

Trabalho criativo subordinado: A criação de obras intelectuais em execução de contrato de trabalho (com uma perspectiva de Direito comparado) *

ALBERTO DE SÁ E MELLO **

1. Trabalho criativo e liberdade criativa

I- O simples enunciado do título – “trabalho criativo subordinado” – parece encerrar uma contradição nos seus próprios termos. Dir-se-ia que a actividade criadora, entendida no sentido constitucional como “liberdade individual de acção criativa e da sua expressão (criadora)”, não se compadece com as características apontadas à prestação de trabalho subordinado.

A incongruência é, porém, só aparente: na criação de obra em execução de contrato, não é a “liberdade criativa” que se cerceia, são as condições concretas em que se desenvolve o processo criativo que se (pré) determinam; pelo que, salvaguardada a “autonomia técnica” do trabalhador contratado (o que as leis do trabalho em geral consagram), é a especificidade do conteúdo e a eficácia dos contratos de trabalho que tenham por objecto a criação de obras intelectuais que justifica exame autónomo.

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 305-337.

* O presente escrito adapta Capítulo do nosso “Manual de Direito de Autor”, Edições Almedina, Coimbra, 2014, que reproduz parcialmente. Foi publicada uma outra versão in “Estudos dedicados ao Senhor Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier”, Lisboa, 2015 e em “RFDC – Revista Fórum de Direito Civil”- ano 4 – n. 10, 2015, Belo Horizonte, Brasil.

** Doutor em Direito. E-mail: albsamello@netcabo.pt

Analisem-se, então, as condições concretas da prestação de actividade criadora em execução de contrato de trabalho para criação de obras intelectuais.

2. Enquadramento empresarial do trabalho criativo. Os fins do contrato

I- A actividade criativa realizada em cumprimento de contrato de trabalho é normalmente enquadrada por uma organização (uma empresa-empregadora) e desenvolvida sob a autoridade e direcção de um empresário/empregador.¹ Mas, como bem se entende, nem toda a criação de obra intelectual realizada em execução de contrato de trabalho é enquadrada por uma organização/empresa e nem todo o trabalho subordinado é executado num quadro empresarial.

II- Deve, aliás e em geral, refutar-se a ideia de “incorporação do trabalho na empresa” como marca distintiva da situação juslaboral: a prestação principal devida pelo

¹ A noção de contrato de trabalho subordinado – dita emergente da de *locatio operarum* – não se contraporia exactamente ao tipo do “contrato de obra” que, por exemplo, o direito civil italiano tipifica como “aquele em que uma pessoa se obriga a cumprir/completar, mediante uma contrapartida, uma obra ou um serviço, com trabalho predominantemente próprio e sem vínculo de subordinação para com o comitente” e que, distinto da *locatio operis*, teria a sua génese e fundamento em actividades de cariz pré-industrial enquadradas por uma estrutura empresarial. P. ROMANO MARTINEZ, “Direito das Obrigações (Parte Especial) - Contratos (Compra e venda, Locação, Empreitada)”, 2ª ed. Coimbra, 2001, Parte III, n.º II. § 4, 1.-I e respectiva nota (3), pags. 326/327, considera estas figuras emergentes (com reflexo, ainda hoje, no Código Civil espanhol - arts. 1583 a 1603 - e no Código Civil francês - arts. 1713 a 1778 e 1779 a 1799) da distinção da “*locatio conductio* do Direito Romano em três modalidades: a *locatio conductio rei*, que corresponde à actual locação; a *locatio conductio operarum*, antecedente histórico dos contratos de trabalho e de prestação de serviço; e a *locatio conductio operis faciendo*, que veio dar origem ao contrato de empreitada.”. Já PERULLI (“Il Lavoro Autonomo” - Contratto d’Opera e Professioni Intellettuali, in “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, vol. XXVII t. 1 (coordenado por CICU, A.; MESSINEO, F.; MENGONI, L.), Milão, 1996, pags. 172 ss.) reconduz a noção de *locatio operis* - tida como contrato que tem por objecto uma actividade que visa a obtenção de um determinado resultado com a contrapartida de uma correspondente vantagem patrimonial - a uma espécie de um género, a *locatio et conductio*, paralelo ao que filiar a *locatio rei* e a *locatio operarum*. Seria então imprópria a pertença desta última a uma mesma estirpe da *locatio operis*, da qual supostamente resultaria, por seu lado, o que hoje se caracteriza como “trabalho autónomo”. Este Autor considera mais correcto reconduzir a distinção clássica a apenas dos tipos de *locatio*: a *locatio rei utendae et fruendae* e a *locatio operis faciendi*, estando a noção de *locatio operarum* reservada à prestação material de trabalho escravo. Em desenvolvimento desta análise pode confrontar-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (“Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho”, Coimbra, 2000, § 3º, n.º 4.3.-III, pags. 75 ss. e § 7º, n.º 12-II a -V, pags. 168 a 183), que afirma como princípio de demonstração: “[...], parece-nos que, mesmo sem uma indagação histórica mais profunda sobre a figura da *locatio*, a delimitação unitária do direito laboral como área jurídica, [...], aponta para a modernidade do fenómeno do trabalho subordinado, que deve assim ser reconhecido como um produto da Revolução Industrial.”

trabalhador caracteriza-se, sobretudo, pela hetero-determinação do seu objecto, pré-determinado pelo empregador que fixa a função, e conforma-se, em cada momento, pelo poder de direcção patronal.

Referido à actividade criativa subordinada, significa isto que são as condições concretas de prestação da actividade laboral que devem conformar-se ao poder director patronal e que o objecto dessa prestação deve servir os fins de utilização da obra pelo empregador que contrata a criação.

No contrato de trabalho para criação de obras intelectuais, o objecto da prestação devida é conformado por outrem, o credor-empregador. Mas a conformação da prestação laboral aos fins de utilização da obra pelo empregador não implica uma definição prévia do objecto concreto dessa prestação; tal só ocorreria se, contratualmente, se fixasse cada uma das tarefas, actos e obras intelectuais contidos na prestação devida pelo autor-trabalhador, o que, manifestamente, não acontece.²

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. Mais, pré-determina os fins a cuja realização a prestação laboral deve subordinar-se e, ao fazê-lo, deixa conhecer os fins de utilização patrimonial das obras a criar em cumprimento do contrato.

III- Os fins de utilização das obras intelectuais criadas em cumprimento de um contrato de trabalho serão os contratualmente identificados (idealmente, empregador e trabalhador criativo convencionariam os fins de utilização das obras a criar) ou os

² Em tese geral, explica-o bem BERNARDO LOBO XAVIER, que, em aproximação à ideia de subordinação jurídica, salienta um aspecto conexo: a indeterminação do conteúdo da prestação devida: “Não individualiza [...] o contrato de trabalho aqueles serviços que o trabalhador é chamado concretamente a desenvolver: neles apenas se refere um tipo genérico de actividade. [...] Ora, a determinação a cada momento das tarefas a prestar pertence, no contrato de trabalho, ao outro contraente, que não as desenvolve, isto é, ao empregador. O conteúdo da prestação de trabalho é, pois, relativamente indeterminado, havendo lugar a uma especificação, a cargo do empregador, no que toca à modalidade concreta pretendida do serviço abstractamente prometido no contrato.” (BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, “Manual de Direito do Trabalho”, com a colaboração de Pedro Furtado Martins, António Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, 2ª ed., Lisboa, 2014, 9.1.3., pag. 310). Também JÚLIO GOMES aduz: “Embora balizada, designadamente pela categoria ou pelo conteúdo funcional desta, a prestação exigível há-de ser concretizável a par e passo, não se podendo sequer excluir que temporariamente sejam exigidas ao trabalhador outras funções, desde que não haja “modificação substancial” da sua posição [...]” (JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, “Deve o trabalhador subordinado obediência a ordens ilegais?”, in “Trabalho e Relações Laborais - Cadernos Sociedade e Trabalho”, n.º 1, Lisboa, 2001, pag. 181).

que se deduzam dos fins da própria organização/empresa do empregador, a quem o trabalhador criativo está vinculado.

A concessão de uma ou mais faculdades de utilização patrimonial de obras intelectuais é uma atribuição finalista de direitos, como, aliás, toda a atribuição patrimonial jusautorais.³ Por esta via, apenas se outorgam os poderes expressamente designados no acto de licenciamento/autorização de utilização⁴ ou, na falta de designação, estritamente os que se mostrem necessários à prossecução dos fins da atribuição.⁵

Os fins da atribuição podem ser expressamente enunciados no acto de concessão ou deduzir-se, por exemplo, dos fins da organização para a qual a obra é criada.

A concessão de faculdades (de)limitada pelo fim da atribuição não é mais do que uma regra interpretativa, a aplicar quando subsistam dúvidas sobre o âmbito dos direitos concedidos. Cede sempre que o âmbito (objecto) da atribuição esteja expressamente enunciado ou resulte inequívoco do acto.

³ O carácter finalista da atribuição patrimonial de direito de autor foi erigido em princípio fundador no ordenamento jurídico alemão.

Em explicação sumária da teoria da atribuição finalista ou da disposição funcional (“Zweckübertragungstheorie”), segundo SCHACK (“Urheber- und Urhebervertragsrecht”, 2ª ed., Tübingen, 2001, § 16-IV-3., pag. 249 (547), intercalados nossos): “[...] o autor, em caso de dúvida, não concede outras faculdades de exploração [“Nutzungsrechte”] que não as exigidas pela finalidade da “disposição”/atribuição [“Verfügung”]”. Mais acrescenta (*ibidem*) que deste princípio de interpretação – consagrado em várias disposições da lei de autor alemã, §§ 31(5), 37, 43, 88(2) UrhG alemã* (UrhG alemã* - lei de autor federal da Alemanha (“Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte - Urheberrechtsgesetz”, sucessivamente alterada até Lei de 1-10-2013), se conclui a tendência do direito de autor para permanecer ligado ao autor, na medida do possível: “A teoria finalista visa proteger o autor que, devido a desconhecimento ou necessidade económica, abdique dos seus direitos de forma generalizada. Pretende-se que o autor goze, na medida o mais alargado possível, dos frutos económicos da exploração da sua obra. Recorrendo a uma fórmula conhecida, ‘*in dubio pro auctore*’”.

No entanto, como acrescenta SCHACK (*ibidem*): “O § 31 não estabelece mais do que uma regra de interpretação que apenas pode aplicar-se quando existam dúvidas relativamente ao âmbito e dimensão da concessão de direitos.”. E prossegue (*ibidem*, também com intercalados nossos): “[O princípio da atribuição finalista/disposição funcional] Não serve as situações em que os tipos de utilização são enumerados individual e precisamente no contrato individual [...]”.

⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 1992, n.º 260, pag. 385, faz questão na precisão terminológica.

⁵ Assim, por exemplo, celebrado o contrato de realização e produção cinematográfica, os autores conservam todos os poderes relativos às suas obras não relacionados com a exploração audiovisual, permitindo-lhes a utilização e reprodução “em separado” das mesmas, por qualquer modo, “contanto que não prejudiquem a exploração da obra no seu conjunto” (art. 135º CDA*). Assim, também, por exemplo, celebrado o contrato de edição, o autor não só não transmite o próprio direito de publicação da sua obra como conserva o direito de autorizar a tradução e qualquer outra adaptação da mesma (art. 88º/2 CDA*).

IV- Quando pensamos na actividade laboral específica do autor-empregado, entendemos que a este não é exigível que prefigure mais do que os objectivos imediatos necessários à satisfação do interesse do credor-empregador. O trabalhador criativo cumpre a sua obrigação laboral diligenciando pelo resultado esperado pelo empregador que o contrata.⁶ Ao trabalhador contratado para criar obras intelectuais, podem ser fixados objectivos e parâmetros da criação (género de obras a criar, prazo para a criação), bem como as condições concretas de realização da prestação laboral (horário e local de trabalho, enquadramento funcional e hierárquico). Mas é um “trabalhador intelectual”, para usar a expressão tradicional que o Código do Trabalho abandonou, a quem não pode exigir-se uma “medida concreta” de obras criadas, mas tão-só que empreenda diligentemente para criar as que tenham sido contratadas.

O trabalhador contratado para criar obras intelectuais deve ter o seu plano de laboração definido superiormente, quer quanto a disciplina e horas de trabalho, género de obras a criar e respectivas características, quer quanto aos fins da utilização jusautorral pretendidos para as obras que crie.

E é precisamente porque a prestação criadora do trabalhador subordinado deve, neste sentido, realizar-se conformada às condições impostas pelo empregador, que é essencial que se conheçam os fins de utilização das obras criadas ou a criar em adimplemento de contrato de trabalho criativo subordinado.

V- É que a determinação dos fins de utilização patrimonial consentida à obra ou obras criadas em execução de contrato, como o de trabalho (ou o de prestação de serviços), limita o aproveitamento económico que possa ser feito das mesmas. O seu

⁶ Em termos gerais, LOBO XAVIER esclarece: “O contrato de trabalho é [...] inacabado – no sentido de não estar tudo definido no momento e fixado no momento da estipulação [...]. Não se identificam, pois, completa e pormenorizadamente no contrato todos os elementos da actividade laborativa. A sua fixação fica ao cuidado da entidade empregadora que, no exercício do seu poder complementar de “escolha”, desenha o programa de cumprimento do trabalhador, a executar de acordo com os fins que ela tiver por convenientes e que são caracteristicamente os da organização ao serviço dos quais está o contrato” (BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, “Manual de Direito do Trabalho”, cit., 9.1.3., pag. 311, com intercalados nossos). Especificamente sobre a relevância geral da prefiguração dos fins na conformação da actividade laboral, afirma MONTEIRO FERNANDES: “[...] o fim da actividade só é, neste plano, relevante se e na medida em que for ou puder ser conhecido pelo trabalhador. Já se vê que tal conhecimento pode ser impossível quanto ao escopo global e terminal visado pelo empresário-empregador; todavia, o processo em que a actividade do trabalhador se insere é naturalmente pontuado por uma série de objectivos imediatos, ou, na terminologia dos autores alemães, fins técnico-laborais [...], os quais, ou uma parte dos quais (pelo menos os directamente condicionados pela execução do trabalho), se pode exigir – e presumir – sejam nitidamente representados pelo trabalhador. [...] A relevância do fim da actividade comprometida pelo trabalhador manifesta-se, antes de tudo, no elemento diligência que integra o comportamento por ele devido com base no contrato.” (ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho”, 17^a ed., Coimbra, 2014, n.ºs 83 e 84, pág. 117, com intercalados nossos).

criador, ainda que permaneça titular do direito de autor sobre as suas criações, não pode utilizá-las para fins diferentes dos convencionados no contrato (art. 15º/1 CDA*⁷), o mesmo sucedendo com o empregador.

A lei refere os “fins previstos na convenção” sem indicar qual esta seja. Deve entender-se que se trata daquela em que está estipulada a atribuição do direito de autor sobre as obras assim criadas. Convenção esta, que, como veremos, assoma como autónoma, específica, no contrato de trabalho.

Na falta de convenção, não pode, em qualquer caso, o trabalhador-criador fazer da obra ou obras criadas em cumprimento do contrato utilização que prejudique os “fins para que foi produzida” (art. 15º/3 CDA*); os da exploração económica da mesma segundo os fins para que foi criada e que são, como vimos, se não convencionados, os que sejam próprios da empresa do empregador.

A delimitação dos fins de utilização patrimonial da obra criada é ainda relevante para definir a remuneração do autor-criador. Ainda que, por convenção ou presunção legal (como se verá), o direito de autor seja atribuído ao comitente/empregador, toda a utilização da obra para além dos fins previstos e retribuídos convencionalmente confere ao autor-empregado direito a uma “remuneração especial” (art. 14º/4 CDA*), para além da “ajustada” (*sic*, no texto da lei).⁸

2.1. A criação em execução de contrato de trabalho e as obras colectivas

A ideia de incorporação empresarial do trabalho criativo subordinado deve ser articulada com a de obra colectiva.

A obra colectiva é uma obra intelectual autónoma, da autoria de uma empresa. É fruto da conjugação de esforços (porventura também criativos) de vários sujeitos, mas autonomiza-se no seu todo como obra organizada e divulgada em nome dessa entidade (empresa), pessoa singular ou colectiva (art. 16º/1-b) CDA*).

⁷ CDA* - *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado por ratificação pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro; também alterado pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, pelo Decreto-lei n.º 332/97 e pelo Decreto-lei n.º 334/97, ambos de 27 de Novembro, pela Lei n.º 50/2004, de 24-8, pela Lei n.º 16/2008, de 1-4, pela Lei n.º 65/2012, de 20-12, pela Lei n.º 82/2013, de 6-12, pela Lei n.º 32/2015, de 24-4, e pela Lei n.º 49/2015 de 5-6.

⁸ Sobre o fundamento do reconhecimento deste direito a uma “remuneração especial”, pela utilização para além dos fins contratados de obras intelectuais (incluindo programas de computador) criadas em execução de contrato, ligando-o ao enriquecimento sem causa ou à alteração das circunstâncias contratuais, pode ver-se a interessante análise de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito do Trabalho”, 7ª ed., 2015, § 25-8-b.3, págs. 603 segs..

São exemplos de obras colectivas os jornais e outras publicações periódicas (como tal legalmente presumidos, art. 19º/3 CDA*) ou as enciclopédias. Nestas, é distinguível a acção individual criativa dos colaboradores da empresa – pessoa individual ou colectiva – que organiza a obra colectiva e em nome de quem esta é divulgada. À empresa, pertence a titularidade originária do direito de autor sobre a obra colectiva como um todo autónomo; àqueles, cujos contributos sejam distinguíveis, os direitos relativos às suas criações individuais.

Ora, é perfeitamente configurável a colaboração individual para uma obra colectiva sob contrato de trabalho que vincule os colaboradores criativos à empresa titular da obra colectiva. Em regra, o direito de autor sobre os contributos para obra colectiva que sejam discrimináveis pertence aos respectivos autores, que não podem, porém, fazer das suas obras utilização que prejudique a exploração da obra colectiva no seu todo (art. 18º/2 CDA* *ex vi* art. 19º/2 do mesmo Código). Mas, se a colaboração criativa individual para a obra colectiva for realizada em cumprimento de contrato de trabalho, aplica-se a regra geral para as obras criadas por conta de outrem, que consta do art. 14º CDA*. A titularidade do direito de autor determina-se, neste caso, de acordo com o que houver sido convencionado (art. 14º/1 CDA*). Na falta de convenção, presume-se que o direito pertence ao autor (art. 14º/2 CDA*). E, na circunstância de o nome do criador não ser mencionado, vigora a presunção contrária: o direito de autor é daquele para quem a obra foi criada (art. 14º/3 CDA*).

3. Criação intelectual assalariada, alienação do resultado do trabalho e atribuição do direito de autor

I- Considera-se, em termos gerais, a alienação do “resultado” da actividade laboral como efeito natural da execução do contrato de trabalho. Ora, o “resultado” (esperado ao menos pelo empregador) da prestação laboral criativa é naturalmente a criação de obras intelectuais, melhor, a aquisição do direito de autor sobre as que forem criadas em execução do contrato.

Mas a titularidade dos direitos respeitantes aos “resultados” da actividade laboral do autor-empregado – precisamente quando esses produtos constituam obras intelectuais – não se forma na esfera jurídica do credor de tal prestação como efeito natural do contrato de trabalho.⁹ A lei é expressa em investir na titularidade originária do

⁹ Desta, se diz – como ROMANO MARTINEZ - que: “[...] o trabalhador exerce uma actividade para outrem, alienando a sua força de trabalho; o trabalhador põe à disposição de outra pessoa a sua actividade, sem assumir os riscos. Assim, os resultados dessa actividade entram, desde logo, na esfera jurídica do empregador.” (PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito do Trabalho”, cit., § 24-9-a), pág. 527, com intercalado nosso). Contudo, o mesmo Autor logo consi-

direito de autor o criador da obra (art. 11º CDA*), prevendo – tão-só e em condições estritas – a sua atribuição por convenção ao que com este contrate a sua criação (art. 14º CDA*).

A verdade é que, quando a obra for criada no âmbito de uma actividade vinculada contratualmente, a situação jurídica de direito de autor constitui-se ainda na esfera jurídica do autor contratado. Qualquer atribuição de faculdades de utilização da obra – entenda-se como originária ou derivada, constitutiva ou translativa – depende, em primeiro lugar, da exteriorização da obra segundo expressão formal criativa: este é o facto – o facto singular – que faz nascer a situação jurídica de direito de autor. Mas não basta que a obra se exteriorize criada: a atribuição de faculdades jusautorais pelo autor-empregado depende de convenção que o estipule.

Quem se vincula contratualmente a criar uma ou mais obras intelectuais cumpre a obrigação pela adopção de uma conduta diligente que revele o “esforço criador”. Mas, ainda que da sua actividade resulte a criação de uma ou mais obras no âmbito contratado, a “obrigação de criar” a que aquele se vinculou não compreende, por si só, qualquer efeito atributivo de faculdades de direito de autor: o direito de autor constitui-se independentemente do vínculo contratual; a atribuição da sua titularidade a pessoa diferente do autor-criador depende de convenção específica que o determine – e este é um desvio importante, por exemplo, à ideia de “apropriação originária pelo empregador” de todo o resultado da actividade laboral do empregado.

II- O problema que se resolve pela averiguação do enquadramento (material e jurídico) da actividade criadora não é o da susceptibilidade de tutela jusautorais dos bens criados, mas o da conformação da situação jurídica de direito de autor nas criações “para outrem”. É verdade que, usualmente, o empregador enquadra empresarialmente a actividade de criação intelectual do seu trabalhador; nesta medida, organiza e dirige o processo de criação, determina uma função, deve até conformar a prestação do trabalhador/empregado, impondo-lhe uma disciplina laboral, pode fixar, de forma mais ou menos rígida, um período, horário e local de trabalho, fornece-lhe os

dera (*ibidem*, com intercalado nosso) que: “[...] esta perspectiva da alienabilidade da prestação de trabalho, válida no que respeita à generalidade das actividades desenvolvidas por trabalhadores, carece de uma adaptação no caso de se estar perante o cumprimento de um contrato de trabalho que pressupõe o desempenho de actividade criativa.”; e – depois de haver já admitido que possam suscitar-se “dúvidas quanto à integração no âmbito laboral no domínio de actividades artísticas, nas quais a criatividade tem um papel relevante” (P. ROMANO MARTINEZ, “Trabalho subordinado e Trabalho Autónomo”, *in* “Estudos do Instituto de Direito do Trabalho”, vol. I, Coimbra, 2001, 3.-b.2)-II, pag. 281) – desenvolve a explicação do regime “de Direito de Autor” nas obras criadas “por conta de outrem”. Logo aí julgamos que evidencia que, neste domínio, a titularidade dos (direitos respeitantes aos) “resultados” da actividade laboral do autor-empregado – precisamente quando esses “produtos” constituam obras intelectuais – não se forma na esfera jurídica do credor de tal prestação como efeito natural do contrato de trabalho.

instrumentos de trabalho adequados, se for o caso. Não se segue, porém, que a mera adstrição de origem contratual, ainda que de característica juslaboral (“subordinada”), à criação de obras intelectuais determine, por si só, a constituição, na esfera jurídica do empregador, de direitos sobre os “resultados criativos do trabalho”. Tudo depende do que se descobrir sobre o conteúdo da obrigação pelo que cria em execução de contrato de trabalho e dos efeitos do seu cumprimento: afinal, se aquele que “subordina” a sua actividade criativa aos poderes de autoridade e direcção patronais se vincula apenas à realização diligente de “prestações criativas” ou se, pelo mesmo acto negocial que o vincula à prestação laboral, também (ante-)dispõe do direito de autor nas obras que crie nesse enquadramento.

4. O contrato de trabalho de direito de autor

I – Como se disse, nem todo o contrato que tenha por objecto a criação de obras intelectuais tem eficácia jusautorais. A eficácia jusautorais depende de convenção específica que estipule que o contrato tem por objecto a criação de obras intelectuais e que estabeleça, se tal for pretendido, a atribuição do direito de autor à pessoa do empregador.

De outro modo, actos como os de execução (e, quiçá, a própria celebração) de um contrato de trabalho que compreendesse a prestação de “trabalho intelectual”¹⁰ aspirariam a uma plena eficácia jusautorais, pois qualquer obra intelectual criada “pertenceria”, a par de todos os demais “produtos” da actividade assalariada, à entidade empregadora. Na mesma linha de raciocínio, os actos pertinentes ao giro empresarial (e, quiçá, logo o próprio contrato constitutivo) de uma sociedade que tivesse por objecto principal (ou até por objecto único) a concepção, produção, divulgação e exploração económica de escritos, de programas de computador ou de bases de dados poderia considerar-se também com relevância jusautorais, independentemente de essa acção empresarial vir a traduzir a criação de qualquer obra literária, obra audiovisual, programa de computador ou base de dados “criativos”, contanto que todos(as) os(as) que produzisse e divulgasse o fossem no âmbito dessa iniciativa empresarial e divulgados(as) em nome de tal pessoa jurídica.

No entanto, é também verdade que daquele contrato de trabalho ou deste contrato de sociedade se diz que proporcionam o enquadramento jurídico necessário, quando conjugados com manifestação de vontade apropriada, à constituição (ou conforma-

¹⁰ Conforme caracteriza o expressamente previsto nomeadamente no art. 5º/1 da LCT* (“Lei do Contrato (individual) de Trabalho”/“Regime jurídico do contrato individual de trabalho”, de Portugal, aprovada pelo Decreto-lei 49408, de 24-11-1969; foi objecto de múltiplas alterações e está hoje revogada). O Código do Trabalho português vigente abandona a distinção terminológica entre trabalho manual e trabalho intelectual.

ção do conteúdo) de situações jurídicas de direito de autor. A ser assim, tal bastará para que se considere que deparamos com “contratos de direito de autor”? Deverá antes reclamar-se a configuração de contratos de trabalho e de contratos de sociedade com “regime especial”? A proposição verdadeira parece dever formular-se em moldes diferentes: para a produção de efeitos jusautorais é necessário que, da prestação de actividade contratada, advenha a criação de obra, já que só a sua exteriorização segundo expressão formal criativa constitui o direito de autor. Por outro lado, para que a conformação desse direito se verifique segundo modelo diferente do que resulta supletivamente da lei – que, em regra, imputa a titularidade originária do direito ao autor –, é necessário que a vontade contratual se manifeste especificamente nesse sentido: a atribuição do direito de autor nas obras criadas a ente estranho ao seu autor só se produz por efeito de convenção que o estipule especificamente. **A convenção com eficácia jusautorais assoma, assim, como autónoma, específica e atípica da convenção laboral.**

II- Conclui-se, então, que, para que ocorra a atribuição ao empregador – pessoa individual ou colectiva diferente do criador - do direito de autor sobre obras intelectuais criadas em execução de contrato,¹¹ são necessárias várias condicionantes:

- 1) A prestação laboral contratada deve ter por objecto a criação de uma ou mais obras intelectuais pelo trabalhador.

Se a criação de obras intelectuais não estiver fixada como objecto do contrato, às obras criadas acidentalmente pelo trabalhador não se aplica o regime de atribuição do direito de autor sobre as obras criadas para outrem em execução de contrato. Se, por exemplo, um trabalhador contratado para processar texto em computador criar acidentalmente uma ou mais obras intelectuais durante o período laboral e no local de trabalho (usando até, eventualmente, equipamentos do empregador) pertence-lhe o direito de autor sobre as mesmas nos termos gerais. Não se aplica o regime das obras criadas para outrem (até porque estas o não são), já que a criação – aquela criação específica – não se dá em cumprimento de um contrato ou dever funcional.

- 2) O género da obra intelectual criada deve corresponder àquele ou àqueles que estejam fixados como objecto do contrato.

Se um trabalhador contratado para escrever comentários jurídicos criar, durante o período laboral e no local de trabalho, uma peça musical ou um belo desenho, o direito de autor relativo a estes não segue as regras de atribuição do direito de

¹¹ Sobre a natureza desta atribuição patrimonial, cfr. o nosso “Contrato de direito de autor – a autonomia contratual na formação do direito de autor”, Coimbra, 2008, n.º 85-V, pags. 551 e segs.

autor em execução de contrato, já que a criação destas obras também não integra o objecto da prestação laboral contratada.

- 3) O direito de autor sobre a obra ou obras criadas em execução de contrato de trabalho com esse objecto deve ser atribuído àquele ou àqueles que contratam a criação com o autor empregado.

Só por efeito de convenção que estipule essa atribuição o contrato (de trabalho, de prestação de serviço) para criação de obras intelectuais adquire eficácia jusautorais com atribuição ao empregador comitente da titularidade do direito de autor nas obras assim criadas. Se faltar a convenção específica com incidência jusautorais, segue-se a regra geral (art. 14º/2 e /3 CDA*): o direito de autor pertence ao criador, salvo se, ao divulgar a obra, faltar a menção de autoria.

- 4) Em síntese, para que o contrato revista eficácia jusautorais, ou seja, para que seja atribuído o direito de autor sobre as obras criadas em sua execução a pessoa individual ou colectiva diferente do autor, é decisivo que, com ou sem enquadramento empresarial, se convençione:
- a) que a criação de obra intelectual é objecto do contrato; e
 - b) que o direito de autor sobre as obras que sejam criadas é atribuído ao comitente (empregador, beneficiário da prestação de serviço) como efeito da convenção que vincula à criação em execução do contrato.

5. Obras criadas em execução de contrato de trabalho – em especial: os trabalhos jornalísticos, as fotografias, os programas de computador, as bases de dados

I- No caso específico dos “trabalhos jornalísticos” (*sic*, no texto da lei) criados em execução de contrato de trabalho, mesmo que a colaboração seja assinada e o direito pertença ao respectivo autor, como é regra (art. 174º/1 CDA*), veda-se a sua publicação em separado antes de decorridos três meses sobre a data em que tiver sido posta a circular a publicação em que haja sido inserido tal trabalho, salvo autorização da empresa proprietária do jornal ou publicação congénere (art. 174º/2 CDA*). Quando o trabalho jornalístico não seja assinado ou identificado, o direito de autor é atribuído à empresa titular do jornal ou publicação e só com autorização desta poderá ser publicado em separado (art. 174º/4 CDA*).

II- Já quanto às fotografias criativas¹² criadas em execução de contrato de trabalho, a lei estabelece presunção (ilidível) contrária à do citado art. 14º/2 CDA* (ver *supra*):

¹² A lei (art. 164º/1 CDA*) estabelece requisitos mais exigentes de especial criatividade para a protecção pelo direito de autor destes objectos fotográficos, limitando a tutela como obras inte-

presume-se que o direito de autor pertence ao empregador (art. 165º/2 CDA*). Embora se possa pensar que as regras referidas como aplicáveis aos “trabalhos jornalísticos” são pensadas apenas para os textos escritos, não distinguindo a norma o género de obras, deve aplicar-se às fotografias publicadas em jornal o regime especial descrito para os restantes “trabalhos”.

O art. 165º/2 CDA* não é explícito na consagração de uma atribuição da titularidade da globalidade do direito patrimonial de autor ao comitente da obra fotográfica. Estabelece: “[...] presume-se que o direito previsto neste artigo pertence à entidade patronal ou à pessoa que fez a encomenda”. E que “direito” é esse? Não mais do que o conjunto de faculdades (“de reproduzir, difundir e pôr à venda com as restrições referentes à exposição, reprodução e venda de retratos ...”) que enumera no n.º 1 e que não preenchem o conteúdo íntegro do direito patrimonial, enunciado no art. 68º CDA*.

Em todo o caso, depara-se uma inversão do sentido da presunção (*ex art. 14º/2 CDA**) de atribuição do direito ao autor. A inversão desta presunção não invalida, porém, que o direito de autor possa ser atribuído convencionalmente ao autor. Tudo o que o art. 165º/2 CDA* faz é estabelecer que, quando a obra fotográfica seja criada em execução de contrato de trabalho, o direito de autor (o conjunto das faculdades enunciadas no art. 165º/1) pertence ao empregador, salvo convenção em contrário. É só o sentido da presunção do art. 14º/2 CDA* que se inverte.

III- Os programas de computador beneficiam de “protecção análoga à das obras literárias”, quando “tiverem carácter criativo” (art. 1º/2 LPC*¹³). Embora, não deva entender-se que são “obras literárias” (nem a lei o consagra), é expresso que os programas de computador, bem como o respectivo material de concepção, beneficiam da protecção por direito de autor como obras intelectuais, mas com regime especial.

A lei estatui que os programas de computador criados no âmbito de uma empresa se presumem obras colectivas. A norma não escamoteia que muitos programas de computador são criados no seio de organizações empresariais, mas como *contributos individuais* para outras obras, colectivas ou em colaboração, como por exemplo as audiovisuais/cinematográficas. Nos que sejam contributos para obras colectivas, aplicar-se-á o regime que atrás se descreve (cfr. *supra*, 2.1); nos que sejam, eles mesmos, obras colectivas, criados com enquadramento empresarial e divulgados em

lectuais às fotografias que revelem criatividade “na escolha do objecto” ou nas “condições de execução”.

¹³ LPC* - “Lei de Protecção jurídica dos Programas de computador”, de Portugal, aprovada pelo Decreto-lei n.º 252/94, de 20-10, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 2-A/95, de 31-1.

nome de uma empresa, o direito de autor pertence ao titular da empresa, pessoa individual ou colectiva.¹⁴

Quando o programa de computador é criado em cumprimento de contrato de trabalho (ou de prestação de serviço), o direito de autor é do empregador (ou outro “destinatário” do programa¹⁵), salvo convenção em contrário (art. 3º/3 LPC*). Inverte-se, assim, o sentido da atribuição do direito nas restantes obras criadas em execução de contrato (art. 14º/2 CDA*).

Sem novidade, a lei especifica que esta atribuição do direito de autor ao empregador só se verifica quando: a) o programa seja criado em execução de contrato que tenha por objecto essa criação; b) o trabalhador criativo crie o programa no exercício das suas funções; c) a obra seja criada para fins de utilização consentâneos com os do empregador ou da sua empresa. A lei expressa o último dos requisitos assinalados de forma singular: estatui que o direito não pertencerá ao empregador “se outra coisa resultar das finalidades do contrato”. Evidencia-se que devem transparecer do contrato os fins a que a utilização destas obras se destina e, como é regra geral, limitar-se em função destes a utilização dos programas de computador assim criados.

Quanto ao mais, aplicam-se aqui as demais regras que apontámos para as criações em cumprimento de contrato, incluindo o reconhecimento do direito a uma “remuneração especial” por utilização “não prevista na fixação da remuneração ajustada” (art. 14º/4 CDA* *ex vi* art. 3º/4 LPC*).

IV- As bases de dados são colectâneas de obras ou elementos informativos (dados) independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico, susceptíveis de acesso individual (art. 1º/2 LBD*¹⁶). As bases de dados que revelem criatividade na organização ou selecção dos dados são protegidas por direito de autor (obras-base de dados) (art. 4º/1 LBD*¹⁷).

¹⁴ A lei consagra, de resto, a *presunção* de que os programas de computador “realizados” no âmbito de empresa são obras colectivas (art. 3º/2 LPC*), ou seja, fruto do esforço conjugado de equipas de criadores enquadradas pela organização empresarial, investindo-se na titularidade do direito de autor a pessoa individual ou colectiva titular da empresa. Esta presunção pode ser ilidida, mediante prova de que o programa é antes exclusivamente fruto de acção individual ou em colaboração de criador(es) identificado(s), não sendo determinante para a criação o enquadramento empresarial.

¹⁵ A referência a “destinatário” do programa – vaga – destina-se a abranger em expressão única todo aquele para quem a obra seja criada, indiciando já a afectação da utilização destas obras aos fins deste.

¹⁶ LBD* - “Lei das Bases de Dados”, de Portugal, aprovada pelo Decreto-lei n.º 122/2000, de 4-7.

¹⁷ Em desenvolvimento deste tema, pode confrontar-se o nosso “Tutela Jurídica das Bases de Dados (A transposição da Directriz 96/9/CE), *in* “Direito da Sociedade da Informação” - vol. I, Coimbra, 1999, 3.1.B), págs. 129/130.

Presumem-se obras colectivas as obras-base de dados criadas no âmbito de empresa, segundo norma (art. 5º/2 LBD*) em tudo semelhante à que regula os programas de computador e que merece a mesma análise que esta.

A LBD* (art. 5º/3) atribui a titularidade do direito (patrimonial) de autor sobre as bases de dados criadas por “um empregado” (entenda-se, um trabalhador ou funcionário vinculado – também – à criação destas) no exercício das suas funções, e bem assim, nas que sejam criadas em execução de contrato de prestação de serviços, ao “destinatário da base de dados” (entenda-se, àquele para quem a base de dados foi criada).

Tal só assim não será se houver convenção em contrário ou se outra coisa resultar da finalidade do contrato. Inverte-se, assim, o sentido da presunção legal geral vigente para as obras criadas em cumprimento de contrato ou de dever funcional (art. 14º/2 CDA*).

6. O direito pessoal (“moral”) de autor nas obras criadas em cumprimento de contrato

Como se disse, nas obras criadas no âmbito de contrato para criação de obras intelectuais, o direito de autor pode ser atribuído, por convenção expressa, a pessoa diferente do criador da obra intelectual (art. 14º/1 CDA*); presume-se ser também essa a vontade das partes caso na obra falte a menção da designação que identifica o verdadeiro criador (art. 14º/3). Nos demais casos, segue-se a regra geral do art. 11º CDA* (cfr. art. 14º/2).

Nos casos em que o direito de autor é convencionalmente atribuído ao credor da prestação criadora, dito “comitente”, a atribuição circunscreve-se ao respectivo conteúdo patrimonial e, ainda assim, limitada à finalidade que a determinou.^{18/19} Não concebemos (nem as “referências éticas” para o seu exercício o justificam) que o direito de autor possa constituir-se amputado do núcleo de faculdades de índole

¹⁸ Situação essa – limitação convencional da utilização pela estipulação da sua destinação ou deduzida da própria convenção de atribuição do direito –, que sempre podemos verificar ser comum ao dito credor e ao próprio criador, independentemente de a titularidade do direito pertencer a um ou ao outro (cfr. art. 15/1 e 3 CDA*).

¹⁹ Mesmo num ordenamento jurídico, como o alemão – que veda a transmissão do direito de autor (incluindo o direito patrimonial), apenas consentindo na concessão (atribuição constitutiva) de faculdades jusautorais isoladas –, também ADOLF DIETZ (*in* “Urheberrecht - Kommentar”, coordenado por GERHARD SCHRICKER, 2ª ed., Munique, 1999, em anotação I-4, pag. 249 (17) *ante* §§ 12 ss. UrhG alemã) refere que a irrenunciabilidade e indisponibilidade do direito pessoal não obsta a que, no contexto da exploração económica da obra, possam ser transferidas certas faculdades ou se abdique da sua reivindicação, só sendo intransferível o núcleo fundamental do direito pessoal.

pessoal – situação aliás não prevista nas leis de autor sob a CB* (por todos, cfr. art. 6-bis/1 CB*²⁰).²¹

Sendo o direito pessoal de autor indisponível (cfr. art. 56º/2 CDA*), o criador da obra intelectual, conserva, assim e sempre, a titularidade do conjunto de faculdades que integram o direito pessoal, independentemente das vicissitudes que sofra o direito patrimonial de autor. Antecipa-se a dificuldade que reveste o seu exercício pelo autor quando se encontra afastado de qualquer utilização patrimonial da obra. Mas esta “dificuldade” não é diferente da que se sentirá em caso de transmissão total do direito patrimonial; ou quando, sob pena de perder o principal objectivo da sua opção, o autor tenha escolhido divulgar anonimamente. Ora, em nenhum destes casos alguém questiona que o criador da obra conserva o direito pessoal na sua plenitude.

Formulam-se, então, de seguida, as regras sobre o exercício do direito pessoal (dito “moral”) de autor em caso de atribuição do direito de autor a pessoa diferente do criador da obra intelectual, por efeito de convenção em contrato para criação de obra para outrem.

6.1. Direito de divulgação (ao inédito)

O principal problema aqui suscitado é o que nasce de o autor que cria a obra para outrem pretender que esta não seja (ainda) utilizada por não a considerar completa, perfeita, pronta para ser utilizada pelo comitente. Sendo o autor titular do direito pessoal ao inédito (de divulgar a obra como, quando e pelos modos que entender – e o de recusar essa divulgação, mantendo-a “inédita”), pode perguntar-se se, ao criar em cumprimento de contrato, está de algum modo inibido de exercer este direito ou se pode, invocando “o inédito”, recusar a utilização de obra sua, criada em execução do contrato, que chegue ao poder do empregador.

O autor, que haja criado a obra em execução de contrato para criação de obras intelectuais, apenas pode evitar a utilização nos termos convencionados, opondo-lhe o seu ineditismo, caso não tenha “manifestado por sinais inequívocos a intenção de

²⁰ CB* - Convenção de Berna “para a protecção das obras literárias e artísticas”, de 9-9-1886. O Acto de Paris desta Convenção foi aprovado, para adesão, em Portugal, pelo Decreto-lei n.º 73/78, de 26-7.

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO (“Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit., n.º 129-IV, pags. 195/196, com intercalados nossos), contudo, sustenta: “O titular originário que não for o criador intelectual não tem o direito pessoal de autor. Não tem o direito à integridade [...], pois a sua honra e reputação não estão em causa. Não tem o direito de retirada. Pode exercer os poderes correspondentes ao direito ao inédito, de modificação, ao nome e à paternidade. Mas supomos que nestes casos se trata de meros poderes patrimoniais.” – intercalado nosso.

divulgar ou publicar” (art. 50º/2 CDA*). Esta manifestação da intenção de divulgar pode deduzir-se, nomeadamente, de actos pelos quais o autor revele “completa” a obra criada, como seja a divulgação da obra pelo autor empregado pelos seus próprios meios, à revelia do empregador. É certo que a lei outorga ao autor a faculdade de recusar até a “penhora e arresto de manuscritos inéditos, esboços, desenhos, telas ou esculturas”, “quando incompletos” (art. 50º/1 CDA*). Porém, se tiver revelado por actos seus que a considera divulgável – e consideramos que a entrega ao empregador comitente de suporte em que esteja fixada a obra é “sinal inequívoco do propósito de divulgar” (art. 50º/2 citado) –, não poderá depois opor um ineditismo que, assim, o próprio já quebrou.

Depois de divulgada a obra – entenda-se, depois de quebrado o ineditismo, visto que sustentamos que o direito de divulgação se tem por exercido embora “não esgotado” –, o autor que tenha atribuído a outrem facultades de utilização apenas poderá obstar à exploração económica da obra, conforme aos fins da utilização consentida, pelo exercício do direito de retirada. Vejamos em que termos.

6.2. Direito de retirada

O direito de retirada é reconhecido ao criador da obra intelectual como poder de interromper a “circulação” da obra impedindo a utilização por comitente, bem como novas utilizações ou a continuação de utilizações em curso. Para tanto, deve invocar razões morais atendíveis e indemnizar os lesados (art. 62º CDA*). Revelar-se-á ilícito o exercício do direito de retirada se o autor autorizar posteriormente outras (ou idênticas) utilizações da obra sem a modificar ou sem que se alterem as circunstâncias que motivaram a retirada.

O autor empregado também pode “retirar” obras suas que estejam a ser utilizadas pelo empregador ou por terceiros autorizados por este. Deverá, para tanto, invocar razões morais que sobrelevem os interesses do seu empregador na utilização da mesma e indemnizar os lesados, nos termos gerais de direito.

O art. 114º CDA* permite ao autor que, sem que fique obrigado a indemnizar, retire a obra que entenda desvirtuada (ou “comprometida” – *sic* no texto da lei) pela supressão de trechos imposta por decisão judicial. Esta norma permite igualmente a resolução do contrato de utilização (ou de criação) dessa obra, que o autor tenha celebrado, sem incurso em qualquer responsabilidade.

6.3. Direito à menção da designação de autoria

O direito à menção da designação que identifica a autoria integra o poder do criador da obra intelectual de exigir que, em caso de utilização da obra, seja feita menção da designação que o identifica como autor. A falta da menção de qualquer designação que identifique a autoria – ou a menção de autoria alheia²² – deixa presumir a atribuição do direito patrimonial de autor (ou de faculdades neste compreendidas) a favor do comitente, se se evidenciar a criação por contrato com esse objecto (art. 14º/3 CDA*).²³

Pode constituir-se voluntariamente a obrigação de não revelar a identidade do autor com a divulgação da obra. Tal obrigação tanto pode ser assumida no interesse deste como no dos co-autores da obra em colaboração, do comitente nas obras criadas em execução de contrato ou, no caso das obras anónimas, do que “representa o autor”.

A menção de autoria permite presumir titularidade do direito correspondente; o verdadeiro criador pode ter a sua qualidade obnubilada voluntariamente, sem que isso implique (ou possa implicar, vista a irrenunciabilidade do direito pessoal) renúncia à paternidade da obra. Admite-se, então, a renúncia ao *exercício* desta faculdade de exigir menção da designação que identifica o criador da obra, mas não a renúncia à faculdade pessoal correspondente: o autor pode a todo o tempo revelar a sua identidade e exigir a menção do seu nome como autor da obra.

6.4. Direitos de reivindicação da paternidade da obra e de defesa da integridade da obra

I- O direito de reivindicar a paternidade da obra intelectual reserva ao respectivo criador o poder de reclamar a todo o tempo a autoria de obra sua, independentemente das vicissitudes que sofra o direito patrimonial de autor.

O direito de defesa da integridade da obra faculta ao autor a oposição à utilização da obra segundo expressão formal não correspondente à que esta revela no momento da sua exteriorização e subsequente divulgação. Não obstante, ao atribuir a outrem faculdades de utilização patrimonial da obra – designadamente por efeito de convenção em contrato para criação de obras intelectuais –, o autor deve conformar-se à

²² O autor que cria para outrem pode consentir que em obra sua seja mencionada a autoria alheia (é o caso frequente dos “ghost writers”).

²³ Esta regra aplica-se também, no caso da obra em colaboração, quando esta seja divulgada ou publicada em nome de apenas algum(uns) dos colaboradores. Presume-se, neste caso, que os não designados cederam os seus direitos àquele ou àqueles em nome de quem a obra em colaboração é divulgada ou publicada (art. 17º/3 CDA*).

utilização pelo beneficiário dessa atribuição conforme aos fins que a determinam; nesta medida, deve conformar-se às modificações que se deduzam consentidas pela convenção – e apenas a estas (art. 15º/2 CDA*); qualquer modificação para além dos limites antes definidos veda a utilização da obra com imputação da respectiva autoria ao seu criador intelectual.

Sem que tal constitua derrogação das regras antes enunciadas, alterada a estrutura formal que identifica objectivamente a obra – e assim desfeita a imputação de autoria da obra primitiva modificada –, pura e simplesmente deparamos com uma nova obra, realizada a partir daquela, cuja autoria é unicamente imputável ao utilizador que a alterou. Não obstante, pelas razões que se explicam de seguida, a modificação de uma obra intelectual depende de autorização do autor, pois bule com a integridade da obra.

II- O direito de modificação – direito de introduzir ou autorizar modificações na obra – tem fundamento idêntico ao do direito de defesa da integridade: o que pode opor-se a modificações (não consentidas) na obra, pode consentir nestas ou não se lhes opor. O que autoriza a utilização da obra cuja transformação consentiu exerce uma faculdade patrimonial; e exerce o seu direito pessoal de modificação ao consentir que se modifique a obra: nada impede que, pelo mesmo acto (de autorização de utilização da obra modificada), se manifestem simultaneamente as duas faculdades. O exercício do direito de modificar a obra pelo seu criador/titular não sobrestá às utilizações consentidas: para modificar obra em curso de utilização pelo comitente para quem foi criada, o autor terá de interromper a circulação da obra com a “forma” em que a divulgou e, para que possa interrompê-la, deverá apresentar as “razões morais atendíveis” que lhe permitiriam a retirada.

7. Trabalho e prestação de serviço para criação de obras intelectuais – confronto de ordenamentos jurídicos estrangeiros

7.1. Direito alemão: oneração do direito de autor e atribuição finalista de faculdades de utilização da obra

I- O § 43 UrhG alemã* estabelece a aplicação das regras gerais sobre atribuição de direito de autor às obras criadas em execução de trabalho ou de serviço (“Arbeitsoder – Dienstverhältnis”, na expressão original da Lei citada²⁴). Refere às normas

²⁴ Em caracterização das figuras de “Arbeitsvertrag”/“Dienstvertrag” e de “Werkvertrag”, recorremos à explicação de WOLFGANG ZÖLLNER / KARL-GEORG LORITZ (“Arbeitsrecht”, 5ª ed., Munique, 1998, Parte I, § 4 III e III-1., pags. 40/41): “[...] A situação/relação de trabalho é o conjunto das relações jurídicas constituídas entre o empregador [“Arbeitgeber”] e o emprega-

dos §§ 31 a 44 UrhG alemã* que constituem – em conjunto com as plasmadas nos §§ 7 e 28 a 30 (*maxime* a do § 29) da mesma UrhG alemã* – a espinha dorsal em que assenta o sistema monista que estrutura o direito de autor no ordenamento alemão.²⁵

II- Por aplicação conjugada dos preceitos dos §§ 31 a 42 e 43 da UrhG alemã*, para a atribuição de faculdades de direito de autor por efeito de contrato de trabalho (ou de prestação de serviço), requer-se que o autor-empregado execute contrato cujos deveres contratuais compreendam a criação de obras, com exclusão daquelas em que, sem prejuízo da “dependência contratual, juslaboral ou de serviço”, a criação é meramente ocasional ou puramente accidental. Quanto a estas últimas, criadas no âmbito do que o direito alemão caracteriza (*ex* § 631 BGB*) como “contrato de obra” sem enquadramento organizacional, aplicar-se-ão as regras gerais de toda a atribuição de faculdades de direito de autor (§§ 31 a 42), dependente de convenção que a determine, sem que se presuma acordo tácito na utilização da obra pelo comitente, deduzido do vínculo funcional pré-estabelecido.²⁶

do/trabalhador [“Arbeitnehmer”] através de um contrato de trabalho. O contrato de trabalho [“Arbeitsvertrag”] é um contrato de serviço [“Dienstvertrag”] de direito privado. A sua característica é que o empregado se auto-obriga à prestação de trabalho dependente.[...].

E ZÖLLNER / LORITZ continuam (última ob. cit., III-2., pags. 41/42): “[...] a) Os contratos de obra [“Werkverträge”], como são celebrados sobretudo com empresários independentes, não constituem qualquer situação/relação de trabalho. A diferença entre um contrato de prestação de serviço e um contrato de obra pode, no entanto, ser problemática sob certas circunstâncias. [...].

As dificuldades de delimitação resultam do facto de, no fundo, tanto um contrato de obra como um contrato de prestação de serviço apresentarem como objecto da prestação uma prestação de trabalho. Quando é dito por motivos de delimitação que, no contrato de obra, o objecto da prestação é o resultado do trabalho [“Arbeitserfolg”, no original], tal é dúbio dado que o que se deve é a “produção” [“Herstellung”, no original] que é um processo, e frequentemente esta deve ser feita pelo devedor. No caso do contrato de prestação de serviço, por outro lado, o mero investimento de trabalho [“Arbeitseinsatz”] como objecto de prestação não será totalmente suficiente, uma vez que não são devidos apenas “esforços subjectivos” [...]. A regra genérica para uma delimitação segundo a qual o contrato de obra é definido, em primeiro lugar, pelo resultado, enquanto o contrato de serviço é definido, em primeiro lugar, pela actividade, é apenas uma ajuda com limitações, nomeadamente quando o resultado devido reside numa actividade que se repete sempre. [...]” - intercalados nossos.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (“Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho”, cit., § 3º, n.º 5.1.-II, pag. 113 e respectiva nota (242)) discorre sobre as consequências da “falta de autonomia [no sistema germânico] do contrato de trabalho na lei civil, concomitante com as diversas referências à relação de trabalho em sede do regime legal do Dienstvertrag”, na origem das denominadas teorias institucionalistas, “que deslocam o cunho laboral da actividade de trabalho do momento do consenso negocial para a fase do desenvolvimento da relação na organização (instituição) do credor.”

²⁵ Sobre os pressupostos e implicações das teorias monistas do direito de autor, pode confrontar-se o nosso “Manual de Direito de Autor”, Coimbra, 2014, n.º 101.

²⁶ Neste sentido, SCHACK, “Urheber- und Urhebervertragsrecht”, cit., § 29, V-1., pag. 438 (981): “A história da criação e a finalidade do § 43 [UrhG alemã*] de abranger todos os empregados

III- Nos demais casos, a atribuição de faculdades de utilização patrimonial da obra depende sempre de convenção escrita, integrante do referido contrato que constitui a obrigação de criar em cumprimento de dever funcional. Esta deve ser interpretada não como ante-disposição de faculdades jusautorais, mas como atribuição de faculdades sobre obras futuras (cfr. § 40 UrhG).²⁷

Em qualquer caso, o âmbito material da concessão de faculdades jusautorais, como efeito do contrato em cumprimento de dever funcional de que conste cláusula específica de atribuição de faculdades de direito de autor, é definido de acordo com a teoria da atribuição finalista (a “Zweckübertragungstheorie” – em aplicação do § 31(5) *ex* § 43 UrhG – que traduz, afinal, não mais do que um princípio para a interpretação do conteúdo da atribuição voluntária de faculdades), limitado às faculdades requeridas pela exploração empresarial do “Arbeitgeber”²⁸ Assim, salvo convenção

numa situação dependente constituem um argumento forte para que devam ser consideradas como relações de serviço apenas contratos de serviço de direito público, mas não de direito privado no sentido do § 611 [BGB*]. O critério de delimitação [para aplicação] do § 43 não é a natureza jurídica [de direito público ou privado] da situação/relação de emprego, mas a dependência do artista [autor]. É empregado [“Arbeitnehmer”] quem está integrado num espaço organizacional alheio, está dependente de instruções e presta trabalho definido por outrem. Independente e por isso não abrangido pelo § 43 é, no entanto, o artista que pode organizar a sua actividade livremente e livremente pode determinar o seu tempo/horário de trabalho.” - intercalados nossos.

²⁷ KAI VINCK (em anotação 3 ao §43 UrhG alemã*, *in* “Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz”, coordenado por NORDEMANN, Wilhelm, 9ª ed., Estugarda/Berlim/Colónia, 1998, pag. 369 (3)) é explícito sobre o que caracteriza como “Der Zeitpunkt der Einräumung der Nutzungsrechte”: “[No caso de se concluir que a atribuição de faculdades de direito de autor é efeito normal do contrato que determina que todo o resultado do trabalho pertence ao empregador (“Arbeitgeber”), tal concessão [do direito ao empregador] pode ser feita no entanto também no momento da celebração do contrato de trabalho ou de serviço. Nesse caso, trata-se, então, de uma concessão de direitos em obras futuras, para a qual necessita de forma escrita [§ 40 UrhG*]. Contratos de trabalho celebrados oralmente ou contratos de trabalho sem cláusula de autor [“Urheberklausel”, no original] não produzem, por isso, o efeito de uma transferência de direitos antecipada.” - intercalados nossos.

²⁸ A aplicação à criação em cumprimento de contrato da teoria da “atribuição finalista” ou “disposição funcional” [a “Zweckübertragungstheorie”] é genericamente sustentada pela doutrina alemã, em aplicação – *ex* § 43 UrhG alemã* – da regra do § 31(5) da mesma Lei. Assim, EUGEN ULMER (“Urheber- und Verlagsrecht”, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 3ª ed., 1980, § 95-III, 2., pags. 404/405) sustentava que a regra da “atribuição em função da finalidade (“Zweckübertragung”) se aplica nas obras criadas sob vínculo laboral ou de serviço, sendo decisiva a finalidade prosseguida pela empresa beneficiária dessa atribuição. Assim também VINCK, em anotação 3 ao § 43 UrhG alemã*, *in* “Urheberrecht - Kommentar...”, cit., pags. 369/370, que afirma: “Relativamente ao âmbito da concessão, aplica-se, na medida em que não exista acordo expresso, a teoria da atribuição finalista, em forma adaptada. Não se pode imaginar qualquer situação de trabalho ou de serviço de cuja natureza e conteúdo se possa concluir que o âmbito dos direitos de utilização a conceder se possa definir independentemente do objectivo empresarial da editora [“Verlagszweck”, no original]. Nesse sentido continuam a valer as regras de interpretação [...], quando no caso individual não resultar nada em contrário

específica em sentido diverso, não se devem ter por atribuídas ao empregador faculdades estranhas ao objectivo empresarial da entidade “por conta de quem” a obra é criada.

7.2 Direito francês: titularidade originária e inalienabilidade do direito pelo autor

I- Na principal lei de autor francesa, o art. L.111-1, § 3, do CPI fran.^{*29} estabelece que a existência ou celebração de um contrato de “louage d’ouvrage” ou “de service” pelo autor de uma obra intelectual não implica nenhuma derrogação do gozo do direito reconhecido pela alínea 1ª (§ 1 deste art. L.111-1) que consagra a “atribuição ao autor de uma obra, pelo simples facto da sua criação, de um direito exclusivo de propriedade incorpórea oponível a todos”.

II- A partir da norma citada, a doutrina francesa revela interpretação de sentido não uniforme.

Segundo parte desta doutrina, o direito de autor “constitui-se sempre na titularidade (originária) do autor-assalariado, ainda que a obra seja criada em execução de instruções dadas pelo empregador”.³⁰ Verifica-se que parte da doutrina refuta mesmo – por a considerar *contra legem* – a admissibilidade de uma “cessão implícita” do direito em benefício do empregador, deduzida da execução da obra no âmbito de contrato em que o trabalhador se vincula especificamente à criação de obras intelectuais.

Esta não é posição uniforme, uma vez que se admite, pelo contrário, que: “O contrato de trabalho, com ou sem cláusula relativa à cessão de direito de autor, pode

do carácter ou do conteúdo da situação/relação de trabalho ou de serviço. [...]. Uma transferência de direitos tácita é feita apenas com o âmbito necessário à exploração empresarial da obra.” – intercalados nossos.

²⁹ CPI fran.* - lei de autor de França (“*Code de la Propriété Intellectuelle*”), que resulta da aprovação de Lei de 1-7-1992 e que funde nomeadamente as leis de autor francesas de 11-3-1957 e de 3 de Julho de 1985, sucessivamente alterado até à Loi n.º 2015-195, de 20-2-2015.

³⁰ Como expõem ANDRÉ LUCAS/HENRI-JACQUES LUCAS/AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, “*Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*”, Paris, 4ª ed., 2012, n.º 169 e n.º 174, pags. 175 e 181. Assim também segundo jurisprudência da “*Cour de cassation*”, *apud* A. LUCAS, “*Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*”, cit., n.º 169, pag. 176 e respectiva nota (18).

Contra, ANDRÉ BERTRAND (“*Le Droit d’Auteur et les Droits Voisins*”, Paris/Milão/Barcelona/Bona, 1991, n.º 7.41., pag. 324) que sustenta: “[...], desde que uma criação seja realizada por vários empregados ou em colaboração, por um empregado com outros empregados, no âmbito do seu trabalho, logo num contexto hierarquizado, estamos naturalmente na presença de uma obra colectiva que pertence ao empregador.”

constituir instrumento suficiente para induzir uma transferência dos direitos patrimoniais do assalariado para o empregador”.³¹

7.3. Direito italiano: aquisição derivada do direito pelo comitente

I- A lei de autor italiana não disciplina expressamente a criação de uma obra em cumprimento de contrato de trabalho subordinado ou de prestação de serviço. No entanto, face à regra geral, a doutrina italiana consultada admite que o contrato que tenha por objecto o “trabalho criativo” tenha eficácia atributiva de faculdades jusautorais.³² o art. 107 L.aut.ital.*³³ prevê que “os direitos de utilização dos autores da obra intelectual [... spettanti agli autori delle opere dell’ingegno”, no original], [...], podem ser adquiridos, alienados ou transmitidos por todos os modos e formas admitidos pela lei, [...]”.

II- Em aplicação conjugada dos arts. 2580 e 2576 do C.Civ.ital.* (este com redacção coincidente à do art. 6 L.aut.ital.*), o direito de autor, com excepção das obras colectivas, constitui-se sempre na titularidade do autor contratado. A aquisição do direito

³¹ Assim, ANDRÉ BERTRAND, “Le Droit d’Auteur et les Droits Voisins”, cit., n.º 7.421., pag. 326.

BERTRAND, “Le Droit d’Auteur et les Droits Voisins”, cit., n.º 7.422., pag. 328, mais refere que, nesta, que designa “cessão de facto dos direitos patrimoniais do criador-assalariado ao seu empregador”: “o assalariado deve realizar a sua obra no âmbito da sua actividade normal; a cessão está limitada ao objecto social da empresa”.

³² Neste sentido, veja-se: LUIGI CARLO UBERTAZZI/MAURIZIO AMMENDOLA, “Il Diritto d’Autore”, Turim, 1993 (7ª reimp. 1998), n.º 7, pag. 27; TULLIO ASCARELLI, “Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali”, Milão, 1956 (tradução espanhola da 3ª ed. de 1960, por E. VERDERA e L. SUAREZ-LLANOS, Madrid, XIII-31, pags. 732/733); PAOLO GRECO/PAOLO VERCELLONE, “I diritti sulle opere dell’ingegno”, in “Trattato di Diritto Civile Italiano”, vol. 11º, t.3, Turim, 1974, n.º 81, pag. 253/254; VALERIO DE SANCTIS, “Contratto di Edizione - Contratti di Rappresentazione e di esecuzione”, in “Trattato di Diritto Civile e Commerciale” (coordenado por CICU, A.; MESSINEO, F.; MENGONI, L.), vol. XXXI, t. 1, Milão, 1984, n.º 8, pags. 27-30; VITTORIO DE SANCTIS/MARIO FABIANI, “I Contratti di Diritto di Autore”, in “Trattato di Diritto Civile e Commerciale” (coordenado por CICU, A.; MESSINEO, F.; MENGONI, L.), vol. XXXI, t. 1, Milão, 2000, n.º 16, pags. 81-83; MARIO FABIANI, “I contratti di utilizzazione delle opere dell’ingegno (Arti figurative, cinema, editoria, informatica, musica, radio e televisione, teatro)”, in “Raccolta Sistematica di Giurisprudenza Commentata”, 8 (coordenada por GIULIO LEVI), 2ª ed., Milão, 2001, n.º 68, pags. 277/278.

³³ L.aut.ital.* - lei de autor de Itália (“Legge sulla protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio” n.º 633., de 22 de Abril de 1941, sucessivamente alterada, mais recentemente pelo Decreto legge n.º 207, de 30-12-2008, com modificações pela “Legge di conversione” n.º 14, de 27-2-2009 e, mais recentemente, pelos D.Lgs. n.º 22, de 21-2-2014 e n.º 163, de 10-11-2014.

(patrimonial) de autor pelo comitente é efeito do contrato e é considerada sempre derivada. A actividade criadora deve ser o objecto do contrato.³⁴

III- Quando a obra é realizada, por um ou mais autores, no âmbito de uma empresa, sem que se questione que o direito é adquirido a título derivado, traçam-se duas correntes de opinião sobre a natureza e eficácia do acto atributivo. Por um lado, sustenta-se que o direito se constituiria imediata e directamente – em momento cronologicamente coincidente à formação originária da situação jusautorais – na esfera do credor da prestação de “trabalho intelectual”. Uma outra corrente doutrinária favorece a ideia, segundo a qual, constituindo-se ainda e sempre o direito de autor

³⁴ Os Autores italianos consultados são, com divergências de pormenor, unânimes quanto a este ponto. As diferenças assinalam-se – se bem que não sobretudo quanto ao carácter derivado da transmissão senão quanto à fonte dessa transmissão (o próprio contrato de trabalho *de per se* ou acto translativo subsequente) – a propósito da aplicação à aquisição do direito de autor nestes casos do art. 23 das “disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali” (R.D. 29-6-1939, n. 1127): Art. 23 §1 - “Quando a invenção industrial é realizada em execução ou cumprimento de um contrato ou de uma situação/relação de trabalho ou de emprego, no qual a actividade inventiva está prevista como objecto do contrato e da relação e para esse fim retribuída, os direitos derivados dessa invenção pertencem ao “dattore di lavoro” [que preferimos traduzir “beneficiário da prestação”, trate-se ou não, no caso em apreço, de um empregador], salvo o de o inventor ser reconhecido autor.” – intercalado nossos. Esta norma está hoje reproduzida, no essencial e com o mesmo sentido, no art. 64 do “Codice della proprietà industriale” (Decreto legislativo n.º 30, de 10-2-2005).

Assim T. ASCARELLI, “Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali” (tradução espanhola), cit., XIII-31, pags. 731/732: “Para que o direito, ainda que a título derivado, pertença ao empregador, deverá poder incluir-se, como objecto do contrato, a própria actividade criadora de obras intelectuais. [...], actividade criadora que não pode confundir-se com a simples prestação intelectual.

Em sentido sensivelmente distinto, P. GRECO/P. VERCELLONE, “I diritti sulle opere dell’ingegno”, cit., n.º 81, pags. 253/254, são peremptórios: “Afirma-se geralmente que o efeito jurídico do contrato de trabalho subordinado é a atribuição ao empregador [“dattore di lavoro”, no original] do resultado da actividade produtiva do trabalhador. É afirmação a partilhar, mas com os esclarecimentos convenientes. [...] trata-se de um efeito não essencial mas apenas natural da relação. É perfeitamente admissível que as partes prevejam a atribuição ao trabalhador dos direitos (de propriedade ou sobre bens imateriais) que tenham por objecto o bem produzido, contentando-se o empregador com outras utilidades que lhe advêm da actividade do trabalhador. [...]. Por outro lado, e sobretudo, não é exacto que todo e qualquer resultado da actividade devida pertença ao empregador; porque para a atribuição a este é necessário que a actividade seja devida em função daquele resultado. [...]. [...] seria verdadeiramente excessivo aplicar esta regra [que faz compreender na “função económica e social” da situação de trabalho subordinado a apropriação pelo empregador do resultado do trabalho] também às hipóteses em que a actividade devida por força do contrato não está em si mesma vocacionada à aquisição de direitos a título originário e portanto o comportamento que a lei liga a esta aquisição é simplesmente devido à existência da relação de trabalho. [...]. Pelo que, se a regra deve aplicar-se também em sede de obras intelectuais criadas por dependentes, o âmbito limitar-se-á sempre aos casos em que (para parafrasear a expressão contida no art. 23) [da lei italiana “sobre invenções”] a obra intelectual é realizada em execução de uma relação de trabalho na qual a actividade criativa está prevista como objecto do contrato e para tal fim retribuída.” – intercalados nossos.

originariamente na titularidade do autor-trabalhador/prestador de serviço, a sua aquisição pelo credor da prestação de trabalho ou de serviço (para criação de obras intelectuais) seria efeito do mesmo contrato como acto translativo ulterior à constituição do direito de autor.³⁵

IV- Tudo considerado, parece prevalecer hoje a opinião segundo a qual, no ordenamento italiano, seja a obra criada em execução de contrato de trabalho seja de “contratto d’opera”,³⁶ o direito de autor é adquirido pelo credor da “prestação criativa” a título derivado. A atribuição jusautorale é efeito conjugado da celebração do contrato para criação de obras intelectuais e da exteriorização da obra (ou da aceitação desta, se se tratar de obra criada em resultado de prestação de actividade não subordinada). Quando a actividade criadora seja enquadrada numa empresa, para que a atribuição do direito se verifique com a natureza e os efeitos assinalados, é necessário que a obra seja criada no âmbito (com recurso a meios e no quadro organizacional) da empresa por conta de quem (e para os fins da qual) a obra é criada. Em qualquer caso, a “prestação criadora” deve realizar-se (e ser retribuída) em execução da actividade contratada que tenha por objecto a criação de obras intelectuais.

³⁵ L. C. UBERTAZZI/M. AMMENDOLA (“Il Diritto d’Autore”, cit., n.º 7, pags. 27/28) são explícitos na afirmação do carácter derivado da aquisição directa e imediata do direito patrimonial por efeito da realização/exteriorização da obra, no desenvolvimento da actividade criativa prevista no contrato de trabalho. Defendem – apesar de admitirem a aplicação da regra citada do art. 23 da lei italiana “sobre invenções” – a necessidade de forma escrita, exigida pelo art. 110 da L.aut.ital.* para a transmissão de direitos patrimoniais.

Também VITTORIO DE SANCTIS / M. FABIANI, “I Contratti di Diritto di Autore”, cit., n.º 16, pags. 81/82, defendem que a aquisição do direito patrimonial pelo comitente ou pelo empregador é efeito do contrato: “...”, efeito que é substancialmente idêntico ao do acto de transferência de direitos de utilização patrimonial de obras preexistentes. Acrescentam, porém (na sequência de posição de OPPO, “Creazione intellettuale”, in “Riv. Dir. Civ.”, 1969, I, *apud* VITTORIO DE SANCTIS / FABIANI, ob. e loc. cit., nota (46) à pag. 82), que: “[...], a aquisição do direito em benefício do comitente ou do empregador [“dattore di lavoro”] verifica-se em todo e qualquer caso em que a criação da obra ocorra no âmbito da empresa por conta da qual a obra é realizada com recurso aos meios e enquadramento organizacional daquela e para os fins pré-definidos (ob. cit., pags. 82/83, com intercalados nossos). Assim também MARIO FABIANI, “I contratti di utilizzazione delle opere dell’ingegno”, cit., n.º 68, pag. 277.

³⁶ O art. 2222 C.Civ.ital.* descreve o conteúdo do “contratto d’opera” no direito italiano como: um contrato sinalagmático, oneroso, que vincula à realização de uma obra ou serviço, sem subordinação ao comitente. No seu “Commentario breve al Codice Civile”, 5ª ed., Pádua, 1997, em anotações I e II-1 e -2, pags. 2147/2148, ao art. 2223 deste Código, G. CIAN /A. TRABUCCHI referem este como: “um fattispecie residual de trabalho autónomo: [...]”. Mais acrescentam (*ibidem*): “Qualquer actividade humana, economicamente relevante, pode ser objecto quer de relação de trabalho subordinado quer de relação de trabalho autónomo. O elemento essencial do primeiro tipo de relação é a subordinação, entendida como vínculo de sujeição pessoal do prestador ao poder directivo do “dattore di lavoro” que é inerente à particular modalidade de desenvolvimento/realização, e não apenas ao resultado, da prestação laboral.”

A atribuição é limitada às faculdades necessárias à satisfação do interesse pretendido pelo credor com a contratação, que se deduz por interpretação do contrato, visto (também, e se for o caso) o objecto da actividade organizacional que enquadra a “prestação criadora”.

7.4. Direito espanhol: atribuição finalista presumida do contrato

I- A principal lei de autor espanhola (LPI esp.*³⁷) estabelece que “a transmissão dos direitos de exploração na obra criada “por causa” de uma relação de trabalho rege-se-á pelo convencionado no contrato, devendo este celebrar-se por escrito.” – cfr. art. 51/1 LPI esp.*. Logo o n.º 2 do mesmo art. 51 presume da falta de pacto escrito a cedência, em exclusivo, ao empregador de certas faculdades jusautorais, no momento da entrega da obra realizada “em virtude da dita relação laboral”.

Por outro lado, especificamente em relação aos programas de computador, o art. 97/4 (*ex vi* art. 51/5 LPI esp.*) da mesma Lei dispõe: “Quando um trabalhador assalariado crie programa de computador, no exercício das funções que lhe tenham sido confiadas/determinadas ou seguindo as instruções do seu empregador [“empresario”, no texto original da lei], a titularidade dos direitos de exploração correspondentes ao programa [...] assim criado, [...], atribuir-se-á [“corresponderán”, no original], em exclusivo, ao empregador, salvo convenção em contrário.” - intercalados nossos.

Resulta das disposições consagradas que o empregador é beneficiário de uma atribuição derivada de faculdades de direito de autor nas obras criadas por trabalhador subordinado. Esta atribuição pode ter por fonte pacto (autónomo) que a determine nos termos gerais – e segue, então, sem qualquer especialidade, a regra geral para a atribuição translativa de faculdades jusautorais, que determina que a cessão de faculdades patrimoniais atribuídas com carácter exclusivo deve ter carácter expresse e escrito (art. 51/1, 43 e 48 LPI esp.*).³⁸ A atribuição de faculdades jusautorais pode também ser efeito do próprio contrato de trabalho com cessão presumida das facul-

³⁷ LPI esp.* - lei de autor de Espanha (“Ley de Propiedad Intelectual”) – BOE n.º 97, de 22-4-1996), segundo texto refundido pelo R.D.Leg. 1/1996, de 12-4-1996, alterado designadamente pela Ley 5/1998, de 5-3-1998 e pela Ley 1/2000, de 7-1. Esta Lei foi recentemente alterada pela Ley 21/2014, de 4-11 (que entrou em vigor em 1-1-2015).

³⁸ J. M. RODRÍGUEZ TAPÍA / F. BONDÍA ROMÁN (“Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, Madrid, 1997, em anotação IV ao Art. 51, pag. 230) afirmam que a convenção que estabeleça a cessão de faculdades jusautorais: a) pode ser cláusula do contrato de trabalho ou de convenção colectiva; b) que este pacto pode ser parte do contrato de trabalho ou aquela cláusula ser estipulada *a posteriori*, desde que respeite os requisitos formais do contrato de trabalho; c) tal convenção está sujeita aos limites a que o art. 43 LPI esp.* [“transmissão *inter vivos*” de direito de autor] subordina toda a cessão de faculdades patrimoniais [v.g. limites temporais, espaciais e decorrentes da independência das faculdades compreendidas no direito patrimonial de autor].

dades de utilização “necessárias para o exercício da actividade habitual do empresário” (art. 51/2 LPI esp.*).³⁹

A cessão presumida de facultades jusautorais tem como pressupostos: que a obra seja criada em execução de contrato de trabalho que compreenda, entre os deveres específicos emergentes do vínculo laboral, a criação de obras intelectuais; que tal contrato seja “escrito e que inclua uma cláusula que estipule as condições de transmissão dos direitos de propriedade intelectual”.⁴⁰

Produz-se o mesmo efeito atributivo presumido do enquadramento juslaboral quando a obra intelectual seja criada, embora para fins não compreendidos nos da actividade habitual do empregador, seguindo instruções do empregador que empreende uma nova actividade empresarial: condição é que a obra seja criada no âmbito da actividade devida pelo trabalhador sob o poder de direcção patronal.

7.5. Direito brasileiro: o direito de autor na titularidade do empregador

I- A lei de autor brasileira (LAB*)⁴¹ não consagra autonomamente o regime das obras criadas em execução de contrato de trabalho ou de prestação de serviço, tradicionalmente designadas no Brasil como *obras (intelectuais) sob encomenda*.⁴²

Caracteriza-as BITTAR (ob. cit., págs. 219 e segs.) como apresentando-se sob três formas possíveis: a funcional, a de prestação de serviços e a decorrente de relação de emprego; a estas, acrescentava a que chama “encomenda pura e simples, ligada a contrato específico de encomenda, como a própria Lei admite”.

A propósito do art. 36 da, então vigente no Brasil, Lei autoral n.º 5.988, de 14-12-1973, BITTAR considerava que (ob. cit., pág. 220): “a) a lei admite outras formas de encomenda, além das enumeradas no art. 36 (como a de produção independente do autor); b) o contrato de encomenda não se confunde com o de edição, representando figura especial; c) pode, no entanto, coexistir com a edição [...]; d) pode, ainda,

³⁹ EDUARDO GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, “Transmisión de los Derechos de Explotación de la Obra del Creador Asalariado”, in “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, ano CXLIX, n.º 1, Madrid, Jan.-Mar. 2002, pag. 11, considera que: “Uma interpretação global do art. 51 obriga a entender a referência a contrato não como alusiva a contrato de trabalho, senão a qualquer acordo consensual que acolha a transmissão, já que o número 2, diversamente do 1, não se refere a contrato de trabalho.”

⁴⁰ Como enuncia GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, “Transmisión de los Derechos de Explotación de la Obra del Creador Asalariado”, cit., pag. 12.

⁴¹ LAB* - lei de autor do Brasil (“Lei n.º 9610, de 19-2-1998, da República Federativa do Brasil”), alterada sucessivamente até à Lei 12.853, de 14-8-2013.

⁴² Por todos, assim as designava já C. A. BITTAR, “Obra sob encomenda”, in R. Inf. Legisl. Brasília, a. 15, n. 57, Jan./Mar. 1978.

coexistir com outros contratos, como a cessão de direitos”. Consideramos significativa a distinção entre o contrato que vincula à criação de obra intelectual (encomenda) e: por um lado, o de edição, pelo qual o autor contrata a publicação e comercialização de obra presente ou futura, mas não se obriga a criar;⁴³ por outro lado, uma normal transmissão de direitos de autor de origem contratual, acto pelo qual o cedente transfere direitos de autor que adquiriu pela criação da obra, independentemente de a haver criado ou não por encomenda.⁴⁴

Sobre as posições jurídicas do autor e do encomendante, sustenta BITTAR (ob. cit., pág. 221) que “os direitos e obrigações das partes reger-se-ão pelo contrato específico, obedecidas as normas definidas na lei, em especial quanto aos direitos morais de autor”. Admite, contudo, que o autor possa vincular-se ao encomendante através de contrato de trabalho; situação da qual poderiam “surgir, conforme o caso, a obra individual de autor assalariado e a obra colectiva”.

Significativamente, BITTAR (*ibidem*) reconhece que, no caso da obra individual de autor assalariado, que recebe remuneração para prestar trabalho intelectual, “os direitos de autor, no aspecto patrimonial, pertencem à empresa ou empresário que o contrata, mas na forma avançada e normal de produção da empresa”. Consideramos significativo que BITTAR identifique já aqui uma manifestação do *carácter finalista da atribuição* - de toda a atribuição - de direito de autor, limitando as utilizações consentidas ao comitente encomendante, salvo convenção e remuneração específica do autor, às que se coadunem com os fins para que a obra foi criada e que são os que forem estipulados (“os avançados”) ou os que se deduzam da actividade (“produção”) da empresa.⁴⁵

Dedica-se, então, C. A. BITTAR (ob. cit., pág. 222) a identificar as características contratuais típicas da encomenda. A saber:

- a) caber a iniciativa criadora ao encomendante, que contrata o autor;
- b) ser o objecto – sempre obra intelectual – destinado a utilização económica ou uso particular;
- c) ser admitida na consecução da obra maior ou menor liberdade criativa do autor *vis-à-vis* o encomendante, tanto podendo este sugerir apenas linhas gerais para a criação como até trabalhar com o autor na criação;
- d) ser fixada remuneração ao autor, o que não prejudicaria, porém, criações a título gratuito;
- e) ser necessário o respeito pelos direitos morais de autor (direito de inédito em oposição à divulgação da obra, direito de sequela à cobrança de mais-valias obtidas em alienações ulteriores das obras);

⁴³ Veja-se o nosso “Manual de Direito de Autor”, cit., n.º 77, pág. 272.

⁴⁴ Veja-se o nosso “Manual de Direito de Autor”, cit., n.º 50.2, pág. 166.

⁴⁵ Cfr. *supra*, 2-III.

f) ser a situação jurídica emergente caracterizada por posições jurídicas que vão da subordinação jurídica do autor-trabalhador até à prestação autónoma de serviços.

II- Convenhamos que o reconhecimento de um regime legal autónomo para as obras intelectuais criadas em execução de contrato (de trabalho ou de prestação de serviço) é um passo importante na autonomização da figura e dos problemas conexos.

No entanto, os importantes enunciados de BITTAR, premonitórios que são, não dilucidam completamente os problemas que aqui podem suscitar-se. Em primeiro lugar, a quem pertence – e com que limites – o direito de autor nas obras criadas em execução de contrato. Em segundo lugar, que utilizações da obra são consentidas ao “encomendante” (empregador, beneficiário de prestação de serviços, empresa que organiza obra colectiva); isto, claro, admitindo-se que não se lhe reconhece a titularidade originária do direito de autor nas obras encomendadas.

III- Como se disse, a Lei de autor brasileira vigente não trata autonomamente o regime das obras intelectuais criadas em execução de contrato (sob encomenda).

ROBERTA DIAS TARPINIAM DE CASTRO,⁴⁶ depois de definir as obras encomendadas como “aquelas realizadas a pedido de um terceiro que pode ser tanto empregador (contrato laboral) como tomador de serviços (contrato de prestação de serviços)”, recusa aceitar que o direito de dispor financeiramente da obra encomendada só pertença ao contratante (comitente) em caso de cessão expressa dos direitos por parte do autor. TARPINIAM DE CASTRO parte, então, para uma construção – que consideramos controversa - sobre o processo criativo destas obras, já que, ao afirmar que “a obra [encomendada] só existe porque foi requerida por um terceiro, havendo prestação de serviço de criação”, não menciona que, não obstante as directivas e eventual enquadramento funcional do autor-comissário (prestador de serviços ou assalariado), nada há no enquadramento da acção criativa pelo encomendante-comitente que justifique que lhe seja atribuída a titularidade originária do direito de autor nas obras assim criadas.

IV- Prossegue TARPINIAM DE CASTRO (*ibidem*), sustentando a justificação de um projecto de lei do Ministério da Cultura, que anuncia, de inclusão na LAB* de um novo Capítulo, versando precisamente as obras sob encomenda.

⁴⁶ ROBERTA DIAS TARPINIAM DE CASTRO, “Obra sob encomenda”, Julho 2010 (consultado em <http://dalmazzoecastro.com.br/informativos/artigo48.html>).

E é muito significativo o teor da nova regulação brasileira anunciada:⁴⁷ Art. 52-A - “salvo convenção em contrário, caberá ao empregador, ente público ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam objecto do contrato ou das suas actividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras: I- criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho; II- criadas em cumprimento de contrato de encomenda”. É uma importantíssima mudança de rumo conceptual, pois investe, numa opção quase sem paralelo nos ordenamentos não anglo-saxónicos, o comitente-encomendante, um não criador intelectual, no exercício originário (titularidade?) do direito patrimonial de autor, se bem que limitado ao que for conforme aos fins da encomenda.

Justifica-a TARPINIAM DE CASTRO (*ibidem*) com uma curiosa asserção: “o tomador de serviços ao encomendar uma obra não está comprando qualquer obra, mas a materialização de uma criação individualizada que fará parte de seu património imaterial”. E adianta: “[É] Anacrónico manter-se a concepção do direito autoral pertencente sempre ao criador da obra sem se considerar a evolução mercadológica do processo criativo”. É uma concepção que há muito não víamos assim tão explicitamente assumida, da qual discordamos nos precisos termos antes aduzidos (cfr. *supra*, 2).

Em jeito de esclarecimento complementar, TARPINIAM DE CASTRO (*ibidem*) logo sossega, ao revelar que a proposta de alteração da Lei autoral brasileira referida não exclui a titularidade pelo autor-comissário dos direitos patrimoniais relativos à obra sob encomenda. Simplesmente, para tanto, deverá produzir convenção que assim estipule, sendo a falta de estipulação presunção de atribuição do direito de autor ao comitente-encomendante.

V- Por seu lado, ANDRADE LIMA⁴⁸ procede a uma bem articulada formulação das hipóteses de criação de obra intelectual como fim da actividade laboral ou de prestação de serviço contratadas, em função de ser o resultado do trabalho ou prestação de serviços criativos (a obra ou obras criadas) aquele previsto, *i.e.*, aquele que decorre da própria natureza do trabalho acordado ou, pelo contrário, não ter a obra criada no quadro contratual qualquer relação com o pretendido ao contratar. Acrescenta este Autor uma variante da última situação, para os casos em que, apesar de estranha aos fins contratuais, a obra ou obras houverem sido criadas com recurso a “meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante”.

⁴⁷ Projeto de lei 3133/2012, que altera e acresce dispositivos à Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

⁴⁸ JOÃO ADEMAR DE ANDRADE LIMA, “Os direitos autorais nas obras intelectuais sob encomenda”, *in* Revista Consultor Jurídico, 29-10-2009 (consultado em <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/direitos-autorais-obras-intelectuais-encomenda>).

Apoiado no exemplo, que cita (*ibidem*), de atribuição ao empregador do direito de autor sobre os programas de computador “desenvolvidos e elaborados durante a vigência do contrato, ou em que a actividade do empregado seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esse vínculo” (*ex art. 4º da Lei brasileira n.º 9.609, de 19-2-1998, relativa aos programas de computador*), ANDRADE LIMA acaba por sustentar que se deveria seguir, no domínio dos direitos de autor de criador empregado, a regra geral de Direito do trabalho, segundo a qual pertence ao empregador todo o resultado do trabalho assalariado. Aplicar-se-ia esta regra a todas as obras “produzidas dentro do acordado contratualmente, no horário de trabalho ou fora dele”.

Já o dissemos acima (ver *supra*, 3), em tese geral, porque entendemos que a regra juslaboral geral invocada (pertença ao empregador dos resultados da acção laboral) deve merecer nesta sede claríssima excepção: a criação intelectual é pessoalíssima, própria do seu autor, incomparável com qualquer outra mercadoria ou serviço; os direitos (patrimoniais) inerentes só devem ser alienados por manifestação expressa da vontade do autor, e não apenas em resultado da genérica subordinação jurídica deste ao seu empregador.

7.6. Direito britânico: atribuição originária do direito ao empregador

I- A lei de autor do Reino Unido estatui (cfr. sec. 11(2) UK CDPA^{*49}): “No caso de uma obra [...] ser criada/realizada por um empregado no âmbito do seu “employment” [“made by an employee in the course of his employment”, no texto da lei], o seu empregador é o titular originário de todo o “copyright” na obra, sem prejuízo de acordo em contrário”.

II- No ordenamento britânico, para a aquisição originária do direito (“copyright”) pelo empregador é necessário, em primeiro lugar, que a obra (literária, dramática, musical, artística, cinematográfica, jornalística) tenha sido criada por um “employee”. A caracterização do que seja um “employee”, para este efeito, remete-nos para a definição contida na sec. 178 UK CDPA*: “a pessoa que seja contratada [“employed”, na expressão original] por “contract of service” ou de aprendizagem [“apprenticeship”].”⁵⁰

⁴⁹ UK CDPA* - lei de autor do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (“UK Copyright, Designs and Patents Act”), de 15-11-1988, sucessivamente alterado até às Regulations 2010/2694.

⁵⁰ Os intercalados são nossos, com nota de que a especificidade das noções desaconselha, em nome do rigor conceptual, a tradução livre sem explicação do seu significado preciso.

Em segundo lugar, nos termos da sec. 11(2) UK CDPA*, é condição que tenha sido criada “in the course of employment”. Significa isto que, consideradas as circunstâncias do caso concreto, a obra criada deve estar compreendida entre aquelas que o empregador poderia razoavelmente esperar ou exigir do seu empregado; por outras palavras e mais simplesmente, quando o acto criador possa considerar-se como realizado em cumprimento dos deveres contratuais.⁵¹

A regra de atribuição originária do “copyright” ao empregador pode ser afastada por acordo em contrário. Este acordo pode ser expresso ou tácito, escrito ou oral. É considerado que o acordo deve ser anterior à criação e que pode deduzir-se de prática reiterada do empregador que consinta a (tenha reiteradamente consentido na) utilização pelo seu empregado das obras por este criadas nas condições enunciadas nos pontos anteriores: designadamente pela não oposição ou consentimento usuais à disposição por este de direitos de exploração económica das obras assim criadas.

7.7. Direito estadunidense: atribuição da titularidade do direito determinada pela convenção

Em regulação desta matéria nos Estados Unidos da América, a sec. 201(b) US Copyr.Law*⁵² (sob epígrafe “works made for hire” - que não traduzimos por razões, ligadas ao seu significado *sui generis*, que já se perceberão) estabelece: “Nas obras “made for hire”, o empregador ou outra pessoa para quem a obra seja realizada [“prepared”] é considerado autor para os fins desta secção, e, salvo se as partes tiverem expressamente acordado diversamente por escrito por si assinado, é titular de todos os direitos/faculdades compreendidas no ‘copyright’”.

Apesar de a interpretação jurisprudencial primitiva generalizada considerar que a situação de “employment” “existiria independentemente do carácter continuado (estável, duradouro) ou formal da relação, sem considerar, por exemplo, o carácter regular e periódico do pagamento da remuneração ao autor-empregado e admitindo

⁵¹ Assim o ensinam: COPINGER/SKONE JAMES, “(On) Copyright...” (Copinger and Skone James on the Law of Copyright), vol. I, 14^a ed., Londres, 1999, n.º 5-16, pag. 225; W. R. CORNISH, “Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights”, 7^a ed., Londres, 2010, n.º 12-05, pag. 461; H. LADDIE/P. PRESCOTT/M. VITORIA, “The Modern Law of Copyright and Designs”, vol. 1, 2^a ed., Londres/Dublin/Edimburgo, n.ºs 11.37 a 11.39, pags. 563-566; LIONEL BENTLEY/BRAD SHERMAN, “Intellectual Property Law”, 3^a ed., Oxford, 2009, I-3.1.2, pags. 130. Todos os citados recorrem a sentença, de que podemos encontrar trecho pertinente na ob. e loc. cit. de LADDIE/ PRESCOTT/VITORIA, em que “um consultor financeiro, empregado de uma empresa de consultoria em gestão, recebeu remuneração extraordinária como contrapartida da utilização de obra que havia criado durante as horas de trabalho, mas cuja criação não estava compreendida nos seus deveres como empregado.”

⁵² US Copyr.Law* - lei de autor dos Estados Unidos da América (“United States Code, Title 17 – Copyrights”), aprovado pela “Public Law” 94-553, de 19-10-1976, sucessivamente alterado até ao Act de 2010, Pub.L. N.º 111-295 124 Stat. 3180.

mesmo que este fosse pago à peça ou até não remunerado”, a jurisprudência, por fim fixada pelo Supremo Tribunal – após a adesão dos EUA à União de Berna (ver Convenção de Berna) –, parece atender a um número de factores, variável segundo as circunstâncias do caso, que relevam da distinção entre “empregado assalariado” e “demais contratados”.⁵³

Por convenção, as partes podem estipular a atribuição de “initial ownership of the copyright” quer ao empregador quer ao autor-empregado.

Na ausência de acordo, nem sempre se presume a atribuição do direito: “se a actividade literária do empregado não for realizada no âmbito dos deveres especiais emergentes da sua situação de “employment”, [o “copyright”] permanece na titularidade do empregado; assim também se o resultado dessa actividade criativa não estiver compreendido entre os que são objecto da actividade contratada [...]”.⁵⁴

Nestes termos, “ainda que se convencie que as obras realizadas por um empregado, fora do âmbito dos seus deveres funcionais, são consideradas “works made for hire”, tal não as faz integrar em tal categoria/género”.⁵⁵

7.8. Lei angolana: atribuição do direito ao empregador independente de convenção específica

I- A lei de autor angolana estabelece que a titularidade originária dos direitos (morais e patrimoniais) “decorrentes de contrato de trabalho” [*sic*, no texto da lei] é, em regra, do autor da obra (art. 46º/1 LAA*⁵⁶). O mesmo preceito estabelece, porém, que – “supletivamente e salvo convenção em contrário” – os direitos patrimoniais se consideram transferidos para o empregador.

II- A atribuição do direito de autor ao empregador, dador de trabalho e, em geral, ao que contrata a criação, é, assim, independente de convenção que o estipule expressamente, deduzindo-se da convenção laboral (ou de prestação de serviço) que tenha por objecto a criação.

⁵³ Em ilustração desta tese – com abundante jurisprudência citada em excerto, veja-se NIMMER (MELVILLE NIMMER / DAVID NIMMER, “Nimmer On Copyright (A Treatise on the Law of Literary, Musical and Artistic Property, and the Protection of Ideas)” - vol. 1, Los Angeles, 1995; vol. 3, Los Angeles, 1995, *maxime* §§ 5.03[B][1][a], 5-13, -32.

⁵⁴ Assim o explica, ilustrado com abundante jurisprudência citada em excerto, NIMMER, “Nimmer On Copyright ...”, cit., *maxime* §§ 5.03[B][1][b] [i], 5-32, -34.

⁵⁵ Assim NIMMER, “Nimmer On Copyright ...”, cit., *maxime* §§ 5.03[B][1][b] [ii], 5-35, -37.

⁵⁶ LAA* - lei de autor de Angola - Lei n.º 15/14, de 31-7-2014.

Retira-se desta disposição legal angolana que, constituindo-se originariamente na titularidade do trabalhador (ou prestador de serviços) criativo, o direito patrimonial de autor é, por mero efeito do contrato (“automaticamente”, *sic* no texto da lei), atribuído ao empregador comitente.

7.9. Lei marroquina: atribuição do direito patrimonial ao empregador por efeito do contrato

A lei de autor marroquina contém também disposição específica aplicável às obras criadas “por conta” de outrem, seja esta pessoa física ou meramente jurídica ali designada genericamente “empregador” (art. 35 LAMar.*⁵⁷).

O direito de autor nestas obras pertence originariamente ao autor, mas consideram-se atribuídos ao empregador por mero efeito do contrato, salvo convenção em contrário, os direitos patrimoniais de autor.

A atribuição do direito de autor limita-se às utilizações pressupostas pelas “actividades habituais” do empregador, ou seja, justificadas tendo em conta o objecto e fins da sua actividade corrente.

⁵⁷ LAMar.* - lei de autor de Marrocos - Loi n.º 2-00, de 15-2-2000, modificada e completada pela Loi n.º 34-05, de 14-2-2006.