

**DIÁLOGOS EM DIREITO: UMA ABORDAGEM LUSO-BRASILEIRA SOBRE O
DIREITO AUTORAL DA FOTOGRAFIA NA ERA DIGITAL**

**DIALOGUES IN RIGHT: A LUSO-BRAZILIAN APPROACH ON THE
COPYRIGHT OF PHOTOGRAPHY IN THE DIGITAL AGE**

**DIÁLOGOS EN DERECHO: UN ENFOQUE LUSO-BRASILEÑA SOBRE EL
DERECHO AUTORAL DE LA FOTOGRAFÍA EN LA ERA DIGITAL**

RAFAELLA DIAS GONÇALVES¹
orcid.org/0000-0001-7288-3904

RESUMO

O presente artigo analisa a proteção da obra intelectual da fotografia e o direito autoral do fotógrafo, mediante as soluções encontradas no estudo comparado do Código dos direitos de autor e conexos de Portugal e na legislação de direito autoral Brasileira, bem como nas decisões jurisprudenciais de seus respectivos Tribunais. Embora a lei autoral brasileira e portuguesa tenham várias similitudes, verificou-se – a nível de maior distinção - que a fotografia é uma obra intelectual para todos os efeitos na legislação brasileira, entretanto na codificação portuguesa, para ser considerada obra, a fotografia terá de ser avaliada mediante os critérios de criação intelectual e originalidade, em juízo. Apontamos esta questão legal como um problema, na medida em que fotografia é a captação do “olhar fotográfico”, dotado de personalidade e subjetividade, cabendo ao fotógrafo ter a proteção de todo e qualquer registro seu, independentemente de critérios pré-estabelecidos, como já ocorre no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Fotografia. Propriedade Intelectual. Direito Autoral Luso-Brasileiro. Internet

ABSTRACT

This article analyzes the protection of the intellectual work of photography and the photographer's copyright, through the solutions found in the comparative study of the Portuguese Copyright and Related Rights Code and in the Brazilian copyright law, as well as in the jurisprudential decisions of its respective Courts. Although Brazilian and Portuguese copyright law have several similarities, it was verified - at the level of greater distinction - that photography is an intellectual work for all purposes in Brazilian law, however in Portuguese coding, to be considered a work, photography must be evaluated through the criteria of intellectual creation and originality, in court. We point to this legal issue as a problem, insofar as photography is the capture of the "photographic look", endowed with personality and

¹Mestranda em Direito Constitucional (2016/2018) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal.

Mestranda visitante no Mestrado em Análises Econômicas e Políticas Públicas (2017/2018) pela Universidade de Salamanca (USAL), Espanha. Pós-Graduanda em Direito Público, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (2014) pela Universidade Estácio de Sá (FIC) – Ceará - Brasil. Advogada inscrita Na Ordem dos Advogados do Brasil (2011). Bacharela em Direito (2010) pela Universidade Estácio de Sá (FIC) – Ceará - Brasil | rafaelladias.adv@gmail.com

subjectivity, and it is up to the photographer to have the protection of any and all records, regardless of pre-established criteria, as already occurs in Brazil.

KEYS WORDS: Photography. Intellectual property. Copyright Luso-Brazilian. Internet

RESUMEN

El presente artículo analiza la protección de la obra intelectual de la fotografía y el derecho autoral del fotógrafo, mediante las soluciones encontradas en el estudio comparado del Código de los derechos de autor y conexos de Portugal y en la legislación de derecho de autor brasileña, así como en las decisiones jurisprudenciales los respectivos Tribunales. Aunque la ley autoral brasileña y portuguesa tiene varias similitudes, se verificó - a nivel de mayor distinción - que la fotografía es una obra intelectual para todos los efectos en la legislación brasileña, sin embargo en la codificación portuguesa, para ser considerada obra, la fotografía tendrá que ser evaluada mediante los criterios de creación intelectual y originalidad, en juicio. Creemos que esta cuestión legal es un problema, una vez que la fotografía es la captación de la "mirada fotográfica", dotada de personalidad y subjetividad, cabiendo al fotógrafo tener la protección de todo y cualquier registro suyo, independientemente de criterios preestablecidos, como ya se produce en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Fotografía. Propiedad intelectual. Derecho de Autor Luso-Brasileño. Internet.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o reconhecimento da primeira fotografia se deu há mais de 01 (um) século, através dos experimentos de Joseph Nicéphore Niépce, “que após várias tentativas, conseguiu retardar cada vez mais o desaparecimento da imagem, até obter a primeira fotografia de que se tem notícia em 1826 (até hoje existente)”². E, assim como afirma Boris Kasso, “seu consumo crescente e ininterrupto ensejou o gradativo aperfeiçoamento da técnica fotográfica [...] A enorme aceitação que a fotografia teve, notadamente a partir da década de 1860, propiciou o surgimento de verdadeiros impérios industriais e comerciais”³.

Inicialmente nesse cenário histórico, a fotografia era considerada apenas uma reprodução mecânica, sem nenhum relevo artístico; uma “apropriação do real” ou “um congelamento da realidade”, e, pois, não qualificada como arte, tampouco obra.

Contudo, a evolução desse pensamento deveu-se gradativamente aos diplomas

internacionais e, sobretudo, aos Tribunais Europeus, em que o impacto da invenção da fotografia implicou em transformações sociais e tecnológicas na sociedade do século XIX, segundo a historiadora brasileira ANNATERESA FABRIS⁴.

Nesse contexto de evolução e democratização do recurso fotográfico, em que o resultado de uma fotografia poderia ser obtido por revelação dos cromos, em papel, até meadas duas décadas atrás, no caso de litígio sobre autoria da foto, bastava que o autor apresentasse os negativos⁵, salvo furto ou roubo dos mesmos, havendo problemas não tão recorrentes com usurpação desses registros.

Ocorre que com o tempo, os negativos foram ficando obsoletos. No Brasil, por exemplo, a sua apresentação passou a ser critério descartado como prova essencial de originalidade da obra na nova lei do direito autoral (9.610/1998), considerando, o legislador, o resultado do produto obtido, suficiente em si, sem, contudo, importar-lhe, os meios.

E isto se deve, sobretudo, à massificação das câmeras digitais disponíveis em aparelhos telemóveis, *notebooks*, *tablets* e afins, que passaram a integrar de maneira significativa a nova era digital do início deste século.

² BARROS, CARLA EUGENIA CALDAS, 2017, p. 110.

³ BORIS KASSOY, 2001.

⁴ Para maiores desenvolvimentos históricos acerca da fotografia, cfr. ANNATERESA FABRIS, 1991.

⁵ Art. 56 da Lei 5.988/73.

Com efeito, a publicação de fotografias na Internet tornou-se prática amplamente adotada por milhares de fotógrafos, dando ensejo, silenciosamente, a sua reprodução por terceiros – ou até mesmo, a usurpação, com uma propagação de possibilidades infinitas de um único registro percorrer todo o ciberespaço da internet, em um tempo exíguo.

Mormente a este fator – pode-se dizer, positivo pelo lado em que desperta o talento relacionado à fotografia, mas preocupante quanto ao seu uso ilegal por terceiros⁶ -, a finalidade jurídica da propriedade intelectual, na vertente de direitos de autor e conexos, exsurge no século XXI ainda mais fortemente para responder os anseios que os verdadeiros autores da obra fotográfica, enquanto criação intelectual, vêm enfrentando.

Desse modo, questiona-se: o que torna uma fotografia única, apta à proteção legal?

Para muitos, a fotografia significa a mera captura de uma imagem em um determinado momento, sem nenhum relevo artístico. Entretanto, para outros, pode ser considerada uma obra, tal qual uma tela à óleo ou uma música, dotada de “olhar” subjetivo, pessoalidade e unicidade, logo, resultado de grande significância.

Nesse sentido, nas palavras de Carla Eugenia: “Persistiu por muito tempo, como até hoje persiste, embora em escala inexpressiva, o entendimento de que as obras fotográficas não podem ser consideradas como arte, já que consistem em cópias da natureza, ainda que os fotógrafos nelas introduzam o que seriam “jeitos” ou “artifícios”, frutos de meras manipulações técnicas”⁷.

Ver-se-á adiante que atualmente o direito autoral luso é restritivo quanto ao conceito da obra fotográfica, cabendo, ainda, a análise de critérios que o legislador português considerou importante para distinguir a foto puramente mecânica da foto considerada artística, através da interpretação conferida pelos juízes, por via de hermenêutica jurídica dos Tribunais de Portugal.

Diferentemente, no Brasil, depois de um percurso evolutivo e resistente quanto ao tema, a atual lei autoral lançou mão da subjetividade, destinando a toda fotografia o conceito de obra intelectual.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“O direito à imagem assumiu posição de destaque no âmbito dos direitos da personalidade devido ao extraordinário progresso tecnológico, sobretudo no âmbito das comunicações, tanto no desenvolvimento da facilidade de captação da imagem, quanto na de sua difusão”. Diante da possibilidade da captação à distância e da reprodução mundial de uma imagem, Salomão afirmou que tem crescido a preocupação quanto à proteção a esse direito). Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Progresso-tecnol%C3%B3gico-amplia-as-a%C3%A7%C3%B5es-sobre-viola%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-imagem. Acesso em 12 de jan. de 2017.

⁷ BARROS, CARLA EUGENIA CALDAS, 2017, p. 113.

Destarte, inobstante às distinções existenciais retromencionadas, é de relevo afirmar que a evolução da Propriedade Intelectual trouxe consigo a importância de enquadrar a fotografia como obra intelectual, estando, pois, firmada a sua proteção legal, para o todos os efeitos, no direito autoral luso-brasileiro.

1. PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITOS DE AUTOR E CONEXOS & PROPRIEDADE INDUSTRIAL – CONCEITOS PRÉVIOS

Como dito, o uso e reprodução do registro fotográfico por terceiros, sem autorização do verdadeiro autor, sempre ocorreu na história da fotografia, embora a fotografia nem sempre tenha estado protegida no domínio do direito do autor. Isso foi acontecendo aos poucos e de forma tímida em comparação com as demais manifestações artísticas.

Mundialmente, a fotografia foi a passos gradativos sendo inserida no rol de obras intelectuais. Isto pode ser observado em diversos diplomas internacionais, em que, a título de exemplo, repousa a revisão de 1908 (Conferência de Berlim) da Convenção de Berna⁸: ARTICLE 3. La présente Convention s'applique aux ceuvres photographiques et aux ceuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie. Les pays de l'Union sont tenus d'en assurer la protection⁹.

Mas, é mais fortemente na era digital que a acessibilidade a uma quantidade imensurável de fotografias facilmente disponibilizadas em sítios, tornou potencialmente habitual a reprodução das mesmas, sem autorização de seu verdadeiro autor, em práticas infinitas¹⁰.

⁸ Vide: Decreto n° 76.699/1975.

⁹ Tradução livre: Esta Convenção aplica-se a trabalhos fotográficos e trabalhos obtidos por um processo análogo à fotografia. Os países da União são obrigados a protegê-los.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dia do fotógrafo, 19.09.2016. *Progresso tecnológico amplia as ações sobre violação ao direito de imagem*: (“Não é à toa que sejam cada vez mais recorrentes ações judiciais sobre violação a direito de imagem. Na era digital, as imagens são captadas e divulgadas praticamente de forma simultânea nos veículos de comunicação. Além disso, os equipamentos, a técnica e a inspiração dos profissionais que fotografam têm sido aperfeiçoados, permitindo que detalhes que antes seriam praticamente invisíveis sejam facilmente notados. Segundo o ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “O direito à imagem assumiu posição de destaque no âmbito dos direitos da personalidade devido ao extraordinário progresso tecnológico, sobretudo no âmbito das comunicações, tanto no desenvolvimento da facilidade de captação da imagem, quanto na de sua difusão”. Diante da possibilidade da captação à distância e da reprodução mundial de uma imagem, Salomão afirmou que tem crescido a preocupação quanto à proteção a esse direito”). Disponível em: PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n° 03, p.120 a 150 Out/2017 | www.pidcc.com.br

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Progr%20esso-tecnol%C3%B3gico-amplia-as-a%C3%A7%C3%B5es-sobre-viola%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-imagem. Acesso em 12 de jan. de 2017.

Havendo, portanto, o seu uso não autorizado, a legislação tanto portuguesa quanto brasileira conferem proteção jurídica à criação do registro fotográfico através da propriedade intelectual, em que os direitos de autor e conexos lhes são uma vertente, fazendo-se necessário trazer à lume o conceito legal sobre.

1.1. Propriedade Intelectual

A propriedade imaterial ou direitos imateriais é o gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade. A propriedade intelectual, por sua vez, divide-se entre a propriedade industrial e os direitos autorais e conexos.

A convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) define a propriedade intelectual como¹¹: “A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

O jurista brasileiro Carlos Alberto Bittar entende que os direitos intelectuais (*jura in re ictelectuali*) são: “Aqueles referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, vale dizer, entre os homens e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio¹²”.

Oportuno afirmar que embora a legislação brasileira, no seu Código Civil de 2002¹³, não estabeleça referência ao direito autoral como propriedade literária ou artística, tampouco há apontamento terminológico desta matéria na Constituição da República Brasileira, a qual dispõe apenas que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (art. 5º, inciso XXVII, da CF/1988)¹⁴ - o que, de leve modo tenha gerado burburinhos na sua doutrina patria- é indubitável que lá o direito de autor e conexos se enquadra no campo da propriedade intelectual¹⁵”.

¹¹ OMPI, 2017.

¹² BITTAR, 2001. p. 2-3.

¹³ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

¹⁴ BRASIL. Constituição, 1988.

¹⁵ DIAS PEREIRA, 2008. p. 90.

Já na ciência jurídica portuguesa, a par das várias teorias sobre a natureza jurídica dos direitos de autor enquanto propriedade, considera-se que por estar consagrado no Código Civil lusitano, como uma forma de propriedade intelectual sujeita a legislação especial, “a proteção legal dos direitos de autor”, prevista na Constituição portuguesa, a qual trata apenas da “proteção dos direitos de autor enquanto expressão da liberdade de criação cultural”, é também defensora dos direitos de autor, na via de propriedade intelectual¹⁶.

Destarte, a Propriedade Intelectual, em síntese, é um conjunto de direitos que abrange as criações do conhecimento humano e para a doutrina majoritária, tanto no Brasil, quanto em Portugal, divide-se, tradicionalmente, em duas grandes áreas: Direito de Autor (e Direitos Conexos) e Propriedade Industrial.

1.2. Direito de Autor e Conexos

Como bem afirma o jurista OSWALDO SANTIAGO: “o direito autoral é o mais entranhado dos direitos humanos, em razão de sua íntima ligação com as profundezas do Espírito”¹⁷.

Dentro dos vários ramos do direito intelectual, o direito de autor e conexos, segundo a maioria dos autores, cuida das obras literárias, artísticas ou científicas, das criações do espírito humano. Nesse sentido, DIAS PEREIRA afirma que “o direito de autor é uma forma de propriedade intelectual sobre formas de expressão literária, artística e científica, criadas pelo espírito humano e exteriorizadas na forma de obras intelectuais”¹⁸ sendo que a protecção que confere é, segundo OLIVEIRA ASENSÃO, “a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. (...) O Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação”, estando implícita a individualidade na exigência de criatividade está implícita, como marca pessoal dum autor”¹⁹.

De acordo com a definição apropriada da Sociedade Portuguesa de Autores²⁰, direito do autor e direitos conexos, respectivamente:

“É um Direito do Homem e um Direito Fundamental, consagrado na Constituição da República Portuguesa, que protege as obras ou criações intelectuais. É um ramo do Direito Civil que se rege, essencialmente, pelas disposições do Código do Direito de Autor e dos

¹⁶ Id. Ibid., 90.

¹⁷ SANTIAGO OSWALDO, 1946.

¹⁸ DIAS PEREIRA, p. 85

¹⁹ OLIVEIRA ASENSÃO, p. 90

²⁰ Disponível em: <https://www.spautores.pt/perguntas-frequentes/servico-juridicos>. Acesso em 18 de janeiro de PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.120 a 150 Out/2017 | www.pidcc.com.br

2017.

Direitos Conexos (CDA), publicado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro, 114/91 de 3 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs. 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 50/2004, de 24 de Agosto, 24/2006, de 30 de Junho e 16/2008, de 1 de Abril. A protecção conferida pelo Direito de Autor é reconhecida em todos os países da União Europeia, nos países subscritores da Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas e nos países membros do Tratado OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Os Direitos Conexos são aqueles que protegem as prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão. A tutela destes direitos em nada afecta a protecção dos autores sobre a obra utilizada. Na hierarquia do CDA, o Direito de Autor prevalece sobre os Direitos Conexos. Disposições legais relevantes: 176º e 177º do CDA”.

Segundo ainda Bittar, não diferentemente do direito português, “o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”²¹.

Quanto aos chamados direitos conexos, estes são os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e dos organismos de radiodifusão. E conexos os são, porque são direitos “vizinhos” aos autorais.

Para o presente caso, o ordenamento jurídico brasileiro e português conferem à fotografia a proteção própria de direito autoral, tratando o direito de autor (e dos direitos conexos), unitariamente sob o designativo propriedade intelectual, a qual, por sua vez, integra o direito de propriedade²².

1.3. Propriedade Industrial

As diferenças entre a propriedade industrial e o direito autoral são de duas ordens, a saber: quanto à origem (registro) e quando à extensão da tutela.

No direito brasileiro, o direito de propriedade industrial se origina de um ato administrativo de natureza constitutiva, consistente no registro. Tratando-se de patente, o registro se dará através do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual). No caso de marca, o empresário é considerado titular do direito de exclusividade após a expedição do certificado do registro²³.

²¹ BITTAR, 2003, p. 8.

²² DIAS PEREIRA, 2008. p. 85.

²³ Cf. FABIO ULHOA, 2002, p. 144: [“A consequência imediata da definição é clara: o direito de exclusividade será

titularizado por quem pedir a patente ou o registro em primeiro lugar. Não interessa quem tenha sido realmente o primeiro a inventar o objeto, projetar o desenho ou utilizar comercialmente a marca. O que interessa saber é quem foi o primeiro a tomar a iniciativa de se dirigir ao INPI, para reivindicar o direito de sua exploração e econômica

A seu turno, a propriedade autoral não exige qualquer ato administrativo para sua concepção. Ou seja, a proteção para o direito autoral prescinde de registro, sendo facultativo. Nesse sentido, o artigo 18 da lei autoral brasileira é expresso: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro²⁴”. E, ainda, nas palavras de Fábio Ulhoa, “É certo que a legislação de direito autoral prevê o registro dessas obras: o escritor deve levar seu livro à Biblioteca Nacional, o escultor sua peça à Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e assim por diante (Lei 5.988/73, art. 17, mantido em vigor pelo art. 115 da Lei n. 9.610/98). Esses registros, contudo, não tem natureza constitutiva, mas apenas servem à prova da anterioridade da criação, se e quando necessária ao exercício do direito autoral.²⁵”

A segunda diferença entre os institutos em exame diz respeito à extensão da tutela. Enquanto o direito industrial protege a própria ideia da qual resulta a invenção, o direito autoral apenas protege a forma como se exterioriza a criação, não alcançando a ideia.

Já no entendimento luso, propriedade industrial é: “a área da Propriedade Intelectual que tem por objeto a proteção das invenções, das criações estéticas e dos sinais distintivos de produtos e empresas no mercado (marcas), numa perspectiva de exploração industrial, e garante a lealdade da concorrência. Os direitos de Propriedade Industrial são territoriais, gozando apenas de proteção nos países em que forem registados e caracterizam-se pela exigência da característica da novidade. Disposição legal relevante: 1º do Código da Propriedade Industrial²⁶”.

Considerações expostas, importante afirmar que o instituto do direito de autor e conexos é aquele em que tanto no direito brasileiro, quanto no direito português, é suscitado para conferir proteção jurídica à obra intelectual da fotografia, conforme se verá adiante.

2. PROTEÇÃO LEGAL À OBRA FOTOGRÁFICA

2.1. Fotografia na Legislação Autoral Brasileira – Lei nº 9.610/98 (*vide* Lei Nº 12.853/2013).

Na vigência da Lei de Direitos Autorais revogada (Lei n. 5.988/1973)²⁷, a despeito

exclusiva”].

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

²⁵ FÁBIO ULHOA. 2006, p 144-145.

²⁶ Ver definição. Disponível em: <https://www.spautores.pt/perguntas-frequentes/servico-juridicos>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

²⁷ BRASIL. Lei n° 5.988 de 14 de dezembro de 1973.

de não vislumbrar em toda e qualquer fotografia uma manifestação artística, o ordenamento pátrio a considerava obra de cunho artístico - e, particularmente, o projeto fotográfico, com escolhas preordenadas de iluminação, cenário e outras condições referentes ao objeto fotografado - sempre que revelasse uma descoberta estética a partir do contexto pensado ou capturado pelo fotógrafo.

Ainda na antiga Lei de Direitos Autorais, o art. 6º, inciso VII afirma que: "são obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística".

Nas palavras de Carla Eugenia, a lei revogada figurou como passo importante na história do direito autoral brasileiro, em que: "Entre suas contribuições estava a busca de solução para as controvérsias sobre determinados aspectos, especialmente no tocante a cessão do negativo original da fotografia, se nesse ato está implícito o direito de reprodução. Outro exemplo é a obrigatoriedade da menção do nome do autor, quando reproduzida a fotografia por qualquer meio ou processo, independentemente de ele deter ou não a propriedade de sua obra"²⁸.

Mas, segundo o doutrinador Ascensão²⁹, em relação a outros países, o Brasil trilhava caminhos mais permissivos no tocante ao enquadramento da fotografia, com tendência expansiva à proteção da mesma sem a exigência da criação da artística. E foi exatamente isto que ocorreu.

Após várias construções doutrinárias sobre o tema, no propósito de reduzir as controvérsias, a lei atual brasileira de direitos autorais (Lei n° 9.610/98), a qual sofreu recentes alterações pela Lei 12.853/2013³⁰, abriu por completo o conceito de fotografia como sendo manifestação artística protegida pelas normas de direito autoral, retirando a restrição contida na antiga legislação.

Entretanto, tal mudança sofreu críticas de juristas como Ascensão que confirmava que o Brasil havia seguido uma linha de maior abertura para a proteção da fotografia como manifestação artística e, além disso, alertava sobre os riscos da expansão exagerada do conceito: "Perante os problemas suscitados pela delimitação desta categoria tem-se notado no Brasil uma tendência expansiva: protege-se a fotografia, e deixa-se em segundo plano a exigência da criação artística. Mas esta tendência expansiva propicia exageros. É necessário reconhecer que há fotografias

²⁸ BARROS, CARLA EUGENIA CALDAS, 2017, p.115.

²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 420.

³⁰ BRASIL. Lei 12.853 de 14 de Agosto de 2013.

que podem ter até um grande valor documentário, mas que não cabem nos quadros do Direito de Autor. A fotografia tremida que um amador casualmente tomou de um acidente pode ser disputada a peso de ouro pelas grandes revistas ilustradas, mas não tem nenhum valor artístico, e não é, portanto, protegida por direito de autor. Esta conclusão pode-se generalizar a qualquer fotografia cujo valor for meramente documentário. Com a consequência de que todos a poderão livremente aproveitar, salvo se princípios próprios de outros setores da ordem jurídica o impedirem. No Direito de Autor não encontram, porém, tutela”³¹.

O artigo 7º, inciso VII, da LDA³², sem a condicionante da parte final do dispositivo correspondente da norma revogada, preceitua:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.

Para o atual ordenamento jurídico, não se nega que há, realmente, proteção de direitos autorais à obra fotográfica, descabendo perquirir acerca da natureza dessa obra. Contudo, há de se considerar que a amplitude do dispositivo, não atribui à fotografia condições especiais de proteção³³, ficando inserida apenas no catálogo das obras intelectuais gerais conceituada no *caput* do art. 7º das LDA, como: criações do espírito.

Entretanto, entendemos assim que as mudanças legislativas nesse sentido foram avanços significativos quanto ao enquadramento da obra fotográfica ao talante da arte, pois, retirada a subjetividade de aferição do quesito condicionante à obra, se toda e qualquer fotografia prestigia-se por assim dizer – obra –, respeita-se, acima de tudo, o sentido espiritual daquele que capturou o registro, o qual é o único que poderá explicar qual sentimento que se pode extrair do registro.

³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 421.

³² PORTUGAL. Lei 16/2008, de 01 de Abril.

³³ Cfr. Comentários de PLÍNIO CABRAL, 2009, p. 57: “Nesse particular, a doutrina bem esclarece a amplitude do dispositivo citado: “Desnecessário dizer que esse item da Lei nº 5.988/1973 deu origem a muitas questões e a intenso trabalho de peritos para avaliar se uma foto seria, realmente, obra de criação artística, algo inteiramente subjetivo. O que é artístico? O que não é artístico? Newton Paulo Teixeira dos Santos (1990) tratou do assunto, defendendo a tese de que a fotografia, seja ela qual for, deve ser protegida. Para ele é uma violência e um preconceito proteger apenas parcialmente a fotografia, especialmente quando o conceito de arte é, hoje, ilimitado.

Diz o autor: “E é até incrível que se coloque o problema desse modo, quando o conceito de 'arte' está inteiramente revolucionado. O que não é arte?” O ponto de vista de que toda a fotografia deve ser protegida triunfou no novo texto legal. O item VII excluiu a expressão “desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística”. Agora são protegidas “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”. O Brasil segue, nesse caso, a maioria dos países onde a fotografia é protegida sem condições especiais”.

Muito embora é sabido que fotógrafos brasileiros talentosos e famosos têm garantido o reconhecimento de sua obra como manifestação artística das mais sofisticadas, bem como fotógrafos amadores que por vocação utilizam-se de redes sociais para expor belos registros, também é verdade que diversas formas de fotografia não têm a mesma pretensão. Seria o caso daquelas feitas unicamente para registro de documentos e os famosos *selfies* para autoexibição nas redes sociais, onde na sua maioria, não se demandam maiores questionamentos³⁴.

Convém afirmar, então, que estamos diante de um critério objetivo quanto à proteção fotográfica na LDA. Com efeito, no momento da captura de um retrato, a criação do fotógrafo integra a sua propriedade imaterial, devendo-lhe ser conferida a proteção disciplinar das relações jurídicas, através da lei autoral.

Consequentemente, se os elementos de subjetividade (criação e originalidade) fossem condicionantes à proteção legal da fotografia, os litígios sobre autoria seriam em números muito maiores, abarrotando mais ainda o judiciário brasileiro, o qual reclama há tempos por medidas mais céleres para enxugar a sangria de processos parados.

Ademais, a norma afastou a difícil tarefa que em último caso caberia ao juiz, qual seja: atuar em seu livre convencimento para aferir os critérios de originalidade e criação intelectual da fotografia em casos de litígio, o que demandaria um conhecimento mínimo de técnicas fotográficas, que talvez, somente um profissional em perícia saberia responder com precisão.

Portanto, para o direito brasileiro, qualquer obra fotográfica integra a propriedade imaterial do fotógrafo, independentemente se valorada como obra de especial caráter artístico ou não, mesmo e ainda, se resultar de relação de trabalho³⁵.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ-SP - Apelação : APL 01905381720098260100 SP 0190538-17.2009.8.26.0100, Nesse sentido: [“Não é qualquer pessoa que se coloca a fazer uso de uma máquina fotográfica que alcançará bom resultado na captação das imagens. Há nas fotografias uma extensão da personalidade do fotógrafo que vê nas lentes da sua máquina imagens diferentes. Essa criação que resulta de um conjunto único de elementos se traduz em direito que deve ser protegido”]. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190573812/apelacao-apl-1905381720098260100-sp-0190538-1720098260100/inteiro-teor-190573822>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.034.103/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 22/06/2010, DJe 21/09/2010. [“Direito autoral. fotógrafo contratado. relação de trabalho. propriedade imaterial inalienável das fotografias. necessidade de autorização do autor da obra para a publicação por terceiros.

desnecessária a cessão, contudo, para a publicação pelo próprio empregador. i - a fotografia é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não. II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferi-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor. III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa. IV - Recurso Especial provido”]. Disponível em <https://www.digesto.com.br/#acordaoExpandir/15867> Acesso em 22 de outubro de 2017.

Superada, então, essa questão, importante afirmar ainda que de acordo com o art. 79 da LDA, o autor poderá dispor livremente da sua obra, sendo-lhe conferida a defesa, caso o terceiro utilize-a sem a indicação legível de seu nome, bem como fica vedada a reprodução da fotografia, quando a mesma não for fiel à original.

Por fim, além da legislação pátria, integram o ordenamento brasileiro, além da já pré-falada Convenção de Berna, também o “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”, denominado também como ‘*TRIPS*’³⁶, bem como inúmeras outras convenções que tratam dos direitos conexos, dos fonogramas entre outras, possuindo ainda, os autores, garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, incisos XVII e XVIII da CF³⁷.

22. Fotografia na Legislação Autoral Portuguesa – Lei 16/2008

Para o direito português, de acordo com a Lei 16/2008³⁸, consideram-se obras:

Art 1º, CDA: 1 – Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores.

Nesse esteio, a Jurisprudência do Tribunal de Relação de Coimbra³⁹ afirma que: uma obra não é tanto a emanção de um sujeito eternamente estável e completo, quanto o reconhecimento de um funcionamento social da ação - no caso, a ação que leva a comunicar pela escrita ou, pode acrescentar-se, por outra expressão, tal como pela fotografia.

Nesse aspecto referente à amplitude do conceito de obra, o autor português OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁰ afirma:

I – Vejamos então como se chega à obra literária ou artística. Partindo ou não de um tema, o criador tem uma ideia de uma obra literária ou artística. Há sempre uma prefiguração, mesmo que vaga. Sobre essa prefiguração se trabalhará, de maneira a que a ideia venha a tomar forma. E esse percurso pode ser longo e tormentoso, pois muitas vezes a ideia norteadora não logra concretizar-se, ou a concretização não está a sua medida; doutras, infelizmente mais raras, a forma saiu mais valiosa que a ideia.

³⁶ ADPIC, 1994.

³⁷ BRASIL. Constituição, 1988.

³⁸ PORTUGAL. Lei 16/2008, de 01 de Abril.

³⁹ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação Nº 312/10.5TBVIS.C1. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/c7a06446cc622720802578af005290af?OpenDocument>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

⁴⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 30-31.

II – Se a obra não é pois meramente a criação do espírito, temos de realçar a Segunda parte do preceito legal: a criação deve ser de qualquer forma exteriorizada. Isto significa que a própria criação do espírito a que se faz apelo na obra literária ou artística é desde o início uma criação no domínio da forma.

A proteção à obra fotográfica está prevista no art. 2º, *h*, do CDA, o qual dispõe que independentemente do gênero, forma de expressão, mérito o modo de comunicação e o objetivo, as obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia são consideradas criações intelectuais.

A este respeito, a criatividade da obra, resulta da sua concepção como criação intelectual no art. 1º do CDA, não se confundindo com o mérito⁴¹, que o corpo do art. 2º, expressamente afasta como requisito da obra protegida. Aliás, oportuno destacar que o art.164 CDA não tutela o mérito⁴² ou valor artístico da fotografia, mas antes a natureza artística da respectiva criação, excluindo-se da proteção legal as fotografias que são a mera consequência de uma operação puramente mecânica e automática⁴³.

Desse modo, para a legislação portuguesa, o mérito por si só não basta, se não estiver inerente à criação. Nas palavras de Ascensão, “se só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo de novo, a obra há-de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal” (...) é necessário que haja um mínimo de criatividade, não se pode prescindir dum juízo de valor (...) Terá de haver assim critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a actividade não criativa.”⁴⁴, em que, no caso concreto, irão permitir o julgador concluir se está diante ou não de uma criação intelectual.

⁴¹ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acordam nº 1848/07.0TJLSB-8, Relator Octávia Viegas, data 02/07/2009: “[O direito de autor tutela a criação intelectual, enquanto obra (por qualquer forma) exteriorizada (e não enquanto mera ideia incubada apenas no espírito humano, por mais trabalhada e brilhante que seja, se bem que o mérito não releva para efeitos de tutela do direito de autor) – artigo 1º, nºs 1 e 2, do CDA(2)]”. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ddf90e30bdba705b802575f900523b51>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

⁴² Ibidem: “[O facto constitutivo do direito de autor é sempre e só a criação da obra, mesmo nos casos em que o direito é originariamente atribuído a quem não é o criador intelectual” (5). Temos assim que, como regra, a PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.120 a 150 Out/2017 | www.pidcc.com.br

atribuição do direito de autor é apenas resultado da criação, e o seu reconhecimento não depende de qualquer formalidade”. (...) A lei exclui o mérito, enquanto manifestação de um juízo estético ou artístico da obra, que traduza a avaliação gradativa da mesma à luz de critérios daquela natureza].

⁴³ Ibidem. “[o] O CDA prevê, embora indiciariamente, um critério de exclusão de protecção de fotografias; é, no fundo, a linha que separa a criação artística do acto meramente mecânico, sem qualquer originalidade e criação intelectual; p) Nesse sentido se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão proferido em 08/07/2004, tendo determinado que “A reprodução de um coração humano, sob encomenda de um laboratório, para efeito de exposição num congresso de cardiologia, não tem originalidade suficiente para ser considerada uma obra artística com protecção do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos]”.

⁴⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit. p, p. 90-93.

Já na lei brasileira autoral, embora nada expresse sobre o mérito enquanto manifestação de juízo e muito menos exige condições artísticas para que a fotografia seja tutelada legalmente, ao entender de alguns juízes, a obra fotográfica terá influência direta da habilidade e dos traços criativos agregados pelo autor, os quais conferem variações estéticas à criação.

Quanto ao mérito, entendemos ser irrelevante no momento de ponderar um registro como arte, pois qualquer pessoa que possua o “olhar” fotográfico (aquilo que poderíamos chamar de vocação à fotografia por essência) possui o sentido espiritual de registrar uma composição de elementos que venha se tornar uma arte original e única, a ponto de outra pessoa, no mesmo lugar e na mesma hora, não conseguir empregar com sensibilidade e/ou intensidade o mesmo “olhar”.

Por fim, diferentemente da LDA brasileira, a lei autoral portuguesa deixa expressamente clara e evidente nos termos do art. 164 do CDA para que a fotografia seja protegida é necessário que pela escolha do seu objeto ou pelas condições da sua execução, possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor, criação esta em que o registro sai do mero campo comum, banal, vulgar e passa a ser algo novo: um contributo à comunidade⁴⁵.

2.2.1 Criatividade Intelectual e Originalidade da Obra Fotográfica

Em Portugal, que pese os contornos da discussão sobre obra fotográfica mecânica e artística estarem melhores delineados, atualmente a questão ainda demanda complexidade. Segundo Ascensão⁴⁶, no direito comparado existem três diferentes correntes doutrinárias: a

⁴⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO. p. 90

⁴⁶ Id. Ibidem. [“Podemos tomar, e o Direito Comparado o confirma, as posições extremas: considerar toda fotografia uma obra artística ou, pelo contrário, considerar que a fotografia nunca é obra artística. E podem-se tomar posições diferenciadoras: certas fotografias poderão ser protegidas pelo direito de autor. Quanto às fotografias não

consideradas obras artísticas, podem ficar destituídas de proteção ou ser ainda tuteladas por um "direito conexo" ao direito de autor, como acontece na lei alemã. II - Por que está resistência ao enquadramento da fotografia no âmbito do direito de autor? É que se pode duvidar se a fotografia é arte, se é técnica. A fotografia é produzida por meios meramente mecânicos. E o que for meramente mecânico está excluído da arte. Por isso, historicamente, a fotografia só aos poucos foi penetrando no domínio do direito de autor; e mesmo quando penetrou recebeu normalmente uma posição diminuída em comparação com as restantes obras, expressas sobretudo pela restrição nos prazos de proteção. [...] A própria escolha do objeto, até a descoberta por parte do que se torna assim a concretização da descoberta pelo autor de uma visão de caráter estético? A resposta deveria ser negativa. A obra literária ou artística não é a descoberta, mas a criação. Por mais intuição estética que tenha havido no isolamento do objeto, o fotógrafo não cria o objeto; e a fotografia limita-se a reproduzi-lo por meios mecânicos. Por isso, em rigor, a fotografia está fora do nosso conceito quando representa a mera transposição de um objeto exterior”].

primeira sempre considera a fotografia como arte; a segunda, diametralmente oposto, defende que a foto sendo resultante de mero gesto mecânico, não possui elemento artístico algum; e a terceira, posicionada entre as correntes retrotranscritas, interpreta que algumas fotografias seriam protegidas e outras não, devendo ser analisado criteriosamente o cumprimento dos requisitos de criatividade e originalidade.

A legislação autoral luso filia-se, ao que parece, à terceira corrente descrita pelo jurista, quando na condição do objeto em litígio, a análise da subjetividade é deixada à averiguação e convencimento do arbítrio do juiz, para aquilatar se determinado registro fotográfico seria sim uma criação intelectual e original.

Nesse sentido, o Juiz Português Octavia Viegas, em caso análogo, já decidiu sobre atuação do Juiz na aferição da subjetividade a obra fotográfica para deslinde de litígio sobre autoria do registro: “É óbvio, como se viu, que não nos movemos em terreno seguro e firme, sendo ténues as fronteiras que balizam o direito a aplicar”⁴⁷.

Acerca da originalidade⁴⁸, sabe-se que a generalidade dos casos, o registro é algo pré-existente à ideia do autor. Salvo algumas (poucas) exceções, a fotografia descreve cenas que não são produtos da mente do fotógrafo. Este não cria a realidade que fotografa, porque esta já existe no mundo exterior. Se fosse admitir uma tutela dos direitos de autor semelhante à das outras obras, teríamos de admitir, por absurdo, que um fotógrafo pudesse ter o direito exclusivo de fotografar uma determinada paisagem, edifício objetos da natureza, edifícios, monumentos⁴⁹, ou lugares públicos⁵⁰, apenas porque foi o primeiro a fazê-lo.

⁴⁷ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acordam n° 1848/07.OTJLSB-8, Relator Octávia Viegas, data 02/07/2009.

Disponível

em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ddf90e30bdba705b802575f900523b51> Acesso em 21 de outubro de 2017.

⁴⁸ PORTUGAL. Ac. 5/12/1990, BMJ n° 402, 567 Precedente jurisprudencial em Portugal: “só a originalidade merece proteção do direito de autor”.

⁴⁹ Ver Caso emblemático da Torre Eiffel, onde as fotos noturnas estão sujeitas à pagamento de direitos autorais ao artista responsável por posicionar os canhões de luz sobre a edificação. O uso profissional ou comercial dessas imagens é sujeito a um pedido prévio à Société d'Exploitation de la Tour Eiffel (SETE). Em seu site, a Torre Eiffel confirma que uso de fotografias estão sujeitas a certas restrições: “*The various illuminations of the Eiffel Tower (golden illumination, twinkling, beacon and events lighting) are protected. The use of the image of the Eiffel Tower at night is therefore subject to prior authorisation by the SETE. This use is subject to payment of rights, the amount of which is determined by the intended use, the media plan, etc.*” Disponível em: <http://www.toureffel.paris/en/the-eiffel-tower-image-and-brand/filming-at-the-eiffel-tower.html>. Acesso em 12 de dez. de 2016.

⁵⁰ No Brasil, o capítulo IV da lei 12853/2013 (Lei de Direitos Autorais) está previsto que as obras localizadas em logradouros públicos podem ser fotografadas, reproduzidas e representadas livremente sem a necessidade de autorização prévia, embora a lei não determine o tipo de obra. Lembrando, entretanto que, – o conceito de logradouro público que consta no Código de Trânsito Brasileiro-, é o “espaço livre destinado pela municipalidade à circulação, parada ou estacionamento de veículos, ou à circulação de pedestres, tais como calçada, parques, áreas

Nesse sentido, a fotografia possui um diferencial quanto às demais obras e, portanto, como resulta de criação de objetos ou lugares pré-existentes, para o direito autoral português, um retrato só é passível de proteção autoral, caso ele resulte de criação intelectual e seja em sua unicidade, original⁵¹.

Assim, parte-se do pressuposto que para apreensão de um objeto através de uma perspectiva única ou pelo recurso a determinadas técnicas fotográficas que tornam a fotografia irrepitível, deve ter-se em linha de conta a composição⁵² e o enquadramento e vários outros arcabouços técnicos, pois um objeto, apesar de já ter sido fotografado por milhões de pessoas, pode sempre ser visto de uma maneira inteiramente original.

A criatividade, por sua vez, é, segundo o professor Ascensão⁵³, o que o direito do autor vem a tutelar. Para ele, o direito do autor não tutela o valor da obra, mas a criação. É, ainda, o elemento implícito e individual – extensão da personalidade do autor-, que na sua subjetividade, tem como base a forma de analisar e interpretar os elementos externos para captura de um registro.

Apreende-se disto, que na obra intelectual da fotografia haverá influência direta da habilidade e dos traços criativos agregados pelo autor, os quais conferem variações estéticas significantes a ponto de, sob os auspícios discricionários do Juiz, este distinguir um registro artístico de mera reprodução mecânica.

Entretanto, originalidade não se confunde com criação intelectual. A este despeito, o famoso, curioso, improvável e até engraçado caso da “*selfie* da Macaca Negra”, explica bem que originalidade sem criação intelectual, não confere direitos autorais ao fotógrafo.

Isto, porque, consoante artigo publicado no *Daily Mail*⁵⁴, em 2011, o fotógrafo inglês

de lazer, calçadas.

⁵¹ PORTUGAL. *Acordam* n° 1848/07.0TJLSB-8, Tribunal da Relação de Lisboa, Relator Octavio Vegas: “ A primeira condição para a protecção de uma obra literária, científica ou artística é a sua originalidade, exteriorizada por certa forma”. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ddf90e30bdba705b802575f900523b51> Acesso em 21 de outubro de 2017.

⁵² Ibidem. “No caso dos presentes autos, o representado da Recorrente fotografou uma paisagem, criando com as condições de luz (a luz natural e as condições técnicas que a sua máquina lhe oferecia), com o contraste das cores e a disposição dos objectos, uma obra que consubstancia a forma como interpretou e “entendeu” os elementos externos”.

⁵³ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2007.

⁵⁴ Ver curioso caso da *Selfie* da Macaca Negra. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2011051/Black-macaque-takes-self-portrait-Monkey-borrows-photographers-camera.html>. Acesso em 12 de jan. de 2017.

David Slater viajou à Indonésia, Ilha de Sulawesi, com o objetivo de tirar retratos da espécie Negra de primatas. Conforme conta, num momento de descuido, deixou seu equipamento sozinho na selva, foi então que uma macaca fêmea muito curiosa pegou a sua câmera e como a lente refletia a si, juntamente com o barulho do disparo, em ato de brincadeira começou a dispará-la intermitentemente, resultando em inusitadas fotos, dentre elas a famosa *selfie*, que diga-se de passagem, é um belíssimo registro.

Após a foto ser publicada no *Daily Mail*, um dos voluntários da Wikimedia ⁵⁵ fez upload dela no Wikimedia Commons, repositório de cultura livre, cujas obras possuem licenciamento aberto específico ou estão em domínio público.

A partir daí, a *selfie* foi utilizada por diversos sites. Slater fez uma solicitação para a retirada da fotografia do portal colaborativo, a qual foi atendida, todavia, foi novamente colocada no repositório por outro voluntário. Assim, realizou novo requerimento, o qual foi denegado, sob a seguinte fundamentação, publicada no relatório de transparência da instituição: “A photographer left his câmera unattended in a national park in North Sulawesi, Indonesia. A female crested black macaque monkey god ahold of the câmera and took a series of pictues, oincluding some self-portraits. The pictures were featured in na online newspaper article and eventually posted to Commons. We received a takedown from the photographer claiming that he owned copyright to the photograpfs. We didn’t agree, so we denied the request⁵⁶”.

Com efeito, a *selfie* do macaco pode ser usada livremente, ou seja, ser copiada, reeditada, transformada, traduzida, adaptada e até mesmo podem ser utilizadas para fins comerciais, pois embora a obra fotográfica tenha sido considerada original (um belo *selfie* de um macaco), não há que se falar em conteúdo criativo, porque não houve uma preparação criativa do fotógrafo, como fora relatado por ele, ao considerar a fotografia uma negligência

sua. Ou seja, não participou da produção artística daquela obra.

Sem maiores digressões, conclui-se que a criação intelectual e originalidade são os grandes elementos que delimitam a unicidade da obra como foi criada pelo seu autor, em espírito, apta a ser considerada uma verdadeira obra fotográfica protegida pelos direitos de

⁵⁵ Ver história e fotografia da Macaca Nigra, inserida no Wikimedia. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Macaca_nigra_self-portrait_large.jpg. Acesso em 12 de jan. de 2017.

⁵⁶ Tradução Livre: Um fotógrafo deixou sua câmera sem vigilância em um parque nacional em North Sulawesi, na Indonésia. Um deus de macacos pretos com macacão preto com a câmera e pegou uma série de fotos, incluindo alguns auto-retratos. As fotos foram apresentadas em um artigo de jornal on-line e, eventualmente, postadas no Commons. Recebemos uma queda do fotógrafo alegando que ele possuía direitos autorais para as fotografias. Nós não concordamos, então negamos o pedido.

autor ou apenas uma repetição meramente banal fora da tutela autoral portuguesa.

23. Autoria da Obra Fotográfica

Inicia-se o presente tópico com um curioso caso autoral que ocorreu no Brasil. Em outubro de 2014, chegou às mãos do então relator da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à época o Ministro Luís Felipe Salomão, o Recurso Especial de nº 1.322.704⁵⁷, litígio sobre direitos autorais em que as partes envolvidas seria uma modelo e o fotógrafo de um ensaio fotográfico.

No caso, a Turma negou pedido formulado pela atriz e modelo para que a Revista a indenizasse pela publicação de fotos extras na revista. Para o colegiado, a divulgação de sua imagem como foto de capa em edição especial de fim de ano não caracterizava ofensa a direito autoral da modelo porque "a titularidade da obra pertence ao fotógrafo, e não ao fotografado (...) A modelo fotografada, nesse particular, não goza de proteção do direito autoral, porque nada cria, dela não emana nenhuma criação do espírito exteriorizada como obra artística. Sua imagem compõe obra artística de terceiros"⁵⁸.

In Casu, o Relator Desembargador Salomão havia concluído que se o conceito ontológico de direito autoral está relacionado ao processo de criação – afora os direitos conexos-, a proteção deve incidir em benefício daquele que, efetivamente, criou a obra e que se tratando de fotografia, para efeitos de proteção do direito autoral das obras artísticas, é autor o fotógrafo e não o fotografado, este último titular de outros direitos da personalidade, como a imagem, a honra e a intimidade.

Nesse sentido, o grande jurista ALFREDO BUZAID afirma que “a obra de engenho PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.120 a 150 Out/2017 | www.pidcc.com.br

pertence ao seu autor, em virtude de sua criação espiritual. Por isso, o direito do autor, fundado sobre esse vínculo espiritual e genético entre a obra e seu criador, é antes de tudo um direito personalíssimo, em virtude do qual só o autor pode dispor de sua obra e defender-lhe a integridade artística e a paternidade intelectual"⁵⁹.

Destarte, o art. 11 da Lei autoral brasileira (9.610/1998) não deixa dúvida: “Autor é a

⁵⁷ BRASIL. Recurso Especial de nº 1.322.704, Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927484/recurso-especial-resp-1352704-mg-2012-0227358-0-stj/inteiro-teor-24927485> Acesso em 20 de outubro de 2017.

⁵⁸ Id. Ibidem.

⁵⁹ ALFREDO BUZUID, 1957, P. 99.

pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Igualmente, no também art. 11, da Lei autoral portuguesa (Lei 16/2008): “o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário”.

24. Direitos Morais e Patrimoniais do Fotógrafo

A obra fotográfica, enquanto fruto do espírito humano, integrará com certeza todas as atividades exercidas pelo ser humano, imputando valorização ao trabalho humano, diferenciando-o, enobrecendo-o, e, com certeza, gerando disputas, conflitos.

O ato de criar (fotografar) faz com que o autor transfira para sua criação características de sua personalidade, refletindo-se na obra, como dizia o escritor naturalista BUFFON⁶⁰ “o estilo é o próprio homem”, existindo entre o autor e sua obra um envolvimento tão poderoso, que se torna impossível se desvincular da mesma, tal envolvimento é reconhecido pelo Direito, pelo nome de Direito Moral, de importância crucial e cada vez maior para os autores, de caráter perpétuo, inalienável e irrenunciável, ocorrendo sua violação, quando um terceiro, sem estar autorizado, publica a fotografia, entretanto, mesmo se estiver autorizado, mas omita o nome, não exclui nem abranda o direito a indenização pelo dano moral e patrimonial causado.

Desse modo, os direitos de ação são a defesa do autor no caso de perturbação do seu direito - defesa esta que, na falta ou ineficácia de medidas preventivas, é, frequentemente - no caso da fotografia, a única medida legal, a qual o autor pode suscitar.

2.4.1. Reparação de danos autorais em Portugal

No plano civil, a propriedade intelectual goza dos mesmos meios de defesa que o direito geral de propriedade: é susceptível de medidas conservatórias no caso de receio fundado de violação iminente do direito, entre as quais se contam os procedimentos cautelares ou de ação de indenização cível - que, embora independente da responsabilidade criminal, pode, contudo, ser deduzida em conjunto com o procedimento penal.

Na legislação autoral portuguesa, a violação do direito moral de autor faz o usurpador

⁶⁰ Ver história sobre *Georges-Louis Leclerc, conde de Buffon* ([Montbard, 7 de Setembro de 1707 - Paris, 16 de Abril de 178.](https://pt.wikipedia.org/wiki/Georges-Louis_Leclerc,_conde_de_Buffon)) Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Georges-Louis_Leclerc,_conde_de_Buffon. Acesso em 21 de janeiro de 2017.

incorrer em responsabilidade civil, constituindo-o na obrigação de indenizar o autor⁶¹. A regra geral da responsabilidade civil é a estipulada no artigo 483º, n.º 1, do Código Civil: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”⁶².

Para que a obrigação de indenizar exista, é necessário que o usurpador tenha agido com dolo ou negligência, que a sua conduta seja idónea a produzir um dano na esfera jurídica do lesado e que exista um nexo causal entre esse dano e a acção do usurpador.⁶³

Aqui, retomamos o estudo anterior quanto a criatividade e originalidade exigidas à fotografia ser considerada uma obra intelectual na legislação autoral portuguesa. Desse modo, vê-se claramente os contornos subjetivos para aferição da prova do dano moral em caso de usurpação de fotografia.⁶⁴

Por sua vez, a indenização abrange os danos patrimoniais, englobando quer o dano emergente - aquele que resultou diretamente da violação do direito -, quer o lucro cessante, entendendo-se por este os benefícios de que o autor deixou de gozar por virtude da violação do seu direito; e abrange também os danos não patrimoniais, que no caso do direito moral de autor não se circunscreve ao *quantum doloris* necessário para determinar o valor de indemnização noutros casos, porque este é um direito iminente moral.⁶⁵

Na seara penal, a lei acrescenta, para afirmar o desvalor da conduta de quem usa obra

⁶¹ PORTUGAL. Ac.Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1999, C.J/STJ, Ano VII, tomo III, pags. 23 a 25 [“O direito de autor tem uma componente patrimonial que serve para legitimar o estabelecimento de uma

contrapartida pecuniária para que um terceiro possa utilizar a obra originária, total ou parcialmente”].

⁶² PORTUGAL. DL n° 47344/66, de 25 de Novembro.

⁶³ PORTUGAL. *Acordam* n° 1848/07.0TJLSB-8, Tribunal da Relação de Lisboa, Relator Octavio Vegas: [“A obrigação de indemnizar importa, além da ilicitude do facto (como ofensa injusta a bens ou direitos alheios tutelados pelo direito), a culpa do agente, na modalidade de dolo ou negligência (artigo 483º/1 do CC). Não há obrigação de indemnizar, em sede de violação do direito de autor, sem que sobre o agente possa recair um juízo de censura ou de reprovação por o agente agir do modo como agiu, optando por uma conduta ilegítima quando podia e devia adoptar o comportamento devido”]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ddf90e30bdba705b802575f900523b51> Acesso em 21 de outubro de 2017”].

⁶⁴ Idem. [“O direito à exclusividade do uso de uma fotografia e à indemnização pela sua violação a favor do seu proprietário só é reconhecível se ela for de considerar como criação artística pessoal do seu autor, o que não acontece em relação a uma fotografia vulgar resultante da simples escolha de um objecto como um edifício camarário e parte de um conjunto arbóreo, sem um mínimo de criatividade”].

⁶⁵ Id. Ibidem. [“E são reparáveis todos os danos causados ao lesado que decorram (nexo de causalidade) da lesão, sejam danos emergentes ou lucros cessantes (artigo 564º/1 do CC). Recai sobre quem invoca um direito o encargo da prova dos pressupostos do dever de indemnizar, nomeadamente da ilicitude do comportamento de quem entendem ter incorrido nesse dever (artigo 342º/1 do CC)”].

alheia como se fosse sua, um tipo-legal de crime. Com efeito, a usurpação é punida, nos termos dos artigos 195.º e 197.º do CDA, com prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias.

2.4.2. Reparação de danos autorais no Brasil

O artigo 22 da LDA⁶⁶ dispõe sobre a natureza dos direitos de autor afirmando que “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Por sua vez, o art. 102 da LDA fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu carácter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o intuito de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, “sem prejuízo da indenização cabível”.

Já o art. 103 da LDA assume também um carácter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima.

Sendo assim, realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima – exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos – haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita⁶⁷.

Diante disso, caberá ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos referidos dispositivos legais, a fim de definir sempre os limites da condenação, no sentido de evitar o enriquecimento indevido da vítima.

Em casos como estes, o entendimento firmado pelo STJ é que a omissão de autoria fere frontalmente os direitos do autor e que a simples circunstância de uma fotografia ser publicada sem indicação de autoria, além de submetê-la à exaustão expositiva, torna anônimo o trabalho do artista, sendo o bastante para justificar o pedido de indenização por danos morais e

⁶⁶ BRASIL. Lei 9.610, de 10 de fevereiro de 1998.

⁶⁷ No Brasil, grande parte dos processos sobre direitos do autor de fotografia envolve a publicação não autorizada de fotos ou sua publicação em revistas ou jornais sem indicação de autoria.

sendo irrelevante a discussão acerca da extensão do consentimento do autor ⁸.

De outro turno, o direito autoral também protege os possíveis danos patrimoniais sofridos pelo autor. Desse modo, o dano não é objetivo, ou seja, o lesado é quem deve provar a extensão do prejuízo material que sofreu. A título de exemplo, a falta de pagamento para a utilização de uma fotografia protegida já comprova o ato ilícito, embora quantificar o dano não seja uma tarefa simples ⁶⁹.

Verifica-se, ainda, que o direito de autor, na vertente de direitos morais e patrimoniais, não se confunde com o direito de imagem do fotografado.

Nesse sentido, confira-se a lição de RUI STOCO, quem faz precisa distinção entre violação de direito autoral e de direito de imagem: “O direito à imagem está ligado ao do autor exatamente por incidirem ambos, muitas vezes, sobre o mesmo objeto: a figura humana. Não se confundem, todavia. [...] Quanto aos artistas, seu direito à execução ou interpretação (enquanto obra do espírito) pode coincidir com o seu direito à própria imagem, pois que a execução artística da obra literária, coreográfica, musical etc. se realiza no mais das vezes mediante atuação pessoal do artista, visual ou vocal, modalidades de imagem da pessoa. Sem embargo, não são a mesma coisa. Cada qual tem expressão jurídica própria com suas próprias consequências. [...] A reprodução da imagem, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a quem pertence, não competindo indagar se a publicação teria ou não produzido 'dano moral' ou constituído causa de enriquecimento ilícito. É direito personalíssimo (como o direito ao nome e às cartas pessoais), que, inclusive, não se integra na propriedade autoral do fotógrafo, já que a pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”. ⁷⁰

O fotografado tem direito de imagem tutelada pelo Estado, cuja violação pode render ensejo a indenizações. E isso, de fato, independentemente de uso vexatório da imagem da pessoa, se desse uso resultou proveito econômico, tal como assim reconhece a Súmula n.

⁷¹

403/STJ : “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial 132.896/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, terceira turma, julgado em 17/08/2006, DJ 04/12/2006 p. 292. “[Direitos Autorais. Publicação de foto sem a identificação da autoria. “A fotografia, quando divulgada, indicará de forma legível o nome do seu autor” (Lei nº 5.988/73, art. 82, § 1º); o descumprimento dessa norma legal rende direito à indenização por danos morais. Recurso especial não conhecido]. Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=Recurso+Especial+132.896%2FMG&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 20 de outubro de 2017.

⁶⁹ Para a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Isabel Gallotti: “o valor da obra intelectual, o proveito de quem a usa indevidamente e o prejuízo do autor nem sempre se revelam de modo imediato”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Progresso-tecnol%C3%B3gico-amplia-as-a%C3%A7%C3%B5es-sobre-viola%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-imagem Acesso em 22 de janeiro de 2017.

⁷⁰ RUI STOCO, 2013, p. 886-888.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf Acesso

de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Tal orientação está expressamente consagrada no Código Civil de 2002⁷² :

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. [...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Destarte, conforme a lei autoral portuguesa e brasileira, o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras fotográficas é de 70 anos.

3. FOTOGRAFIA NA INTERNET E CASO EMBLEMÁTICO: RICHARD PRINCE E A POLÊMICA DO INSTAGRAM

No ambiente digital, o meio privilegiado de divulgação de fotografias é a Internet, pelo que o autor está completamente à mercê dos usurpadores. No dizer de Carla Eugenia⁷³, “o que se divulga na internet mais integra no domínio público do que no privado”.

Outrossim, os sites também estão sujeitos aos direitos autorais na web. Como esclarece a escritora ELIANE Y. ABRÃO, “obras disponibilizadas na internet, como uma espécie de vitrine do fotógrafo, pelo simples fato de estarem expostas, não significa que lá se encontrem para livre utilização ou disponibilização. A regra é sempre a mesma: obra é bem móvel de propriedade de quem a produziu, malgrado a presença ou a ausência de originalidade na avaliação de terceiros, e sua utilização, para

qualquer finalidade, deve ser precedida da autorização do fotógrafo, ou de seu representante para efeitos legais, a título oneroso ou gratuito, a critério do autor, o fotógrafo⁷⁴.

A ainda, como afirma DIAS PEREIRA, “valores como a liberdade de criação cultural, a proteção de informação e de expressão, e a reserva da vida privada não podem ser anulados no ambiente das comunicações eletrônicas em rede. Sob pena de neste novo ambiente se perder o próprio ser humano, tal como este revê nos referidos instrumentos internacionais⁷⁵”.

em 20 de outubro de 2017.

⁷² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

⁷³ BARROS, CARLA EUGENIA CALDAS, 2017, p. 119.

⁷⁴ ELIANE Y. ABRÃO, 2014, p. 240/241.

⁷⁵ DIAS PEREIRA, 2008, p. 374.

Com efeito, a reserva de direitos, tal como a que existe na rede social Instagram⁷⁶, não é, porém, inteiramente destituída de utilidade: serve, quando menos, como meio de prova da autoria da imagem, funcionando como presunção de que o autor não renunciou ao seu direito de propriedade autoral sobre a fotografia. Assim, cada site disponibiliza a sua política de proteção dos direitos autorais.

Entretanto, algumas medidas aparentemente protetivas, não asseguram o autor do registro por absoluto. Na prática, não adianta marcar a fotografia, uma vez que a marca d'água pode ser cortada ou removida. O único expediente prático que se pode usar para prevenir a usurpação é publicar fotografias optando pela qualidade mais baixa possível, mas mesmo isto não assegura que a fotografia não seja usurpada: apenas garante a impressão com qualidade aquém da que poderia ser obtida.

Com a propagação dos plágios de fotografias, pode-se encontrar na internet, além de alguns *softwares* com processos simples de bloqueio para que algumas fotografias não possam ser “salvas” ou “coladas” por terceiros. Há, também, empresas virtuais especializadas em combater tais plágios, como a “Universal Photographic digital imaging guidelines (UPDIG) [<http://www.upidig.org>], promovendo a proteção e gestão de imagens digitais.

Embora a reprodução de fotografias publicadas no Instagram seja uma praxe corriqueira, inclusive com os *prints*, poucos são os casos em que há reclamações de autoria, questão inversamente proporcional ao número expressivo de casos de reparação de danos. Geralmente, fotógrafos profissionais e mesmo os amadores já têm ciência que estão totalmente expostos à livre disponibilização de suas fotos, cabendo, tão somente pleitear a reparação de danos.

Mas, no talante à reclamação autoral de fotografia publicada em Instagram, um caso polêmico chamou atenção mundialmente, principalmente daqueles que acompanham a arte contemporânea.

O famoso pintor e fotógrafo Norte Americano, Richard Prince, em uma narrativa ideológica sobre obra artística, subverteu completamente as regras de direito autoral, ao copiar fotos de terceiros, inseridas no Instagram, expô-las em galerias de artes e vendê-las a um preço médio de US\$ 90 mil⁷⁷.

⁷⁶ Ver INSTAGRAM. Termos de Uso. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/> Acesso em 22 de jan. 2017.

⁷⁷ Disponível em: <http://exameinformatica.sapo.pt/noticias/insolitos/2015-05-22-Richard-Prince-o-pseudo->

Com efeito, fazendo uma comparação jurídica do fato, se houvesse ocorrido em território brasileiro e português – que são diferentes do anglo-saxônico-, Richard Prince teria violentado dois direitos: propriedade intelectual, na vertente dos direitos autorais e conexos, e imagem.

No primeiro, porque usurpou fotografias de terceiros publicadas no Instagram sem mencionar o nome de cada autor (créditos) e explorou economicamente tais imagens na renomada Gagosian Gallery de Nova Iorque. E em segundo, usou a imagem de pessoas sem autorização e deu fins comerciais às mesmas.

No Brasil e em Portugal, não há precedents expressivos como este, entretanto, em havendo, antes do lesado procurar o Poder Judiciário, pode optar por via administrativa enviar uma comunicação escrita - uma interpelação - para que a fotografia seja removida da *web*, e o caso fica resolvido sem mais. Se a violação do direito de autor persistir, porém, será necessário proceder judicialmente, conforme os direitos de ação a que faz jus.

[artista- que-rouba-fotos-do-Instagram-e-as-vende-por-100-mil-dolares](#). Acesso em: 22 de jan. 2017.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por escopo a abordagem do direito luso-brasileiro, enquanto estudo sistemático e comparado, no intuito de mensurar a proteção legal dispensada à fotografia e ao fotógrafo, à luz do direito de autor e conexos, bem como da interpretação doutrinária e

jurisprudencial conferida à matéria.

Para efeitos significativos da presente abordagem, tanto no Brasil, quanto em Portugal, concluiu-se que a proteção à fotografia está amparada pela legislação autoral, mas com considerações distintas acerca do conceito conferido ao retrato enquanto obra.

É que, no Brasil, toda e qualquer obra fotográfica está protegida pela lei autoral. Já a lei autoral portuguesa, prevê um critério de exclusão à fotografia, sendo, no fundo, a linha tênue que separa a criação artística do ato meramente mecânico, admitindo somente elevar a fotografia à condição de obra tutelada se, da análise subjetiva, restar comprovada que a obra é original e fruto de criação intelectual. Este foi o ponto nodal da abordagem.

Ademais, os direitos de ação são conferidos ao autor, sobretudo, para a proteção à personalidade do criador, que se manifesta na obra, e comunica-se com o direito do inédito, o direito de reivindicar a paternidade da obra, o direito de sua integralidade, de arrependimento e de retirar a obra de circulação, de destruição, de tradução e de modificação.

Confere-se também ao pai da obra fotográfica os direitos morais e patrimoniais, enquanto subdivisão dos direitos de autor e conexos. Quanto ao primeiro, em síntese, refere-se à tutela legal que se dá em observância à violação moral dos direitos autorais do fotógrafo, por ocasião do uso não autorizado de sua obra e as consequências de tal uso. Já em relação ao dano patrimonial, o lesado é quem deve provar a extensão do prejuízo material que sofreu. A falta de pagamento para a utilização de uma fotografia protegida, a título de exemplo, já comprova o ato ilícito, mas é no caso concreto que o dano sofrido irá ser mensurado a ponto de se fazer emergir a indenização reparatória perquirida.

Constatou-se no Brasil, que muito embora a fotografia esteja dispensada da prova de subjetividade e que o extraordinário progresso tecnológico tenha contribuído para a democratização do recurso fotográfico, os tribunais têm evidenciado cada vez mais recorrentes ações judiciais de responsabilização pelo uso indevido do direito de imagem do fotografado.

Jé em Portugal, verificou-se que os tribunais vêm decidindo tanto reclamações de autoria, quanto de responsabilização, numa demanda mais acurada, em que quanto às primeiras, no país luso, há de se provar a autoria mediante critérios de originalidade e criatividade.

Finalmente, em filiação ao direito autoral brasileiro, onde qualquer obra fotográfica incorpora a propriedade intelectual do autor, espera-se que a legislação portuguesa passe a reconhecer a fotografia como obra sem quaisquer pré-condições de avaliação de criação intelectual e originalidade, considerando que estes critérios – importantes – estão inerentes ao

espírito da própria criação.

Na melhor das hipóteses, além de se respeitar o caráter subjetivo do registro, o judiciário não terá a enorme responsabilidade de aquilatar o que seria uma criação original de um registro fotográfico para conferir-lhe a tutela autoral, o que é considerado pericialmente delicado.

A propósito, quanto ao que seria “arte”, em critério de analogia, um dos quadros mais caros do mundo é o “Nº 5, 1948, de Jackson Pollock (1948), avaliado em 160, 8 milhões de dólares (US\$ 140 milhões, sem correção)⁷⁸.

An Passant e com devido respeito, para muitos, a referida tela à óleo do período expressionista abstrato é considerada apenas uma junção aleatória de tintas, sem nenhuma expressão artística. Entretanto, é obra para todos os efeitos e devidamente protegida, independente da mensuração de originalidade.

E então, chegamos ao ponto crucial da questão: a subjetividade da obra fotográfica.

Portanto, a fotografia, apesar de não ser uma obra de caráter similar a uma tela à óleo, onde nesta última não há um objeto pré-existente como há no objeto capturado pelo fotógrafo, é passível de ser tão arte quanto, aos olhos de quem registra, por justamente revelar em espírito sensorial a personalidade daquilo que se pretendeu capturar, do mais óbvio ou mecânico ao mais surpreendentemente belo, merecedora de amparo legal autoral na legislação portuguesa, indistintamente, assim como já é no ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.jackson-pollock.org/number-5.jsp>. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

REFERÊNCIAS

1. TRATADOS

ADPIC. **Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.** Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm . Aceso en: 18 de octubre de 2017.

OMPI. **Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.** Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/> . Accès en: 17 Octobre 2017.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 22 de outubro de 2017.

Decreto n.º: 76.593/75. Promulga a Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas, de 09 de setembro de 1886, revista em Paris, em 24 de julho de 1971. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76593-14-novembro-1975-425253-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 22 de outubro de 2017.

Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil de 2002, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 20 de outubro de 2017.

Lei 12.853 de 14 de Agosto de 2013, Altera, atualiza e consolida a **legislação** sobre direitos autorais e dá outras providências, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm . Acesso em: 20 de outubro de 2017.

Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm . Acesso em 20 de outubro de 2017.

Lei 5.988 de 14 de Dezembro de 1973, Regula os direitos autorais e dá outras providências, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm . Acesso em 20 de outubro de 2017.

3. LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, Código Civil Português, 73ª versão – a mais recente (Lei n.º 43/2017, de 14/06), Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis . Acesso em 20 de outubro de 2017.

Lei 16/2008, de 01 de Abril, Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, procedendo à terceira alteração ao Código da Propriedade Industrial, à sétima alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro, Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=978&tabela=leis . Acesso em 20 de outubro de 2017.

4. OBRAS LITERÁRIAS

ABRÃO, Eliane Y.. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Ed. Migalhas, 2ª ed., 2014

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BARROS, Carla Eugenia Caldas, *Fotografia-Internet-Patrimônio Cultural*, PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n.º 02, p. 110 a 128, Jun/2017, disponível em

<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/269-fotografia-internet-patrimonio-cultural>. Acesso em 20 Out 2017.

BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Autor, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada, conforme a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e de acordo com o novo Código Civil*, por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro Forense Universitária, 2003

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

BUZUID, Alfredo. *Em prol da música popular brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n.º 03, p.120 a 150 Out/2017 | www.pidcc.com.br

1957

CABRAL, Plínio. *A lei de direitos autorais: comentários*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2009

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol.1, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 6 ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002

KASSOY, Boris. *História e Fotografia*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e liberdade de informação*. 1ª edição. Almedina, Coimbra, 2008

PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, 2004

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral*, 1946

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

RECEBIBO 05/09/2017

APROVADO 15/10/2017

PUBLICADO 31/10/2017

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928