4ª ed.). Paris: Dalloz.
- CHIMIENTI, Laura (2006), *Lineamenti Del Nuovo Diritto D'Autore* (7ª ed.). Milano: Giuffrè Editore.
- DRUMMOND, Victor Gameiro (2015). *Os privilégios monopolistas como elementos comuns para os sistemas de Copyright e de Droit d'Auteur e o déficite filosófico do direito de autor*. In D. M. Vicente, J. A. Vieira, A. D. Pereira, S. d. Casimiro, & A. M. Silva, *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José Oliveira de Ascensão 50 Anos de Vida Universitária* (pp. 601-625). Coimbra: Almedina.
- GOLDSTEIN, Paul, & HUGENHOLTZ, Bernt (2013). *International Copyright - Principles, Law and Practice* (3ª ed.). New York: Oxford.

- GOMPEL, Stef van., & LAVIK, Erlend (2013). *Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: an inquiry into EU copyright law's eschewal of other criteria than originality*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-51, University of Amsterdam .
- KOGAN, Terry S. (s.d.). *The Enigma of Photography, Depiction, and Copyright Originality*. Legal Studies Research Paper Series - S.J. Quinney College of Law research paper No. 125 , p. 871.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2011). *Direito de Autor* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- LUCAS, André, & LUCAS, Henri-Jacques. (2001). *Traité de la Propriété Littéraire at Artistique* (2ª ed.). Paris: Litec.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2011). *Contratos de Encomenda de Criação Intelectual*. In C. F. Almeida, L. C. Gonçalves, & C. Trabuco, *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial* (1ª ed., pp. 55-77). Coimbra: Almedina.
- MELLO, Alberto de Sá e (2008). *Contrato de Direito de Autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- MELLO, Alberto de Sá e (2014). *Manual de Direito de Autor* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- MELLO, Alberto de Sá e (2015). *Trabalho Criativo Subordinado - A Criação de Obras Intelectuais em Execução de Contrato de Trabalho*. *Direito & Justiça - Revista da Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa* , Volume I.
- MICHALOS, Christina (2004). *The Law of Photography and Digital Images*. London: Sweet & Maxwell.
- NALIMOVA, Olesya. *Photography as a Copyrightable Subject Matter*, Obtido de <http://www.turin-ip.com/research-papers/papers-2008/nalimova-final-pdf>.
- PAIS, Sofia Oliveira (2011). *Entre Inovação e Concorrência* (1ª ed.). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

- PEREIRA, Alexandre Dias (2011). *A duração dos direitos de autor e conexos*. In J. C. Mendes, M. J. Costa, A. S. Franco, G. M. Silva, & R. Medeiros, *Direito & Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes* (1ª ed., Vol. I, pp. 109-135). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PEREIRA, Alexandre Dias (2008). *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- PORTUGUESES, Ordem dos Engenheiros (Novembro/Dezembro de 2004). *Consultório Jurídico*. (P. n. 84, Editor) Obtido de Ordem dos Engenheiros Portugueses: <http://www.ordemengenheiros.pt/pt/centro-de-informacao/dossiers/consultorio-juridico/direitos-do-autor-de-projecto-de-arquitectura-na-execucao-da-obra/>
- REBELLO, Luiz Francisco (1994). *Introdução ao Direito de Autor* (Vol. I). (S. P. Autores, Ed.) Lisboa: Publicações Dom Quixote.
- REBELLO, Luiz Francisco (2002). *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado* (3ª ed.). Lisboa: Âncora Editora.
- ROCHA, Maria Victória (2000), *O direito de sequência (droit de suite): um direito dos artistas plásticos*. Obtido de Associação Portuguesa de Propriedade Intelectual: [http://www.apdi.pt/pdf/O\\_direito\\_de\\_sequ%C3%Aancia.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/O_direito_de_sequ%C3%Aancia.pdf)
- ROCHA, Maria Victória (2007). *A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho*. In A. J. Monteiro, & F. d. Coimbra (Ed.), *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Prof. A. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, e Vasco Lobo Xavier* (Vol. I Congresso Empresas e Sociedades). Coimbra: Coimbra Editora.
- ROCHA, Maria Victória (2008). *Contributos para a delimitação da "originalidade" como requisito de protecção...* In J. F. Dias, J. J. Canotilho, J. d. Costa, & B. d.-S. 3 (Ed.), *ARS IVDICANDI Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves* (Vol. II: Direito Privado, pp. 733-792). Coimbra: Coimbra Editora.

- ROCHA, Maria Victória (2009). *Questões de forma nos contratos de exploração de direitos de autor e direitos conexos em Portugal*. In D. L. Campos, & B. d.-S. 4 (Ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita* (1ª ed., Vol. II, pp. 769-795). Coimbra: Coimbra Editora.
- ROCHA, Maria Victória (2011). *Obras de Arquitectura como Obras protegidas pelo Direito de Autor*. In C. F. Almeida, L. C. Gonçalves, & C. Trabuco, *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial* (pp. 159-209). Coimbra: Almedina.
- ROSATI, Eleonora (2013). *Originality in EU Copyright - Full Harmonization through Case Law*. University of Cambridge - UK and European University Institute - Italy: Edward Elgar.
- ROUXINOL, Milena Silva (2014). *A vinculação autoral do trabalhador jornalista* (1ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- SCHRICKER, Gerhard (1987). *Urheberrecht Kommentar* (1ª ed.). München: C.H. Beck.
- SILVA, Nuno Sousa e (Out./Dez. de 2013). *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados .
- VALLÉS, Ramón Casas (2009). *The requirement of originality*. In E. Elgar, *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (pp. 102-103). Cheltenham, UK: Estelle Derclaye.
- VITORINO, António de Macedo (1995). *A eficácia dos contratos de direito de autor* (1ª Ed. ed.). Coimbra: Almedina.