

RECONHECIMENTO E LEI APLICÁVEL À PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES DE MODA PELO DIREITO DE AUTOR

LÍGIA CARVALHO ABREU

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Genebra. Professora auxiliar da Faculdade de Direito da ULP, vice-presidente do I2J, professora convidada da Faculdade de Direito do Porto e do ISMAI, membro do conselho científico do CIJE- Faculdade de Direito do Porto e membro do Fashion Law Institute Argentina.

1. O Reconhecimento das Criações de Moda como Obras Artísticas

A obra de arte ou obra artística está associada ao domínio das coisas do intelecto que se materializam como manifestações do sentido de belo, das alegrias e das angústias do seu autor. É esta capacidade da arte, de existir como expressão de uma ideia subjetivamente sublime, independentemente da sua utilidade, ou da falta dela, para a sociedade, que a faz distanciar dos meros objetos comuns.

Por tocar também o domínio das coisas intangíveis, uma obra pode ser artística independentemente de uma avaliação de acordo com critérios objetivos. Assim o é, igualmente, no domínio do direito da propriedade intelectual. Uma obra só é protegida pelo direito de autor se for uma criação intelectual original do domínio artístico, literário ou científico, não estando o critério da originalidade ligado a juízos de valor sobre o mérito ou a qualidade artística da obra, mas ao grau de independência do autor na elaboração da sua obra em relação aquelas de outros autores.

Tendo em conta que a originalidade ou seja a não cópia determina a proteção de uma obra pelo direito de autor, poderá uma peça de roupa original ser uma obra artística protegida por este direito?

Considerar a moda arte e as peças de vestuário obras artísticas nunca foi um assunto consensual. Alguns designers de moda consideram-se meros criadores de coisas úteis. Outros dão ênfase aos aspectos artísticos das suas roupas, ao alto nível de competências empregues na elaboração das peças, à mensagem por detrás de uma coleção que reflecte a sua identidade pessoal e artística. Outros ainda, como por exemplo a dupla holandesa de criativos Viktor & Rolf, definem-se como ‘Artistas de Moda’.

Se analisarmos o direito de autor em diferentes países também encontramos entendimentos diferentes quanto a esta questão. Nos Estados Unidos da América, as

obras que demonstram competências ou habilidades artísticas podem ser protegidas pelo direito de autor norte-americano. Para que este tipo de obra consiga esta proteção não se leva em conta os seus aspetos mecânicos e utilitários.¹ Não se reconhece, assim, proteção pelo direito de autor a obras que contêm apenas uma função utilitária. A originalidade é o critério para determinar se tais obras podem ou não ser protegidas pelo direito de autor.

De acordo com a jurisprudência norte-americana, uma obra é original se for “independentemente criada pelo autor”² e possuir “algum nível de criatividade”³, ou seja se não for “uma mera reprodução mecânica”⁴ de uma obra que já existe.

Contudo, na prática o requisito de originalidade imposto pela lei norte americana está inteiramente dependente da separação física e conceptual dos elementos utilitários da criação de moda como por exemplo: a forma, o estilo, o corte ou as dimensões de uma peça de roupa. A pintura, a arte gráfica, a fotografia, a gravura ou outras formas de arte incorporadas em criações de moda podem ser protegidas pelo direito de autor se forem identificadas separadamente dos elementos utilitários e capazes de existirem de forma independente. Por exemplo, a reprodução, em bordado, de uma pintura original criada por um designer de moda para adornar um vestido pode ser protegida pelo direito de autor norte-americano se tal elemento for passível de ser removido do vestido e vendido separadamente deste sem que isso comprometa de forma negativa a funcionalidade do vestido⁵ e ainda se a junção desse elemento bordado não for “motivada pelo desejo de melhorar a funcionalidade do vestido.”⁶

No mesmo contexto, os arranjos decorativos com lantejoulas e cristais de um vestido ou as camadas de tule de uma saia são, de acordo com a jurisprudência norte-americana, usados para cobrir o corpo e “para melhorar a funcionalidade de um vestido

¹ “Works of artistic craftsmanship are copyrightable insofar as their form but not as far as their mechanical or utilitarian aspects are concerned”, U.S Copyright Law, § 101: <http://www.copyright.gov/title17/>

² Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.: 1991, 499 U.S. 340 at 355, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/case.html>

³ Ibid.

⁴ Alexandra GEORGE, *Constructing Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2012, 212.

⁵ United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 12-598-cv (2d Cir. Oct 15, 2012). Jovani Fashion § 3 : <https://casetext.com/case/jovani-fashion-ltd-v-fashions>

⁶ Ibid. § 4.

para uma ocasião especial”⁷. Eles têm uma função decorativa e são, geralmente, intrínsecos a essa função global e não dela separados⁸, não podendo, por isso, ser protegidos pelo direito de autor. O mesmo se aplica aos pormenores de costura e de alfaiataria que, sendo originais de um ponto de vista artístico, não são protegidos pelo direito de autor norte-americano porque não cumprem os requisitos de separação física e conceptual em relação à peça de vestuário.

No Reino Unido, o direito de autor protege as criações de moda se estas forem “obras artísticas originais”, como por exemplo, a fotografia, a pintura, a ilustração, a escultura, a colagem, gravura, a litografia, uma obra de arquitectura ou uma obra de artesanato ou de habilidade e técnica com características artísticas (*works of artistic craftsmanship*), entre outras, independentemente da sua qualidade artística.⁹

A jurisprudência britânica entende que as criações de moda originais podem ser consideradas *works of artistic craftsmanship*. Assim, uma peça de roupa original pode ser protegida pelo direito de autor do Reino Unido se for uma obra de artesanato ou de habilidade e técnica com características artísticas.

Apesar de não relevar para a proteção pelo direito de autor britânico a qualidade artística da obra, exige-se, mesmo assim, que a obra seja artística. Contudo, o que se entende por ‘artística’ nem sempre é consensual. No caso *Hensher versus Restawhile*, Lord Reid e o Visconde Dilhorme consideraram obra de habilidade e técnica com características artísticas (*works of artistic craftsmanship*) a obra que é feita à mão. Por sua vez, Lord Simon considerou que tais obras com características artísticas não são apenas aquelas que são elaboradas à mão. A obra pode ser artística em virtude do uso das máquinas ou seja da tecnologia.¹⁰

Regra geral, a jurisprudência do Reino Unido, nesta matéria, não considera ‘artística’ uma criação de moda produzida em massa ou meramente agradável à vista. Um nível suficiente de criatividade e a intenção de criar uma obra artística

⁷ Ibid. § 5.

⁸ Ibid. § 5.

⁹ United Kingdom Copyright, Designs and Patent Act, article 4: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

¹⁰ Iona SILVERMAN. “Copyright and Fashion: A UK Perspective” WIPO Magazine, June 2014: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/03/article_0007.html

esteticamente apelativa e de preferência exclusiva parece ser o fundamento mais comum para definir o conceito de ‘*works of artistic craftsmanship*’.¹¹

Em França, o direito de autor não segue uma lista fechada tal como o direito de autor britânico quanto à noção de obra artística. As criações de moda – “obras da mente humana”¹² – são directamente protegidas pelo código francês da propriedade intelectual, nomeadamente, pelo artigo L112-2 (14). Este artigo estende a protecção pelo direito de autor às criações das indústrias sazonais de vestuário e outros artigos de moda. Entende-se por indústrias sazonais aquelas que, “em virtude das exigências da moda, frequentemente renovam a forma dos seus produtos, em particular a costura, as peles, roupa interior, bordados, moda, calçado, luvas, marroquinaria, a manufatura de tecidos novos de alta gama ou destinados à alta-costura, as produções dos joalheiros e dos sapateiros e a manufatura de tecidos para a decoração.”¹³

Diferentemente da lei francesa, o Código português de Direitos de Autor e Direitos Conexos não faz referência expressa às criações de moda no elenco de obras protegidas. Para a lei portuguesa, as obras protegidas são “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas (...) incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores”¹⁴.

O requisito essencial para que a obra seja protegida pelo direito de autor é a originalidade. A obra original é, de acordo, com a lei portuguesa: “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo, compreendem nomeadamente: a) Livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos; b) Conferências, lições, aloções 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 qualquer outra forma; e) Composições musicais, com ou sem palavras; f) Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas; g) Obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura; h) Obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos ao da fotografia; i) Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de

¹¹ Ibid.

¹² Código da Propriedade Intelectual Francês, livro 1, artigo L111-1: http://www.copyright.fr/hypertext/code_de_la_propriete_intellectuelle.htm

¹³ Código da Propriedade Intelectual Francês, livro 1, artigo L112 -2 (14).

¹⁴ Artigo 1 do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos português.

design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial; j) Ilustrações e cartas geográficas; l) Projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências; m) Lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário; se se revestirem de originalidade; n) Paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra.”¹⁵ Este elenco, que não é exaustivo, ainda inclui, como obras equiparadas a originais: “a) As traduções, arranjos, instrumentações, dramatizações, cinematizações e outras transformações de qualquer obra, ainda que esta não seja objecto de protecção; b) Os sumários e as compilações de obras protegidas ou não, tais como selectas, enciclopédias e antologias que, pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações intelectuais; c) As compilações sistemáticas ou anotadas de textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração.”¹⁶

É possível enquadrar as criações de moda no supra referido elenco de obras protegidas originais, nomeadamente nas “obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial”.

Neste contexto, mesmo se a moda é uma forma de expressão com uma motivação comercial, reproduzida mais do que uma vez (à excepção das obras exclusivas de alta-costura), entendo que é possível distinguir aquelas peças de roupa originadas numa procura intelectual similar ao processo criativo artístico de criação de uma estética original e identidade única, e que por isso são obras de design artístico, daquelas peças de roupa que são totalmente motivadas por razões comerciais, e por isso, reproduzidas em massa e sem originalidade.

Os direitos de autor protegem obras de design artísticas fixadas em formas tangíveis de expressão. Uma peça de roupa é uma obra de design artística quando é uma expressão artística baseada num efeito visual de combinação de cores, forma, símbolos e padrões ou de harmonização de estéticas opostas, contribuindo muitas vezes para a redefinição e evolução da moda contemporânea.

De forma a ser protegida pelo direito de autor, essa peça deve ser original. Deve ser única em estilo e substância, resultado do trabalho independente do autor e das suas

¹⁵ Artigo 2 do Código português de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

¹⁶ Ibid, Artigo 3.

aptidões, e não uma cópia de um trabalho prévio criado por outro autor.¹⁷ O requisito de criatividade não requer que o autor demonstre a complexidade do seu trabalho ou o alto nível de competências empregue na sua execução. Se uma obra incorpora uma obra de outro autor ou aspectos desta, como bem afirma Alexandra George, é necessário “um alto grau de criatividade”¹⁸ para que a obra derivada seja considerada original.

Por exemplo, uma peça de roupa pode ser original pela composição de cores, padrões, formas e motivos impressos, se não é idêntica na sua aparência visual a outras criações, se existe uma abordagem não convencional ao uso de materiais etc...

Originalidade também significa autenticidade.¹⁹ Autenticidade não está apenas relacionada com as coisas tangíveis mas também com as coisas intangíveis tais como a percepção intelectual do mundo, da natureza e dos objetos, expressa através do ato criativo e transposta para as roupas.

A qualidade intangível de uma obra torna-a mais próxima da arte.

Apesar do universo criativo de um designer de moda ser baseado primeiramente em considerações puramente estéticas relacionadas com o efeito visual dos elementos de design da roupa, como a cor, a forma e as combinações de materiais, este autor pode criar uma comunicação visual original que transcende a mera visão utilitária da peça de roupa.²⁰

2. A Lei aplicável à Proteção das Criações de Moda pelo Direito de Autor

Os direitos de autor são direitos de monopólio territoriais quanto aos seus efeitos²¹, pelo que podemos aplicar o direito de conflitos para determinar a lei aplicável que regulará as situações jurídicas privadas internacionais sobre esta matéria.

¹⁷ Lígia Carvalho ABREU. “Mary Katrantzou: The Symbolic and Typographical Artistic Expression within Copyright Protection”. IN *Fashion Law-When Fashion Meets Fundamental Rights*, 2015, <http://www.fashionmeetsrights.com/>

¹⁸ Alexandra GEORGE. *Constructing Intellectual Property*. Cambridge University Press: 2012, 212.

¹⁹ Lígia Carvalho ABREU. “Mary Katrantzou: The Symbolic and Typographical Artistic Expression within Copyright Protection”. IN *Fashion Law-When Fashion Meets Fundamental Rights*, 2015, <http://www.fashionmeetsrights.com/>

²⁰ Ibid.

²¹ Importa neste contexto salientar, que o direito de autor pertence ao autor da obra e é reconhecido independentemente de registo, depósito ou de qualquer outra formalidade, tal como se prevê, por exemplo no Código português de Direito de Autor e Direitos Conexos (artigo 11 e 12 do CPDADC). Todavia, para

Apesar de existirem países que não se consideram competentes para ações relativas à violação dos direitos de autor ocorridas em outros países e que seguem um entendimento da territorialidade do direito de propriedade intelectual quanto aos órgãos de aplicação, remetendo sempre e somente para o direito do foro competente, o Estado de proteção não é necessariamente, e de acordo com a doutrina dominante, o Estado do foro.²² Como bem salienta Luís de Lima Pinheiro, o Estado de Proteção “é aquele para cujo território é pretendida a proteção, aquele onde se pretende utilizar ou defender contra terceiros o bem imaterial em causa. O Estado de proteção só coincidiria necessariamente com o Estado do foro se os tribunais de cada Estado se considerassem incompetentes para as ações relativas à proteção dos direitos de propriedade intelectual no território de outros Estados.”²³

O Estado de proteção é, assim, aquele onde ocorreu o ato ou os atos de utilização da obra, lesivos do direito de autor, tais como a sua divulgação, reprodução e oferta para venda ou aluguer por qualquer meio.

Assim, se uma obra original de design de moda da autoria de um criador francês é copiada por uma marca chinesa e colocada à venda na China, em Portugal e nos Estados Unidos, o país de proteção é qualquer um destes três países.

Luís de Lima Pinheiro considera que apenas é Estado de proteção aquele onde ocorre uma conduta que segundo o direito local constitui um ato de utilização ou lesão de um direito de autor.²⁴ Ou seja, e utilizando o exemplo acima, a China, Portugal e os Estados Unidos só seriam país de proteção se de acordo com o direito local destes Estados a cópia constitui-se uma lesão ao direito de autor. Contudo, de acordo com o Professor Luís de Lima Pinheiro tal “não obsta a que seja considerado como Estado de proteção todo aquele em que forem praticados atos de utilização da obra, quer por estar

efeitos de resolução de litígios considera-se que uma obra artística é protegida no território do país que concede a proteção pelo direito de autor ou seja onde ela está registada.

²² Luís de Lima PINHEIRO. *Direito Internacional Privado, Volume II*, 2015, 495-496.

²³ Ibid.

²⁴ Luís de Lima PINHEIRO. “Algumas considerações sobre a lei aplicável ao direito de autor na internet”. Comunicação apresentada no Curso Pós-Graduado de Direito Intelectual, em Maio de 2013, na Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. p. 25, <https://www.oa.pt/upl/%7Bf2efdb8b-5322-46ad-8b40-f3cfb844ac46%7D.pdf>

em causa o direito de colocação à disposição do público quer por entrar em jogo o direito de reprodução.”²⁵

A aplicação da lei material do foro ou da lei material estrangeira vai depender da norma de conflitos aplicável do ordenamento jurídico competente para julgar a ação. Em certos Estados poderá mesmo se admitir uma referência global, ou seja a aplicação da norma material e da norma de conflitos da lei considerada competente pelo Estado do foro.

Neste caso, uma peça de roupa pode ser ou não considerada como obra artística e, consequentemente, ser ou não protegida pelo direito de autor consoante a lei material designada pela norma de conflitos como a norma competente para regular a situação privada internacional.

Existe a nível mundial uma grande diversidade de elementos de conexão para determinar a lei aplicável em matéria de direito de autor. Pode ser: o local em que tiver ocorrido o ato de utilização ou um ato lesivo dos direitos de autor, ou o local onde a proteção da propriedade intelectual é requerida ou o local da utilização da obra etc..

Acresce ainda que nem todos os Estados concedem o mesmo nível de proteção. Em alguns casos cópias das obras de design de moda são colocadas na internet, por exemplo em lojas online ou em produções de moda de editoriais on-line, e a sua divulgação faz-se a partir de um Estado com um nível de proteção do direito de autor reduzido para este tipo de obra. Em certos casos, assiste-se a uma deslocalização do local de onde a obra é divulgada com a intenção de afastar a aplicação do direito de autor de um Estado que concede uma proteção mais ampla.

Contudo, para que o maior número de Estados se regule pelo mesmo nível de proteção dos direitos de autor e para diminuir as situações de fraude, tem-se assistido, ao longo do tempo, a uma tentativa de unificação internacional do direito material de autor aplicável.

A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, a Convenção Universal sobre o Direito de Autor, o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre o Direito de Autor, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS/ADPIC) ou, ao nível da União Europeia, a Directiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na

²⁵ Ibid.

Sociedade da Informação e a Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro de 2011 relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos, são alguns exemplos dessa unificação.²⁶

A própria directiva 2001/29/CE, no nº 6 do seu preâmbulo, dá ênfase à importância da harmonização do direito de autor dos países membros da União para atenuar as diferenças significativas que existem ao nível da protecção do direito de autor entre os Estados membros, diferenças essas que podem restringir “a livre circulação de serviços e produtos que incorporam propriedade intelectual ou que nela se baseiam” e, por conseguinte, potenciar “uma nova compartimentação do mercado interno e uma situação de incoerência legislativa e regulamentar”, bem como “prejudicar a realização de economias de escala relativamente a novos produtos e serviços que incluam direito de autor e direitos conexos.”²⁷

No que diz respeito à indústria da moda, a cópia, também conhecida pelo nome de ‘Knockoff’, de uma obra de design original de uma marca por parte de outra marca que não a autora do produto original e sem o consentimento desta, é um problema potenciado pelo desenvolvimento da sociedade de informação, e por isso em expansão. Embora existam casos em que, por exemplo, padrões e desenhos de uma peça de roupa de uma marca de luxo são uma cópia de padrões e desenhos de produtos de uma marca de baixo custo²⁸, em regra geral a cópia ou knockoff é um produto de inferior qualidade e de menor custo para o consumidor do que o original. A cópia do produto original não contém logos e nomes contrafeitos, ou seja não contém logos e nomes da marca autora desse produto original. A cópia ostenta o nome da marca e logo que a produziu. Sendo assim, os consumidores sabem que estão a comprar um produto da marca que produz a cópia e podem mesmo pensar que esta versão mais barata é um produto original da marca criadora da cópia. Desta forma, a cópia cria confusão nos consumidores, afeta a credibilidade e reputação da marca autora do produto original e infringe os seus direitos autorais.

²⁶ Sobre a unificação do direito de autor ao nível da União Europeia v. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.4.html

²⁷ Directiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>

²⁸ Ver, por exemplo, The Fashion Law “Did Saint Laurent Copy Forever 21?”: <http://www.thefashionlaw.com/home/did-saint-laurent-actually-copy-forever-21>

Se para alguns designers famosos a cópia de um seu produto não é um problema, outros há que, por serem financiados por poderosos grupos económicos, facilmente descobrem e accionam em todo o mundo os meios legais para impedir a comercialização de cópias dos seus produtos. Todavia, os jovens designers que dependem apenas de si próprios para manter o seu negócio não têm o mesmo poder.

Apesar do desenvolvimento da unificação do direito material pelas convenções internacionais e legislação da União Europeia, ainda existem lacunas ao nível da proteção das criações de moda pelo direito de autor, fruto da imposição, em alguns casos, de regras mínimas de proteção e também por não estarem convenientemente adaptados às novas tendências, ou seja a evolução da sociedade de informação e tecnológica, incluindo aos fenómenos das redes sociais e blogues. Acresce ainda que, a ratificação dos instrumentos jurídicos internacionais de unificação não é universal.

Assim se explicam, as diferenças entre Estados ao nível das normas materiais e de conflitos nacionais.

É certo que quando se fala em produtos de moda, tais como uma peça de roupa, nem sempre é fácil distinguir a cópia do original ou quem é que copiou quem.

Contudo, existem criações de moda que possuem as mesmas características de uma obra artística.²⁹ Neste sentido, se o direito material do Estado de proteção não reconhecer essas criações como obras artísticas, estará a negar os direitos de autor do criador da obra.

O direito de autor é um direito de monopólio que limita a liberdade de exploração da obra por parte de quem não é autor dessa obra. Por conseguinte, o autor, neste caso a marca ou designer de moda, possui sobre a sua obra direitos patrimoniais - direito exclusivo de dispor da sua obra, de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente³⁰ - e morais - nomeadamente o direito de reivindicar a respectiva autoria da obra e assegurar a sua genuinidade e integridade³¹ - cujo reconhecimento é vital para a sustentabilidade e reputação do seu negócio e mesmo para o reconhecimento do designer de moda como artista.

Em matéria de direito de autor, é neste sentido que têm de evoluir a unificação internacional do direito de autor e o direito material do Estado de proteção.

²⁹ Ver 1º parte do presente artigo: “O Reconhecimento das Criações de Moda como Obras Artísticas”.

³⁰ Artigo 9 n.º 2 do Código Português de Direito de Autor e Direitos Conexos.

³¹ Ibid, artigo 9 n.º 3.