

O DIREITO DE AUTOR NA PUBLICIDADE

Pelo Dr. António Maria Pereira

1. A actividade publicitária assenta na criação literária e artística. No entanto, ao contrário do que sucede com a criação intelectual em geral, a criação literária e artística, no campo publicitário, não é um fim em si mesma, porquanto *tem antes como objectivo específico promover ou conseguir a venda de produtos*.

Esse traço característico da actividade publicitária transformou totalmente o processo de criação intelectual que lhe está na base, ao ponto de se poder afirmar que a realização de uma campanha publicitária tem actualmente pouco a ver com a tradicional actividade solitária do escritor ou do artista.

Na sua função de criação as agências publicitárias definem um plano de trabalho «criativo», retêm, antes de mais, um conceito após o que, a partir desses elementos, elaboram um projecto de mensagem publicitária. Os «criativos», empregados da agência, participam na elaboração da criação artístico-literário, visualizando noções abstractas. Há aqui um trabalho de equipe, em que a prestação individual é, por vezes, difícil de determinar. Por outro lado, as agências recorrem também a autores independentes.

Numa palavra, a publicidade é fruto de um trabalho de equipe em que a concepção da mensagem publicitária, isto é, *as ideias*, desempenham um papel muito importante, tal como é igualmente importante a definição da *estratégia* da campanha publicitária.

Dadas estas características específicas da actividade de criação publicitária poderá preliminarmente pôr-se a questão de saber

se as leis sobre o direito de autor — maxime o Código de Direito de Autor e dos Direitos Vizinhos (daqui em diante designado por «Código») (1) se aplicam ou não à actividade publicitária.

A resposta é afirmativa: as obras publicitárias são, antes de tudo, *criações do espírito humano e como tal protegidas pela legislação que protege tais criações*. Esta conclusão é actualmente pacífica, quer em Portugal, quer no estrangeiro, resulta da definição de «criações intelectuais» constantes no Código e foi, aliás, confirmada pelo Código da Publicidade (2) cujo art. 47.º dispõe que «aplicar-se-ão as normas relativas ao direito de autor à actividade publicitária que se configure como criação do espírito dotada de originalidade».

Importa, por isso, analisar quando é que, segundo o Código do Direito de Autor, uma criação de espírito — publicitária ou não — merece protecção legal, quem tem direito a ela, e em que consiste essa protecção.

1. A ORIGINALIDADE DA OBRA

2. A primeira condição para a protecção de uma obra literária ou artística é a *originalidade*, isto é, *a obra tem que ser uma criação do seu autor*. Quem copia um filme, um anúncio, ou qualquer texto alheio, ainda que tais obras não sejam conhecidas do público, ainda que as tenha registado em seu nome, não tem um direito de autor sobre elas, porque o seu trabalho de cópia não é uma criação intelectual original.

Note-se, no entanto, que este requisito da originalidade não deve ser entendido em termos absolutos. A originalidade pode ser apenas *relativa*. Com efeito, tanto é original a obra criada *inteiramente* pelo seu autor, por exemplo, o criador que delineia uma campanha publicitária baseando-se apenas e unicamente na sua inspiração, como a obra criada por um autor que, inspirando-

(1) Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei n.º 45/85 de 17 de Setembro.

(2) Decreto-Lei n.º 303/83 de 28 de Junho.

-se em obras pre-existentes, consegue a partir delas criar uma obra original. É o que sucede designadamente com as «obras compósitas», que o art. 20.º do Código define como aquelas «em que se incorpora, no todo ou em parte, uma obra preexistente, com autorização, mas sem a colaboração do autor deste».

De qualquer modo, a originalidade — seja absoluta, seja relativa — terá que existir para que o criador intelectual tenha um direito de propriedade literária ou artística sobre a sua obra.

2. A FORMA DE EXPRESSÃO

No entanto, para que uma obra intelectual seja protegida não basta a verificação do requisito da originalidade. Necessário é também que a criação do espírito de que se trata tenha sido exteriorizada, isto é, *expressa de certa forma*.

Por outras palavras, para que o direito de propriedade literária ou artística seja atribuído a um autor relativamente a uma sua criação original, *é necessário que não se trate de uma simples ideia*. As ideias, em si mesmas, ainda que muito brilhantes ou geniais, não são protegidas, pois se considera que pertencem ao património comum da humanidade. Como escreveu Pouillet «o pensamento em si mesmo, escapa a qualquer tipo de apropriação — permanece no domínio inviolável das ideias, cujo privilégio é serem eternamente livres».

Os dois requisitos até aqui mencionados — a originalidade e a forma de expressão — estão definidos no art. 1.º do Código ao dispor que se *consideram obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas*.

O n.º 2 do mesmo artigo completa o conceito pela negativa ao enunciar que «as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código».

Mas a *forma de expressão* que, como vimos, é um requisito essencial da obra intelectual, pode revestir toda e qualquer moda-

lidade algumas das quais — normalmente utilizadas na actividade publicitária — estão enumeradas no art. 2.º do Código:

- a) Livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos;
- b) Conferências, lições, alocações e sermões;
- c) Obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação;
- d) Obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixa por escrito ou por outra forma;
- e) Composições musicais com ou sem palavras;
- f) Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas;
- g) Obras de desenho, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura;
- h) Obras fotográficas ou protegidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia;
- i) Obras de arte aplicada, desenhos ou modelos industriais e obras de «design» que constituam criação artística;
- j) Ilustrações e cartas geográficas;
- l) Projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, urbanismo, geografia ou outras ciências;
- m) Lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade;
- n) Paródias ou outras composições literárias ou musicais ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra.

Este princípio fundamental da protecção artística segundo o qual a criação intelectual só é protegida desde que *expressa por certa forma* tem grande importância no campo da publicidade.

Com efeito, a criação publicitária pressupõe uma estratégia em que a concepção — a ideia — é um aspecto fundamental. Acontece mesmo, por vezes, que a técnica da criação publicitária inclui um «brain storming», isto é, a constituição de um grupo de pessoas com o objectivo de estimular a sua imaginação de modo a produzir um máximo de ideias num mínimo de tempo.

Seja como for, nesta fase da criação publicitária, isto é, quando se trata unicamente de produzir ideias, não há protecção pelo direito de autor. Só a partir do momento em que tais ideias sejam concretizadas através de projectos, consistentes em «croquis», num guião ou «story-board», ainda que muito sumários,

mas que dêem um aspecto gráfico do anúncio publicitário, ou desde que esta concretização se faça numa maquete já elaborada — só a partir desta fase de concretização se pode dizer que a ideia se exprime por certa forma, passando a ser protegida.

Daí duas conclusões:

- *Quando a ideia e a sua realização não provêm da mesma pessoa, só o contributo da segunda é protegido; e,*
- *dado que a protecção do Direito de Autor se limita à forma, as ideias utilizadas numa campanha publicitária podem, em princípio, ser livremente aproveitadas noutra campanha publicitária.*

3. O MÉRITO DA OBRA

Outro dos princípios fundamentais do direito de autor é o de que o *mérito da obra* é irrelevante para efeitos de protecção. Quer isto dizer que a obra pode ser excelente, ou de péssima qualidade, pode consistir um filme publicitário contemplado com prémios ou num insignificante anúncio gráfico publicado num jornal de província. Desde que se trate de uma criação do espírito humano original, expressa por certa forma — tanto basta para que o seu autor tenha sobre ela um direito de propriedade literária ou artística.

Neste aspecto convém observar que mesmo um simples lema ou «slogan», se se revestirem de originalidade, são protegidos [al. m) do n.º 1 do art. 2.º do Código].

4. A DESNECESSIDADE DO REGISTO

Em direito de autor, e ao contrário do que sucede no domínio da propriedade industrial — que se ocupa de patentes, modelos e desenhos industriais, marcas, insígnias e outros sinais distintivos do comércio — *o registo é, em regra, irrelevante para efeitos de atribuição do direito*. Esta regra, consagrada no

artigo 5.º, alínea 2, da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas — está contemplada no Código, no art. 12.º segundo o qual «o direito de autor é reconhecido independentemente do registo, depósito ou qualquer outra formalidade».

Note-se, no entanto, que o registo do Direito de Autor, que se efectua na Direcção dos Serviços de Direito de Autor da Secretaria de Estado da Cultura, pode ser, na prática, útil, designadamente quando se pretenda instaurar um processo por contrafacção ou usurpação.

5. QUEM É O AUTOR DAS OBRAS PUBLICITÁRIAS?

Como mais adiante se verá, o autor de uma obra intelectual goza de vários direitos, de natureza patrimonial e moral. Importa, por isso, determinar, quem é, para efeitos jurídicos, o autor da obra publicitária.

Como já atrás referimos, a obra publicitária é, em regra, criação de uma pluralidade de pessoas. Por tal razão, e como dispõe o art. 16.º do Código, há que considerar fundamentalmente duas categorias de obras:

- a) As chamadas *obras de colaboração* que são as divulgadas ou publicadas em nome dos que nelas colaboraram ou de algum deles; e
- b) as *obras colectivas* que são as organizadas por iniciativa de uma entidade singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome.

As obras publicitárias entram, em regra, nessa segunda categoria, porquanto normalmente são organizadas por iniciativa de uma agência de publicidade e divulgadas e publicadas em seu nome.

Ora, nos termos do art. 19.º do Código, «*o direito de autor sobre a obra colectiva é atribuída à entidade singular ou colectiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada*», isto é, *pertence à agência de publicidade.*

Acrescenta, no entanto, o n.º 2 deste art. 19.º que «se, porém, no conjunto da obra colectiva for possível discriminar a produção pessoal de algum ou alguns colaboradores, aplicar-se-á, relativamente aos direitos sobre esta produção pessoal, o preceituado quanto à obra feita em colaboração».

Isto significa que, neste caso, conforme dispõe o art. 17.º, n.º 1 que se refere às obras de colaboração, «o direito de autor pertence a todos que nela tiverem colaborado», entre os quais, e pelo que respeita às obras destinadas à rádio ou à televisão, se destacam aqueles que a lei considera seus co-autores: os autores do texto e da música e o realizador (art. 21.º, n.º 2).

Em conclusão, o direito de autor sobre a obra publicitária pertence à agência de publicidade que a tiver organizado; mas, por outro lado, os que nela colaboraram de uma forma criativa, e desde que a sua contribuição pessoal possa ser identificada, têm também um direito de autor sobre essa contribuição — salvo se, e como adiante se explicará mais em pormenor, esta contribuição foi resultado de uma encomenda, do cumprimento de um dever funcional ou de um contrato de trabalho.

Acrescentaremos, para terminar, este aspecto da questão, que, nos termos do n.º 4, art. 17.º «não se consideram colaboradores e não participam, portanto, dos direitos de autor sobre a obra, aqueles que tiverem simplesmente auxiliado o autor na produção e divulgação desta».

6. OBRAS PRODUZIDAS POR CONTRATO DE TRABALHO E POR ENCOMENDA

Como atrás dissemos, o direito de autor sobre as obras publicitárias produzidas pelas agências de publicidade pertence a estas. No entanto, aqueles que contribuíram, com a sua criatividade, para a realização dessas obras têm também um direito de autor, *a não ser que o tenham cedido às agências*.

Está aqui posta a questão de saber em que casos essa cessão se verifica.

A este respeito importa antes do mais considerar que os criadores de obras publicitárias estão, em regra, vinculados à agên-

cia por um *contrato de trabalho* ou criaram as suas obras por *encomenda* das mesmas agências.

Países há, como o Japão, em que, salvo convenção em contrário, se a obra tiver sido criada pelo autor por iniciativa da empresa que o emprega e no exercício das suas funções, e se for tornada pública em nome dessa empresa, a ela pertencerá o direito de autor. Noutros países, mais protectores do direito de autor, tais como a França e a Alemanha Federal, mesmo quando haja contratos de trabalho ou uma encomenda, e a obra tenha sido publicada em nome da empresa, o direito de autor *nasce* na titularidade do criador intelectual.

Importa, porém, sublinhar que mesmo nestes dois últimos países, a doutrina e a jurisprudência têm pacificamente entendido que uma das consequências da existência de um contrato de trabalho ou de encomenda é, precisamente, a verificação de uma *cessão* à empresa das obras criadas no âmbito daqueles contratos.

A solução contemplada no Código do Direito de Autor português é a mesma dos direitos francês e alemão e está consagrada no art. 14.º, no qual se estabelecem as regras seguintes:

- Antes do mais, a questão da titularidade do direito de autor relativamente a obras feitas *por encomenda* ou *por conta de outrem*, quer em cumprimento do *dever funcional*, quer do *contrato de trabalho*, *determina-se, em harmonia, com o que tiver sido convencionado.*

Na falta de convenção, o regime é o seguinte:

- Quanto às obras de encomenda, a titularidade pertence ao seu autor;
- Quanto às obras feitas por conta de outrem — no caso, por conta da agência de publicidade — no desempenho de um dever funcional ou de um contrato de trabalho, *presume-se que o Direito de Autor pertence à referida agência de publicidade — excepto se o nome do autor vier mencionado na obra ou figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal, caso em que a presunção funciona em favor do autor.*

A prática da actividade das agências de publicidade mostra que os anúncios e as campanhas publicitárias são resultado dos contributos intelectuais diferenciados de duas categorias de colaboradores dessas agências:

- Os criadores da parte gráfica, plástica, e motivacional — que com elas estabelecem contratos de trabalho e, por isso, pertencem aos seus quadros e são remunerados mensalmente;
- Os criadores de acompanhamentos musicais («jingles»), que não pertencem aos seus quadros e trabalham por encomenda.

Os criadores intelectuais pertencentes à primeira categoria, trabalham em equipe na empresa e estão a ela ligados por contratos de trabalho, quase sempre tácitos, cujas cláusulas são, em regra, e no essencial, as constantes do contrato colectivo de trabalho vertical entre a Associação Portuguesa das Agências de Publicidade e a Federação Regional dos Sindicatos dos Empregados de Escritório do Sul, Ilhas Adjacentes e Outros. (3).

Do disposto nesse contrato colectivo de trabalho se conclui que os trabalhadores aos quais ele se aplica se obrigam a prestar trabalho criativo para as agências, mediante uma remuneração mensal. Essa contribuição criativa está expressamente prevista na definição de funções que faz parte do contrato colectivo e que prevê, além de outras categorias, o de «desenhador de arte finalista», «desenhador maquetista», «redactor publicitário», «visualizador», etc..

É certo que em parte alguma desse contrato de trabalho se faz referência directa à titularidade do direito de autor sobre as criações intelectuais desses trabalhadores das agências.

No entanto, vários argumentos conduzem à conclusão de que, nestes casos, o direito de autor sobre estas criações intelectuais pertence às agências e não àqueles empregados.

(1) In Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 3, 22/01/69, pág. 193 e seguintes. As alterações posteriores deste contrato colectivo de trabalho não modificam o que aqui se diz.

A primeira razão é o facto de essas obras intelectuais serem criadas nos termos de um *contrato de trabalho* prevendo essa actividade criativa. Ora, como atrás se demonstrou, nos casos, em que existe uma convenção nesse sentido, o direito de autor pertence à empresa.

A segunda razão é o facto de ser pacificamente admitido no ramo, pelas agências e pelos seus trabalhadores, que o direito de autor sobre as prestações intelectuais destes pertence àquelas.

Com efeito, é incontroverso que, ao ingressarem nos quadros de uma agência de publicidade, os criadores de anúncios, que conhecem o seu sistema de funcionamento, já sabem que o direito de autor sobre o produto do seu trabalho criativo fica a pertencer àquela, em contrapartida da retribuição mensal a que têm direito e que lhes é paga: nunca os criadores literários e artísticos pertencentes aos quadros de uma agência admitiram ou puseram em dúvida que as suas criações deixassem de pertencer à empresa que os remunera.

7. DIREITO DE AUTOR SOBRE AS COMPOSIÇÕES MUSICAIS UTILIZADAS NA PUBLICIDADE

Mas, como atrás dissemos, a produção de anúncios pelas agências resulta também das prestações de criadores intelectuais que não pertencem aos seus quadros: os compositores musicais que criam, por encomenda, os acompanhamentos musicais dos anúncios («jingles»). A quem pertence nesses casos o direito de autor?

Dado não existir no Código, como em relação às obras criadas por trabalhadores por conta de outrem, (arts. 14.º e 19.º) uma excepção à regra de que o autor é o titular do direito de autor, — logo, salvo estipulação em contrário, esse direito compete ao criador do «jingle».

8. A EXPLORAÇÃO DA OBRA PUBLICITÁRIA

Na tradição dos direitos continentais de inspiração francesa, o direito de autor abrange duas categorias fundamentais de direi-

tos: os chamados *direitos patrimoniais* e os *direitos morais*. (art. 9.º n.º 1 do Código).

Os direitos patrimoniais consistem na faculdade que assiste ao autor de receber uma remuneração como compensação pelo seu trabalho de criação intelectual. Por outras palavras, estes direitos traduzem-se num *monopólio da exploração da obra*, nos termos do qual a comunicação da mesma ao público só pode ser feita com autorização do autor, em regra mediante uma compensação pecuniária. Daqui se segue que quando alguém quiser explorar economicamente uma criação de que não seja autor, terá que conseguir que este lhe ceda os seus direitos pecuniários.

Importa a este respeito observar que, contrariamente ao que por vezes se pensa, o adquirente de uma criação publicitária não fica investido, em consequência da aquisição do objecto material em que os anúncios ou uma campanha publicitária se materializam, de nenhum dos direitos patrimoniais do autor. Por outras palavras, a cessão de uma obra publicitária consistente num filme, em desenhos, ou em qualquer suporte material, não acarreta a cessão dos direitos sobre a mesma, nem sequer tal cessão se presume.

A remuneração é devida ao autor sempre que ele autorize a utilização ou a exploração da sua obra por qualquer forma. Com efeito, as obras literárias e artísticas são susceptíveis de múltiplas utilizações, designadamente podem consistir em contributos para uma obra publicitária, a qual, por seu turno, pode ser transmitida através da rádio e da televisão, da imprensa, num filme, etc.. Por isso se considera que o direito de autor se desdobra num certo número de direitos parcelares, que o autor pode negociar separadamente e que o art. 68.º do Código enumera exemplificativamente. Desse artigo destacaremos, por interessarem particularmente à actividade publicitária, as seguintes modalidades:

- a) Publicação pela imprensa ou por qualquer outro meio de reprodução gráfica;
- b) ... reprodução, adaptação, representação, execução, distribuição e exibição cinematográficas;
- c) Fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução mecânica, eléctrica, electrónica ou química

- e à execução pública, transmissão ou retransmissão por estes meios;
- d) Difusão pela fotografia, telefotografia, televisão, rádio-
fonia ou qualquer outro processo de reprodução de sinais,
sons ou imagens e a comunicação por altifalantes ou ins-
trumentos análogos, por fios ou sem fios, nomeadamente
por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite
quando essa comunicação for feita por outro organismo
que não o de origem;
 - e) ... qualquer forma de apropriação directa ou indirecta;
 - f) Tradução, adaptação, arranjo e instrumentação ou qual-
quer outra transformação da obra;
 - g) Qualquer utilização de obra diferente;
 - h) Reprodução total ou parcial, qualquer que seja o modo
por que é feita, etc..

Consequentemente, sempre que alguém ou qualquer entidade queira utilizar, por qualquer destes modos, uma obra literária ou artística, com ou sem carácter publicitário, deverá contactar o autor — no caso que nos ocupa, as agências de publicidade — directamente ou através dos seus representantes — que são, em regra, as sociedades de autores — pagando-lhes o que for acordado. Só assim essa utilização será legítima.

9. DIREITOS MORAIS

Mas, para além dos direitos patrimoniais, o autor goza também dos chamados *direitos morais*, consistentes, como se dispõe no art. 56.º do Código, no direito de reivindicar a paternidade da obra e assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor, e isto ainda que previamente este tenha alienado ou onerado os seus direitos patrimoniais.

Este direito é de tal modo sagrado que, como se lê no n.º 2 do referido artigo 56.º, «é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se mesmo após a morte do autor».

Põe-se aqui um problema em relação às obras publicitárias, na medida em que os autores das diversas contribuições literárias e artísticas se poderão sempre opor às deformações que as mesmas tenham que sofrer em consequência do condicionalismo imposto pelo seu objectivo final: a venda de produtos. Além de que esses autores poderão igualmente, no exercício do seu direito moral, exigir que o seu nome figure sempre na obra que criaram — o que do mesmo modo é, pelo menos, contrário à prática corrente.

Como conciliar então o exercício do direito moral dos autores da obra publicitária com a natureza específica desta?

A jurisprudência francesa, até há pouco, sempre sancionou o direito moral do autor com todo o rigor, mesmo em obras publicitárias. No entanto, uma recente decisão do Supremo Tribunal («Haute Cour») veio consagrar a opinião de alguns autores segundo a qual *o direito moral só existe a partir da criação da obra* — pelo que, antes dessa criação, o autor pode validamente limitar a sua liberdade de criação, sujeitando as suas futuras obras ao condicionalismo próprio das obras publicitárias.

10. PENALIDADES

As infracções ao direito de autor são sancionadas, fundamentalmente, através de penas de *multa e prisão* e da *obrigação de indemnização*, podendo também justificar o decretamento de medidas cautelares, tais como a *suspensão da exploração de uma obra* em qualquer das modalidades atrás referidas.

Consequência do facto de a pirataria atingir em Portugal proporções escandalosas, superiores às da maioria dos países europeus, as penas de prisão instituídas pelo Código são particularmente pesadas: os crimes que o Código denomina de *usurpação* e *contrafacção* e que, grosso modo, correspondem ao que correntemente se designa respectivamente por pirataria e plágio, são puníveis, nos termos do art. 197.º do Código, com 3 anos de prisão, além de multa, agravadas para o dobro, em caso de reincidência.