

TÍTULO IV DIREITO SUBJETIVO DE AUTOR

Subtítulo I A ESTÁTICA

CAPÍTULO I CONTEÚDO: FACULDADES PESSOAIS

87. Aspectos preliminares

I — O direito de autor tem no seu conteúdo faculdades de caráter patrimonial e faculdades de caráter pessoal. Exprime-o o art. 21, ao dispor que o direito de autor abrange direitos de caráter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais.

Discute-se vivamente se o chamado direito de autor é unitário, ou se devemos distinguir um direito pessoal e um direito patrimonial de autor, ou outras hipóteses ainda. É o problema da estrutura do direito de autor. De momento, porém, não nos interessa saber se há direitos pessoais distintos dos direitos patrimoniais, ou se tudo se reconduz a um direito só. Procedemos tão-somente a uma descrição das diferentes faculdades que são concedidas. E começamos pelas faculdades de índole pessoal.

II — Terminologia

Afastamo-nos da terminologia corrente. A lei e os autores falam antes em direitos ou faculdades morais do que num direito *pessoal*. Mas por mais generalizado, o qualificativo "moral" é impróprio e incorreto. É impróprio, pois há setores não-éticos no chamado direito moral¹⁴² e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. Aí se fala em pessoas morais, danos morais, direitos morais, e assim por diante. Mas no significado que se pretende o

¹⁴² Cfr. Walter Moraes, *Obra Arquitetônica, Questões*, 42.

qualificativo é estranho à língua portuguesa e deve, pois, ser substituído.

Dizendo-se “direito moral” quer-se significar simplesmente o direito pessoal, por oposição ao direito patrimonial. Falaremos, pois, exclusivamente em direito pessoal, para tornar a matéria mais facilmente compreensível¹⁴³.

Outros falam ainda em direitos “personalíssimos” para abranger a mesma realidade, mas o superlativo não se justifica; dizendo direito pessoal já dizemos tudo. O qualificativo *personalíssimo* poderia quando muito ficar reservado para um setor específico dentro dos direitos pessoais.

Por outro lado, como veremos também, os direitos pessoais não são direitos de personalidade. Embora mantenham uma ligação, ao menos genética, aos direitos de personalidade, afastam-se destes no seu âmbito de tutela e no seu regime¹⁴⁴. Por isso, são admitidos negócios sobre direitos pessoais que não seriam admitidos sobre os direitos de personalidade.

III — Também merece referência a terminologia *direitos* patrimoniais, *direitos* morais. Estranhar-se-á em primeiro lugar que um direito tenha por conteúdo direitos. Poderá ainda estranhar-se o plural, *direitos*, nomeadamente se se aceitar a divisão dualista do direito de autor em direito pessoal e direito patrimonial.

Mas também aqui, não existe à partida nenhum compromisso com a problemática da estrutura do direito de autor. Não sabemos se há um único direito, se dois, se muitos. Aceitamos a terminologia legal provisoriamente, só por ser corrente.

Mas não nos absteremos também de falar, como fizemos já, em faculdades, em vez de direitos. Sabe-se que se usa frequentemente a palavra *faculdade* para designar os poderes, ou certos poderes, que são conteúdo dum direito subjetivo¹⁴⁵. Como se usa, no mesmo sentido, a palavra “direito”. Tudo isto cria ambigüidades. Mas neste momento, não há que proceder ao saneamento terminológico.

143 Neste sentido, Pugliatti, *Diritto personale*, n.º 1.

144 Cfr. as nossas lições de *Teoria Geral do Direito Civil* — I, n.º 37.

145 Problema paralelo se suscita no tocante aos direitos reais, por exemplo. Cfr. a propósito os nossos *Reais*, n.º 259 III.

88. Elenco e tipicidade

I — Os direitos de síntese que vamos referir não esgotam ainda o conteúdo patrimonial do direito de autor. Nas relações que se formam, ao autor como tal são referidas outras faculdades concretas, não-generalizáveis. Assim, o art. 78 proíbe que os principais intérpretes e os diretores de orquestra ou coro, escolhidos por acordo entre autor e empresário, sejam substituídos por este somente, salvo se abandonarem a empresa. É uma nova faculdade, esta até prevalentemente de conteúdo pessoal, mas que ultrapassa os direitos-padrão que dão o conteúdo fundamental do direito pessoal.

II — O art. 25 menciona seis “direitos morais” do autor:

- a) o de reivindicar a paternidade da obra
- b) o de ter o seu nome ou equivalente indicado ou anunciado como o do autor em toda a utilização da obra
- c) o de inédito
- d) o de integridade
- e) o de modificação
- f) o de retirada.

Examinaremos especificadamente os problemas suscitados por cada. Observemos agora em geral que eles se relacionam dois a dois: inédito e retirada, nome e paternidade, integridade e modificação.

Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis, diz-nos o art. 28. Mas a lei não exclui a sucessibilidade destes direitos. Por morte do autor, alguns dos direitos referidos no art. 25 passam aos herdeiros, por determinação do § 1º deste. Veremos depois o que pensar desta regra, e quais os direitos em relação aos quais a lei exclui toda a sucessão.

III — Tipicidade

A lei não esclarece se estes direitos pessoais são típicos ou não: se o sujeito pode ter outros direitos pessoais de autor além dos que foram referidos. O art. 25, com o seu tom descritivo: “são direitos morais do autor”, antes parece indicar uma tipicidade exemplificativa, como é em princípio toda a tipicidade¹⁴⁶.

Podem imaginar-se outros direitos pessoais. Assim, o art. 14/7 da lei espanhola e o § 25 da lei alemã consagram o que poderemos

¹⁴⁶ Cfr. a nossa *Tipicidade*, n.º 15.

chamar o “direito de acesso” do autor ao exemplar raro da obra, para efeitos de utilização desta; a lei espanhola considera-o um sétimo direito pessoal do autor.

Mas a tipicidade legal traduz uma posição restritiva. O direito pessoal traz uma nítida marca protecionista. Se fôssemos pensar que todo o poder concebível, assente em considerações de defesa pessoal e independente de outorga da exploração econômica da obra, seria admitido por lei, agravaríamos a condição dos utentes, que amanhã veriam opor-se-lhes direitos com que não contavam. Mercê da tutela reforçada de que desfrutam, os direitos pessoais atingiriam gravemente o exercício das outras faculdades.

Supomos que a lei especificou as faculdades de ordem pessoal que são admissíveis sobre a obra. Não seria pois correto desenvolver um conceito de direito pessoal de autor do qual se deduzissem depois as faculdades admissíveis. O que a lei quis outorgar, declarou-o expressamente.

No que respeita ao direito de acesso, na ausência de previsão legal não se pode considerar consagrado entre nós. Os direitos pessoais são típicos.

89. Direito ao inédito

I — Todos têm a genérica *liberdade de criação*. É um direito fundamental, constitucionalmente tutelado, como sabemos. Mas não é um direito de autor, uma vez que antes da criação não há ainda obra, e só esta é objeto do direito de autor.

Com a criação, surge o direito de autor. E o autor tem o direito pessoal de dar a conhecer ou não a sua obra. É uma derivação básica da tutela da personalidade. Ninguém é obrigado a tornar públicos os versos que escreveu quando estava com febre. Ainda que sejam geniais. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar de qualquer forma.

Assim, ao pintor que não aprecie o próprio quadro é lícito destruí-lo, e ao compositor manter a sua sonata em segredo. Se alguém abusivamente os divulgar, o autor pode exigir a apreensão de todos os exemplares, bem como a aplicação das sanções que a lei prevê, e que estudaremos no capítulo da tutela do direito de autor.

II — Há quem fale num “direito de publicação”, que representaria como que a outra face do direito ao inédito. Sobre aquele, porém, vimos já o que pensar no capítulo anterior, que expressamente dedicamos à publicação e divulgação da obra.

A Constituição atribui ao autor o direito de publicação, o que reflexamente engloba o direito de deixar inédito. Mas a Constituição afirma que a liberdade de criação compreende o direito à divulgação da obra científica, literária ou artística, o que não parece aliás muito feliz. Aqui se compreende o direito ao inédito, mas compreende-se muito mais do que isso. Mesmo após a obra divulgada, continua a haver a liberdade de a levar ao conhecimento do público (fazendo novas edições ou representações, por exemplo). O direito fundamental cobre assim quer manifestações pessoais, quer manifestações patrimoniais do direito de autor.

III — Sob ressalva do que diremos depois, quanto à posição dos herdeiros, afirmamos que o direito ao inédito é um direito do criador intelectual, e não de adquirentes sucessivos do direito de autor.

Os transmissários do direito de autor, entre vivos e *mortis causa*, bem como os que o adquiram por sucessão, têm o direito de publicar ou não publicar a obra, nas hipóteses normais e salva a casuística que depois estabeleceremos. Mas esse direito é um direito patrimonial, como dissemos¹⁴⁷, que surge como condição para a exploração dos direitos, e não um direito pessoal¹⁴⁸.

Também o proprietário tem o direito de exercer ou não exercer os seus direitos, mesmo que se trate dum primeiro exercício, e nem por isso ninguém falará num direito pessoal. O direito ao inédito é assim necessariamente algo diferente deste direito de divulgar ou publicar, e é caracterizado por uma marca pessoal.

Idêntica nos parece ser a situação de todo o titular originário, que não seja o criador intelectual: não tem o direito ao inédito. A empresa que encomenda um estudo de sua própria reestruturação pode querer publicá-lo ou, o que é mais provável, reservá-lo para a sua exclusiva orientação. Mas isso não é um direito de personalidade, é um direito ligado à utilização da obra. Ela saberá se é de

¹⁴⁷ Cfr. *supra*, n.º 82 e 83.

¹⁴⁸ Neste sentido Ferri, *Diritto commerciale*, n.º 85.

sua conveniência publicar ou não, sem que nenhuma considerações de tutela da personalidade estejam aqui implicadas.

Para além disso, o herdeiro pode ser chamado a defender o inédito, se essa for a vontade vinculativa do *de cuius*. Mas se o for, é-o como herdeiro, e não como titular do direito de autor. Continua a ter esta prerrogativa mesmo que o direito de autor reverta para outrem.

Concluimos assim que o direito ao inédito é um direito que cabe exclusivamente ao criador intelectual.

90. Regime

I — Admitimos a penhorabilidade do direito de autor, de que depois falaremos. Pode assim perguntar-se se poderão penhorar-se obras inéditas.

Moura Rocha defendeu a penhorabilidade, desde que o autor tivesse manifestado claramente a vontade de torná-las públicas¹⁴⁹. Parece-nos porém que este critério é aplicável à obra incompleta, mas não à obra inédita. Se está completa, basta ao exequente nomeá-la à penhora, sem ficar a seu cargo nenhuma prova das intenções do autor.

II — Mas isto não significa que o autor não tenha defesa contra a nomeação.

Se ele tem o direito de retirada quando a obra já foi difundida, por maioria de razão há-de ter o direito pessoal de evitar a difusão da obra.

Caberá então ao autor invocar o seu direito pessoal de inédito contra a apreensão, dando as razões por que recusa a divulgação.

Mas esse direito pessoal não é arbitrário: é sujeito ao controle judicial. Nomeadamente, a oposição será rejeitada pelo juiz quando o autor:

a) tiver revelado expressa ou tacitamente a intenção de divulgar a obra

b) não justificar a intenção de preservar o inédito, ou as razões que der se revelarem inconsistentes.

¹⁴⁹ *Executoriedade*, nomeadamente na conclusão da pág. 104.

III — E se o autor celebrar um contrato em que se obrigou a produzir uma obra? Completada esta, pode o comitente exigir a sua entrega?

A solução, a nosso ver, é paralela. O comitente pode impor a entrega. É o autor quem terá de excepcionar, fundando-se no direito ao inédito e dando as razões que o levam a opor-se à divulgação. Se essas razões não forem vitoriosamente impugnadas, só resta à outra parte resignar-se à indenização de perdas e danos. Veja-se, porém, adiante o que respeita aos contratos de cessão da utilização da obra inédita, a propósito do direito de retirada.

91. Direito de retirada

I — Este direito, previsto no art. 25 VI, dá ao autor um poder particularmente gravoso.

O autor, tal como pode utilizar diretamente, tem o direito de autorizar a utilização da obra por outrem.

Mas pode o autor, a certa altura, passar a considerar negativamente a difusão da obra — por alteração de concepções éticas, ou de concepções estéticas, ou por qualquer outra razão pessoal.

Para defesa dessas valorações pessoais, que seriam negadas se a obra continuasse a circular, a lei atribui então ao autor o direito de retirada (chamado de arrependimento, noutras ordens jurídicas). Este é referido por lei às faculdades de retirada da circulação e de suspensão da modalidade de utilização autorizada.

Refere-se pois a formas de utilização da obra e não aos exemplares em si, que estão definitivamente adquiridos: o quadro, o livro, a obra de arquitetura...

Fala-se por vezes entre nós, em vez de retirada, em arrependimento. O termo teria âmbito maior, pois permitiria abranger formas de não cumprimento de obrigações de entrega, e não apenas a retirada de obra já em exploração.

II — Em todos os casos, há nestas hipóteses um choque entre uma exteriorização da personalidade do autor e o legítimo exercício dos direitos patrimoniais por terceiros, em consequência de uma aquisição licitamente operada. A omissão que o autor lhes impõe, porque se arrependeu, pode causar-lhes prejuízos, eventualmente muito graves, como se se inutiliza a edição já lançada.

O art. 25 § 3º ressalva então as indenizações devidas a terceiros pelos prejuízos que a retirada lhes causar. De fato, o terceiro nenhuma culpa tem na mudança de orientações do autor. Só a este é imputável se primeiro pensava de uma maneira e passou a pensar de outra. Bem está que seja onerado com a indenização de danos causados em contrapartida do exercício do direito de retirada. Isso servirá pelo menos para evitar excessiva ligeireza na mudança de concepções¹⁵⁰.

92. A base ética

I — Este é um domínio em que é de recear o abuso de direito. O autor tem esta faculdade excepcional para a defesa da sua personalidade; não é um poder arbitrário. Se o usa por exemplo para conseguir um aumento da remuneração contratada há abuso de direito, e como tal o autorizado não está vinculado a cessar a utilização ou a permitir a retirada da obra.

Mas, mais do que isso, há que perguntar se o exercício do direito tem de ser eticamente fundamentado, ou se a decisão do autor é incontrolável.

A legislação italiana exige “graves razões morais” e a portuguesa “razões morais atendíveis”. Mas referência semelhante não consta da lei alemã nem da lei francesa.

Também não consta da lei brasileira. Mas não cremos que isso seja suficiente para tornar este direito meramente potestativo, logo arbitrário. E assim seria se as razões não pudessem ser controladas em juízo.

Pensamos que há uma analogia com o direito à integridade. O art. 25 IV limita-o aos atos que possam atingir a reputação ou honra do autor — ao contrário de ordens jurídicas estrangeiras. Pensamos que as mesmas razões impõem que o direito de retirada seja também um direito eticamente fundado. E a suficiência destas razões pode ser discutida em juízo.

II — Observe-se todavia que o normal exercício do direito de arrependimento não é um ato ilícito. As indenizações a que houver

¹⁵⁰ Ainda se poderia ter ido mais longe. Para evitar fraudes, podia-se ter dado à outra parte um direito de preferência na exploração da obra, nas mesmas condições do contrato primitivo, se o autor voltar a autorizar a utilização.

de proceder não se alicerçam numa idéia de culpa do autor. Escapam portanto às regras dos arts. 121 e seguintes, que tratam de sanções. É de supor que o autor fique em situação mais suave do que aquela em que se encontraria se devesse falar-se de um inadimplemento (ilícito) do contrato por ele celebrado.

É seguro que este direito não cabe aos herdeiros (art. 25 § 1º).

93. Relação com o direito ao inédito

I — O direito de retirada é como que a outra face do direito ao inédito. Mas a relação é sucessiva, porque só após cessado o direito de inédito surge o direito de retirada. Pressupõe ainda que o autor tenha concedido a terceiros direito de utilização, pois doutra maneira não pode haver retirada.

Se o direito de arrependimento é como que a outra face do direito ao inédito, sofrerá as mesmas restrições que a este atingem. Assim, na obra cinematográfica, parece que nenhum dos colaboradores poderá retirar a sua parte ou suspender a autorização para a distribuição e exibição, por força do estatuído no art. 86, que nega aos colaboradores o direito ao inédito ou à conclusão da obra.

Mas as conseqüências desta relação são ainda mais profundas. Podemos enunciar em geral o princípio de que, sempre que por qualquer circunstância não caiba ao autor o direito ao inédito, também não tem o direito de retirada.

II — Que acontece porém se, tendo o criador intelectual autorizado a utilização da obra inédita por terceiro, se arrepender, antes da divulgação da obra?

Antes de mais, há que verificar se são aplicáveis, ou o direito de inédito, ou o direito de retirada.

Contra a aplicação do direito de retirada, observa-se que o art. 25 VI fala em suspender forma de utilização, o que parece pressupor que esta já se iniciou.

Mas contra o recurso ao direito de inédito dir-se-á que este permitiria frustrar os direitos devidamente adquiridos pelo utente, sem levar a nenhuma compensação para este. De fato, a lei não associa ao exercício do direito ao inédito o dever de indenizar terceiros.

A analogia com o direito de retirada parece mais forte. Aplicar-se-á por maioria de razão até, pois, se o autor pode retirar a

obra divulgada, também poderá retirar a que não foi divulgada ainda¹⁵¹.

O art. 25 VI deve ser objeto de interpretação declarativa lata¹⁵². Deverá proceder-se assim, por manifestação do princípio da prevalência das razões éticas sobre os interesses patrimoniais.

III — Em definitivo, o que concluir quanto à conjugação do direito de retirada e do direito de inédito?

O direito de retirada é realmente a outra face do direito ao inédito: só nasce quando o direito ao inédito se extinguir. Mas pode haver direito de retirada em relação a obras inéditas.

Isto porque *há que distinguir o caráter inédito da obra e o direito ao inédito*.

Obra inédita é simplesmente a obra não divulgada. Mas pode ter-se perdido o direito ao inédito em relação a obras inéditas. Basta que o autor tenha revelado por atos inequívocos o seu propósito de as divulgar. Isso acontece necessariamente quando já contratou com terceiro a divulgação da obra¹⁵³.

Confirma-se assim que, se o autor perdeu o direito de inédito, só lhe resta exercer o direito de retirada.

94. Direito à menção da designação

I — Costuma referir-se como direito pessoal do autor o direito ao nome.

Do que dissemos anteriormente¹⁵⁴ já resulta que o direito ao nome em si é um direito de personalidade ou um direito pessoal geral, mas não um direito do autor. Mesmo o que respeita à formação do nome literário ou artístico, à identificação do autor e à proteção do nome não são direitos que tenham por objeto uma obra, e como tal não se confundem com direitos de autor.

Até certos reflexos negativos, a propósito da utilização do nome em obras, continuam a não derivar do direito de autor. Assim, o

¹⁵¹ Pela aplicação do direito de retirada à obra não-publicada, cfr. Oppo, *Creazione ed esclusiva*, 6; Ubertazzi, *Diritto di autore*, 122.

¹⁵² Nem parece necessário falar em interpretação extensiva.

¹⁵³ A distinção não surge clara em Strömholm, 82. O autor versa o “direito de divulgação”, usando a terminologia francesa, mas vem a recair nesta problemática.

¹⁵⁴ *Supra*, nº 171.

direito de reagir a que uma obra nos seja falsamente imputada não é um direito de autor, é ainda uma manifestação do direito ao nome. Não se reage como autor, antes se contesta justamente essa qualidade.

II — Direito pessoal de autor é apenas o direito à menção da designação. Supõe-se pois uma obra concreta e reclama-se que na utilização dela o nome do autor seja indicado.

A faculdade de menção da designação ocupa um domínio mais vasto do que o abrangido pelo direito de autor. Também titulares de direitos doutra natureza a têm. Pode mesmo ser reconhecida a pessoa a quem não cabe a titularidade dum direito intelectual, como o inventor. Mas aqui manifesta-se a propósito da criação literária artística ou científica e pode por isso ser integrado no direito pessoal de autor, como um aspecto da tutela da pessoa deste.

III — O direito que poderemos assim qualificar é o direito do autor de ter, nessa qualidade, o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado na utilização da obra; é um direito que se concretiza já efetivamente em relação a uma obra dada. Tutela em primeira linha interesses morais, muito embora o autor o possa utilizar com o fito de publicidade ou qualquer outro. Manifesta-se em caso de utilização da obra por terceiros.

95. Exercício do direito

I — O exercício deste direito não suscita dúvidas nas hipóteses normais. A indicação da autoria nos filmes ou nos livros é uma evidência. Noutras poderá trazer dificuldades, mas é exequível: assim acontece nas fotografias. Noutras ainda não faz sentido, e o costume se encarregou de restringir a afirmação demasiado absoluta da lei. Ninguém pede ao executante de música ligeira ou à emissora de radiodifusão que quebrem continuamente os programas com a apresentação dos nomes dos autores da letra e da música.

O art. 126 atende a estas limitações. O § único exclui do âmbito do direito de designação os programas sonoros exclusivamente musicais, sem qualquer forma de locução ou propaganda comercial. Na referência ampla aos programas devem incluir-se também os recitais ao vivo.

II — O direito ao nome tem, no Direito de Autor, ainda outras manifestações. Se o autor não pode evitar em certos casos a utilização da sua obra, pode pelo menos proibir que o seu nome seja associado a uma utilização não-autorizada. Estabelece-o expressamente o art. 27, para a obra de arquitetura, e o art. 31 § 2, para a obra de colaboração.

No caso da omissão ilícita do nome do autor na utilização da obra, estabelece a lei um sistema de sanções (art. 126), tendentes a assegurar a reparação dos danos não-patrimoniais e a efetiva divulgação da identidade do autor.

III — Esta e outras ressalvas devem ser generalizadas, pois tão-pouco este direito pode ser tido por absoluto.

Podemos falar de duas restrições importantes que se fazem a esta imposição da indicação do nome: a convenção das partes e a natureza da utilização¹⁵⁵. A convenção das partes não pode deixar de ser válida também neste domínio. Quanto à natureza da utilização, parece que vale por si, mesmo no silêncio da lei, para dispensar a indicação. Não se compreenderia, por exemplo, que aquele que compôs o fundo musical de um anúncio de televisão viesse exigir que do anúncio constasse também a indicação do seu nome.

IV — Se bem que o direito de escolha de designação seja um direito pessoal, o seu exercício comporta muitas limitações. Nomeadamente, são admissíveis contratos pelos quais o autor se compromete a usar certas designações numa utilização dada e até, pensamos, contratos em que o autor renuncia a certos tipos de designação¹⁵⁶. Mas este último caso respeita genericamente ao nome, como manifestação da personalidade, e não ao nome com ligação a uma obra dada. Escapa por isso ao Direito de Autor.

Insistimos que devemos distinguir a tutela geral da personalidade do direito pessoal de autor, como já advertia Espínola¹⁵⁷. Isto é muito claro no art. 185 do Código Penal, paradoxalmente um

155 Este art. 126 é transposto do art. 9 da Lei nº 4.944, de 6 de Abril de 1966, dedicada, aliás, primordialmente à disciplina dos direitos conexos. Mas omitiram-se duas restrições importantes que aí se fazem a esta imposição da indicação do nome: a convenção das partes e a natureza do contrato.

156 Cfr. Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 13, 2.

157 Cfr. *Posse*, 448: há também direitos ligados à personalidade que se não confundem com o que se denomina direito moral de autor.

dos dois dedicados ao direito de autor. Pune-se a falsa imputação de uma obra a uma pessoa, através da ligação abusiva do nome desta a uma determinada obra. Aqui é claro que se tutela um aspecto geral de personalidade, e não um atributo do autor.

O mesmo acontece se alguém obsta ao uso do próprio nome por outrem. Seja ou não o oponente autor, o que se tutela é a expressão da identificação em geral, e não a expressão individualizada naquela obra.

96. Direito à paternidade da obra

I — Particularmente importante é o *direito à paternidade* da obra. Este ultrapassa o direito anteriormente referido, pois supõe não apenas a omissão da designação do autor como, mais radicalmente, a utilização abusiva por alguém de obra alheia¹⁵⁸.

Este direito tem uma óbvia relação com o anteriormente considerado. Poderíamos falar num direito à paternidade da obra, que abrangesse os dois aspectos. Esse direito manifestar-se-ia positivamente pela pretensão à menção da designação e negativamente pela reação às violações praticadas. Mas há um hábito de falar, não na paternidade, mas no direito *a reivindicar* a paternidade da obra. Parece assim pressupor-se uma afronta por parte de terceiro, que leva a que se reivindique o que foi esbulhado. Para não criar maiores dificuldades, manteremos a distinção dos dois direitos.

No exercício há certa analogia com a ação de reivindicação. Pressupondo-se a negação ilegal do direito, reivindica-se a paternidade. A causa de pedir é o direito de autor. O pedido, a cessação da utilização abusiva. Pode porém o autor, reconhecido o direito pelo opositor, consentir na continuação da utilização, mas com a devida indicação da autoria.

Não podemos, porém, aplaudir a visão processual que a lei traduz deste direito, pois ele consiste numa posição substantiva, o direito à paternidade, só por derivação surgindo o remédio processual da reivindicação.

Em contrapartida, o direito de ver reconhecida a não autoria de uma obra, que a cada um cabe, é uma manifestação do direito geral de personalidade que se não integra já no conteúdo do

¹⁵⁸ Veja-se ainda a referência expressa do art. 27.

direito de autor: por definição aquele que nega a autoria de uma obra não age como autor. Aplica-se o que acabamos de dizer a propósito do direito ao nome.

II — Este direito pode ser convencionalmente limitado, como veremos que pode acontecer com todos os direitos pessoais. Assim, o autor compromete-se validamente a não exercer o seu direito em dada relação¹⁵⁹. Mas não pode renunciar ao direito em si. Nem pode sequer pactuar validamente que um outro será apresentado como autor, pois semelhante contrato violaria a fé pública, por razões análogas às expostas a propósito da exclusão da atribuição originária do direito de autor a outrem. E mesmo o acordo que fizer, de não exercer o seu direito em dada situação, tem mera eficácia obrigacional e não atinge a sua posição de autor. Pode, não obstante, a todo o momento reivindicar a paternidade da obra. A sua pretensão, dada a prevalência das razões pessoais, sairá vitoriosa, muito embora fique obrigado à indenização de perdas e danos em benefício daquele com quem contratou.

97. Direito à integridade da obra

I — O direito à integridade da obra é previsto no art. 25 IV, que especifica os seus pressupostos. São declaradamente aspectos pessoais que justificam a proteção legal.

Diz-se que o autor se pode opor “a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”. O “prejudicá-la” refere-se à obra mencionada nos incisos I e II, o que não parece uma forma muito esclarecedora de redigir artigos de lei.

II — Logo a uma primeira vista resulta que a lei não quer aqui estabelecer nada que se pareça com uma soberania do autor sobre a utilização da obra¹⁶⁰. Não são todas e quaisquer modificações que são consideradas violações da integridade da obra, mas apenas aquelas que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou a reputação do autor. O texto do artigo poderia suscitar dúvidas quanto à aplicabilidade das restrições finais às *modificações* e aos *atos*, ou

159 Hertin, no *Kommentar* de Nordemann/Hertin/Vinck, § 13/1 e 2, admite que o autor possa renunciar inteiramente à sua designação em certas utilizações.

160 Cfr. Almeida Santos, *Ensaio*, n.º 53.

apenas a estes, mas uma razão teleológica e uma razão histórica convencem-nos do acerto da primeira posição.

Uma razão teleológica, porque nenhuma base há para admitir a soberania do autor em relação às modificações e excluí-la no tocante a outros atos que igualmente ameacem a integridade da obra. Uma razão histórica, porque o art. 25 IV tem como fonte o art. 6 bis da Convenção de Berna, em que claramente a restrição final abrange todos os comportamentos previstos: o autor tem o direito "de se opor a toda e qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da mesma obra ou a qualquer outro ato que a atinja, prejudiciais à sua honra ou reputação".

O autor não poderá, pois, invocar o direito à integridade da obra em casos em que não estiver em causa a sua reputação ou honra, ou em que a obra não possa sair prejudicada — máxime, se sair beneficiada. A motivação do autor não é irrelevante. A lei quer evitar oposições conduzidas pelo autor unicamente com o fito de extorquir dos utentes um pagamento suplementar, e evita-o pelo estabelecimento de um critério ético, destinado a excluir todo o arbítrio.

É evidente que deste critério valorativo nascem problemas de aplicação, mas eles não são maiores do que em muitos outros setores em que a lei recorre a critérios de índole semelhante.

III — Significará isto que são livres as modificações que não prejudiquem a obra ou o autor? O editor que for pessoalmente um poeta de maior calibre que o seu cliente pode proceder a alterações que, objetivamente, melhorem a obra?

O princípio é o de que o usuário apenas pode introduzir as modificações que sejam reclamadas pelo tipo de utilização em causa. Seria inadmissível que a obra estivesse sujeita a este tipo de intervenções. Uma modificação "corretiva", mesmo não lesando a honra ou reputação, não deixa de representar uma violação contratual e estar sujeita às reações correspondentes.

98. Aplicações

I — Temos de insistir no caráter ético dos direitos à integridade e de modificação. E isto força-nos a distinguir consoante o grau de implicação da personalidade do autor na obra.

Nas obras verdadeiramente de criação literária ou artística, o interesse do autor na preservação da obra, tal qual, é já de si digno

de proteção¹⁶¹. O verdadeiro criador, mesmo principiante, fica diminuído se a sua sinfonia sai corrigida, ainda que por compositor famoso.

Pelo contrário, na cultura de consumo, e mais ainda nas obras utilitárias, como as obras publicitárias, as invocações de razões morais escondem quase sempre práticas oportunistas. Tanto faz que da canção em voga se cante o princípio, o meio ou o fim — não há que invocar mutilação. Tanto faz que o cartaz publicitário tenha no canto um produto ou outro — a obra não sai desvirtuada com isso. A dignidade do direito de autor exige que se não permita que se escondam debaixo do véu “moral” meras táticas de conseguir mais dinheiro.

II — Mas mesmo nestes casos não se segue que o terceiro possa livremente alterar a obra. Pode-se reagir por todos os meios jurídicos, nomeadamente por lesão das vinculações contratuais por parte do utente.

O que se não pode é encobrir sob alegações morais uma questão vulgar de interesses patrimoniais.

III — Esta limitação pessoal intrínseca do direito à integridade tem conseqüências da maior importância. Desde logo porque torna claro que este direito, como qualquer direito aliás, não pode ser considerado absoluto.

Uma aplicação desta idéia será vista logo de seguida, a propósito do que chamaremos as *adaptações*.

Para além das adaptações, há certos casos em que se está no limite duma modificação sem autorização do autor, embora a lei procure evitá-los.

Assim, o art. 72 determina que se, por sua natureza, for necessária a atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.

99. Adaptações

I — Há toda uma linha de modificações que são impostas ao autor, mesmo no silêncio da lei. Referimo-nos às que são decorrência de formas de utilização que são autorizadas, e que é expres-

161 Cfr. Hubmann, *Urheber*, § 29 III.

sivo designar *adaptações*. Neste sentido — que infelizmente não é o único que a palavra tem em Direito de Autor — a adaptação é a modificação introduzida pelo utente para os fins da utilização autorizada.

Se o autor dum romance autoriza a produção cinematográfica, ele sabe, mesmo no silêncio do contrato, que a obra terá de ser objeto de várias alterações para poder passar à tela. Não pode exigir que os diálogos saiam tal qual, que sejam idênticas as personagens, que se mantenha o encadeamento das cenas... A própria natureza da utilização impõe estas alterações, e o autor não poderá alegar que não deu o seu consentimento específico. Só se poderá opor se a obra ficar desfigurada com as alterações que lhe foram introduzidas, pondo em causa o seu bom nome e reputação.

Generalizando, concluímos que são sempre admissíveis as adaptações impostas pelas necessidades do meio de utilização da obra em que o autor consentiu.

II — Noutros casos, as adaptações não são consequência necessária daquele modo de utilização, mas são benéficas para ele. O equilíbrio está então em impor ao utilizador a demonstração dessa vantagem e ao autor a demonstração de que essa adaptação atinge a obra ou o autor.

De fato, só há adaptação se as finalidades daquele meio específico de utilização estiverem em causa. E sobre o utente, se quiser prevalecer-se dela, que recai o ônus da prova dessa utilidade.

Havendo adaptação, entra em ação a presunção acima delineada: presume-se que essas adaptações não atingem a obra nem o autor, nos termos do art. 25 IV. É agora o autor, se quiser opor-se-lhes, quem terá de demonstrar que, na realidade, semelhantes adaptações atingem a integridade da obra.

Podemos traçar uma analogia com a tripartição das benfeitorias em necessárias, úteis e voluptuárias. As adaptações impostas pelo modo de utilização são necessárias. As que se justificam por conveniências da utilização são úteis. As que são independentes do modo de utilização são voluptuárias. Tal como as benfeitorias voluptuárias não são verdadeiras benfeitorias, também as alterações voluptuárias não são verdadeiras adaptações. Estão sujeitas ao regime geral das modificações feitas por terceiro.

III — Noutros casos ainda, a lei permite que alguém intervenha na conclusão de uma obra. Assim acontece no caso da adaptação cinematográfica (art. 86). Há aqui, até, uma imposição ao autor,

que não poderá evitar que outrem intervenha na conclusão da obra. Toda a conclusão da obra traz uma figura paralela à da modificação, e que se deve reger pelos mesmos princípios.

Outra manifestação importante está em o empregado não poder opor-se a que a obra que produza para a empresa sofra todas as modificações necessárias para essa utilização. O limite só se encontra no direito pessoal à integridade, quando as modificações trazidas atinjam a honra ou a reputação do próprio autor.

Ainda noutras hipóteses, além destas, prevê a lei expressamente modificações que são impostas ao autor. Assim, o art. 72 permite ao editor impor ao autor a atualização da obra, para o efeito de novas edições; e até lhe permite, na omissão do autor, encarregar outrem dessa atualização, indicando esse fato na obra. A oposição do autor é irrelevante.

IV — Independentemente dos afloramentos que este princípio encontra na lei, diremos que bastaria a cláusula geral da boa fé para que não fosse possível proibir as adaptações justificadas pela utilização da obra — salvo ressalva da invocação e prova duma lesão da obra ou do autor, no caso de adaptações úteis.

Problemas desta ordem surgem a propósito das obras de arte, quando a propriedade do exemplar pertence a terceiros. Em princípio, este pode fazer com o exemplar o que quiser para o seu uso, mesmo mutilá-lo. Podem, porém, formas de uso público da obra mutilada atingir o direito pessoal à integridade da obra.

100. A “destruição da obra”

I — Haverá um direito do autor de se opor à destruição da obra?

Pretendeu-se que sim, afirmando-se que a destruição representa o ponto máximo da lesão da integridade da obra. Receamos que essa pretensão traduza a opacidade à problemática do direito de autor.

A obra literária e artística é coisa incorpórea. Como tal, é insusceptível de destruição. Falou-se como se a obra fosse o suporte em que encarnasse. Mas seria ridículo pensar que agora ninguém mais pode rasgar um jornal, por injunção do art. 25 IV.

Mas damos outro exemplo. Alguém faz o retrato da amada e envia-lho. A amada não está para amar e rasga-o. Praticou um crime?

Talvez por aqui se comece a perceber outro equívoco. Proce-
deu-se como se a obra literária e artística fosse a obra de elevado
mérito estético. Mas a banalização do Direito de Autor, como
dissemos, levou a que obras sem real mérito sejam também prote-
gidas.

Para dar a explicação mais lisonjeira da posição dir-se-á que se
confunde o direito à integridade com a tutela do patrimônio histórico.

II — Semelhante pretensão é incompatível com o que a própria
lei estabelece a propósito da obra de arquitetura.

Nos termos do art. 27, se o dono da construção fizer alterações,
pode o arquiteto repudiar a paternidade da obra modificada, não
sendo lícito ao proprietário, a partir de então, dá-la como concebida
pelo autor do projeto inicial.

Daqui resulta com clareza que é lícito ao proprietário modificar
o prédio, embora construído sob projeto do arquiteto.

Por maioria de razão, seguramente o poderá fazer demolir.
Tão absurdo seria ficar até a extinção dos direitos nas mãos do
arquiteto — ou dos seus herdeiros.

O tema será retomado a propósito da obra de arquitetura.

101. Direito de modificação. Sentido

I — Poderemos falar de um direito de modificação, que repre-
sentaria como que a face positiva do direito à integridade da obra?

Este permitiria ao autor modificar, enquanto aquele permite
proibir modificações por terceiros.

Iremos, porém, verificar que quase todos os conteúdos atribuí-
dos ao “direito de modificação” não se justificam.

Desde logo, se modificar é alterar a obra como tal, sem dúvida
que o autor o pode fazer. Mas não o faz no exercício de um direito
de autor, mas no do poder geral de criação, constitucionalmente
consagrado, que se aplica quer à criação da obra quer às modifi-
cações desta. O poeta que retoca indefinidamente uma ode exerce
o poder de criação. Mas aí, afinal, está colocado exatamente nos
mesmos termos que qualquer outra pessoa.

II — Aparentemente, a modificação representaria uma inter-
ferência física sobre a obra. A própria obra seria alterada, e apa-
receria na vida social com uma nova face. Mas tal concepção
resultaria ainda de se confundir a obra e o suporte material.

Vamos supor que se procede à nova edição dum livro.

A primeira edição não foi com isso eliminada. Continua a existir, como obra completa. Referir-se-á normalmente a nova edição, por ser mais aperfeiçoada, ampla ou atualizada, mas nada impede que se prefira a primeira edição, e que se cite, declame ou reproduza essa.

A modificação não arreda portanto a obra primitiva. Antes, significa como que acrescentar à obra primitiva outra obra, cuja essência criadora é todavia idêntica, e que vai portanto ser sujeita pela ordem jurídica a um regime similar ao da primeira.

III — É certo que nalguns casos a modificação se pode fazer sobre o suporte da primeira obra. Daí pode resultar o apagamento dessa primeira obra, por terem desaparecido os seus traços físicos. Mas não desaparecem os efeitos jurídicos que a sua criação produziu, nomeadamente o decurso do prazo de proteção, que se conta sempre a partir da primeira obra¹⁶².

Temos com isto a confirmação de quanto vimos dizendo: a obra não é uma realidade material. Como tal, não é susceptível de ser atingida diretamente. Tudo o que pode acontecer é acrescentar-se à criação antiga uma criação não coincidente, mas com a mesma essência. A isto se chama modificação.

Se as modificações feitas pelo autor não lesam autorizações de utilização feitas a terceiros, a lei não a limita. Nem mesmo quando acarretem a destruição arbitrária do património cultural — e isto ao contrário do que se passa noutras ordens jurídicas.

102. Aspectos não abrangidos

I — Poderia então dizer-se que o direito consiste na faculdade de utilizar a obra modificada.

Mas esse é um direito patrimonial, por natureza. Nunca se poderia encontrar aqui a essência dum direito pessoal.

E o mesmo diríamos da faculdade de autorizar terceiros a utilizar a obra modificada.

II — Se a obra, originariamente, for atribuída a pessoa diferente do criador intelectual, também este tem o poder de impor modificações na obra a utilizar ou explorar a obra assim modificada.

¹⁶² Nos casos em que a proteção se prolonga por um número fixo de anos, como na proteção da obra fotográfica (art. 34).

Esta faculdade nada tem então de pessoal. Não tutela momentos éticos do titular, seja ele pessoa singular ou coletiva. Está ligada ao mero aproveitamento da obra. Como tal, integra-se nos direitos patrimoniais e não no direito pessoal.

Veremos, quando estudarmos as vicissitudes, como se coloca o problema nas aquisições derivadas do direito de autor.

III — Restrições

Não há nenhum princípio geral que compreenda a exclusão do direito de modificar. As restrições que existem, como as dos arts. 71 e 76, respeitam exclusivamente à execução de contratos em que o autor se vinculou, e em nada excluem o direito de operar a modificação fora desses contratos.

Mas como não há direitos absolutos, também a faculdade de modificar pode ser restringida, ou por efeito dos direitos contrapostos, ou por regras específicas destinadas a proteger a cultura.

103. A autorização a terceiros para modificar

I — Não obstante, o art. 25 V inscreve, entre os direitos morais do autor sobre a obra, “o de modificá-la, antes ou depois de utilizada”.

Para determinar o significado, entremos agora no verdadeiro problema que esta matéria suscita. Poderá o autor, aqui entendido como o titular originário do direito, autorizar outros a modificar a obra?

Aparentemente, não pode. O art. 28 declara os direitos morais do autor (e portanto também o direito de modificação) inalienáveis e irrenunciáveis. O direito também não é objeto de sucessão. São sucessíveis apenas as indenizações devidas a terceiros, quando couberem; mas não há aqui na verdade exceção nenhuma, pois o direito à indenização é um direito patrimonial, adquirido em consequência da violação dum direito pessoal, mas perfeitamente autônomo em relação àquele.

Nem sequer o direito de modificação se pode transferir em consequência da cessão total, ou transmissão, do direito de autor. O art. 52 § único indica expressamente o direito de incluir modificações na obra como direito personalíssimo excluído da cessão. Parece assim que o autor pode introduzir modificações na obra (publicando nova edição revista de um livro, por exemplo), mas não pode autorizar outrem a fazê-lo.

II — A realidade não é, porém, essa. Vamos concluí-lo através da análise das numerosas disposições em que, incidentalmente, se fala de modificação do direito de autor.

A primeira observação parece-nos dever ser a de que o direito de modificação só cabe ao autor no que diz respeito a modificações ou atos que possam prejudicar a obra ou atingir o autor na sua reputação ou honra. É a regra expressa do art. 25 IV, uma vez que a restrição final se aplica, não apenas aos *atos*, mas também a *quaisquer modificações*. Se a obra não for prejudicada e a personalidade não for afetada já as modificações não estão vedadas.

E se dúvidas houvesse teríamos a prova na Convenção de Berna, art. 6 *bis*, que inspirou a lei brasileira. As dúvidas que a interpretação do preceito pudesse trazer desfazem-se considerando que o referido preceito fala em atividades *prejudiciais* à honra e reputação. O uso do plural mostra que se pretendem qualificar assim todas as modificações mencionadas.

Por isso, já a propósito do direito à integridade da obra¹⁶³ tivemos oportunidade de acentuar que a lei não contempla nenhuma soberania do autor sobre a sua obra. O direito de modificação tem uma base ética¹⁶⁴.

III — Resulta também de vários lugares que o autor pode autorizar outras pessoas a realizarem modificações na obra¹⁶⁵. Isso vem expresso, ainda que de forma negativa:

1) na edição, art. 67 — pode ser permitida ao editor a realização de abreviações, adições ou modificações;

2) na fotografia, art. 82 § 2º — relativo à reprodução que não esteja em absoluta consonância com a obra;

3) nas representações ou execuções, art. 129, no que respeita à alteração, supressão ou acrescentamento de palavras, frases ou cenas.

¹⁶³ *Supra*, nº 97.

¹⁶⁴ É também a posição da doutrina estrangeira. Cfr. por exemplo Greco, *Beni immateriali*, pág. 187; Hubmann, *Urheber*, § 29 III, por referência ao § 14 da lei alemã. Este último autor, porém, aceitando embora que a proibição de modificações assenta em considerações de defesa da personalidade, observa que o mero interesse na manutenção da conformação dada pelo autor é já digno de proteção, o que torna indefinida a fronteira assinalada.

¹⁶⁵ Sobre a matéria das intervenções lícitas de terceiros cfr. Philadelpho de Azevedo, *Direito Moral*, nomeadamente a págs. 43, 68, 72-73 e 88.

Esta constância, em três casos particularmente importantes¹⁶⁶, demonstra-nos que a integridade da obra na sua forma atual não é imposta ao autor. Ele pode fazer modificações, como pode autorizar outrem a fazê-las na obra. É o juiz único da vantagem e correção destas modificações.

104. Natureza destas autorizações

I — Esta conclusão não se chocará com o art. 28, que declara os direitos morais inalienáveis?

Mesma a aceitarmos que é um direito “moral”, não se choca. O que o preceito veda é a própria cessão dos direitos, de modo que o titular originário deles fique despojado; mas já não impede que se permita o seu exercício num caso concreto. Em termos técnicos, diremos que o artigo exclui a transferência desses direitos a terceiros¹⁶⁷, mas não uma licença que permita a um terceiro uma intervenção que não exclua a atuação do próprio autor. Pode assim o autor consentir numa modificação para efeito de uma representação, por exemplo, mas não pode permitir que um terceiro fique juiz das modificações da obra, despojando-se ele dessa faculdade.

II — Mas parece-nos que a explicação deve ser outra.

Não é por acaso que o art. 25 refere o direito à integridade e o direito de modificar, e em nenhum deles cabe o direito de autorizar modificações.

Na realidade, temos uma situação semelhante no art. 25 III — o direito ao inédito.

A lei garante ao criador intelectual o direito ao inédito. Nunca pode um estranho ser determinante da não publicação de uma obra.

Mas não lhe garante o direito à publicação. Esse não é um direito pessoal, é um direito patrimonial. Terceiro para quem ele o transmita passa a ser determinante do aparecimento da obra, fazendo cessar assim o seu inédito.

¹⁶⁶ Também o art. 32 proíbe reproduzir obra, “a pretexto de melhorá-la”, sem autorização do autor.

¹⁶⁷ Que teria a configuração de oneração e não impediria a sua transferência no caso de transmissão ou cessão total do direito de autor, como resulta do art. 52 § único, para os direitos pessoais não personalíssimos.

Algo semelhante se passa em matéria de modificação. A lei assegura este como direito "personalíssimo"; assegura o direito à integridade, como direito pessoal; mas não diz uma palavra sobre o direito de autorizar modificações da obra. Todavia, esse direito existe, como resulta das numerosas menções específicas que lhe são feitas na lei. Mas é um direito patrimonial, sujeito ao regime destes e não ao dos direitos pessoais. Está abrangido pelo art. 30, que submete à autorização do autor qualquer forma de utilização da obra, "assim como". A licença de modificação é uma das muitas licenças atípicas que a lei consente.

Com isto desaparecem todos os problemas de regime jurídico, pois o direito de autorizar modificações ajusta-se perfeitamente ao regime que para os direitos patrimoniais traça a lei.

III — Assim acontece com o que respeita à *forma* que devem revestir estas autorizações.

A generalidade dos preceitos que referimos nada adianta quanto a exigências de forma.

Parece assim aplicável a regra do art. 53, segundo o qual a cessão total ou parcial dos direitos de autor se fará sempre por escrito.

E, afinal, há um elemento que confirma que para a lei esteve sempre subjacente a exigência de escrito para a outorga do direito de modificação. O art. 129, respeitante às modificações nas representações ou execuções, considera-as ilícitas se elas não forem realizadas com autorização, *por escrito*, do autor.

105. O direito de impor aos utilizadores modificações da obra

I — Vimos que devem ser excluídos como conteúdo possível do direito de modificação:

- 1) A faculdade de modificar a obra;
- 2) A faculdade de utilizar ou de autorizar a utilização por terceiros da obra modificada;
- 3) A faculdade de autorizar terceiros a modificar a obra. Esta cai afinal no âmbito patrimonial.

Resta, como único conteúdo possível, o poder de impor aos utentes modificações na obra.

Seria ainda um poder com fundamentação substancial: a tutela do criador intelectual. Logo, só ao criador intelectual poderia ser atribuído.

Aqui a analogia com o direito de retirada seria grande. Por razões éticas, mesmo os contratos celebrados poderiam ser unilateralmente modificados pelo criador intelectual¹⁶⁸. Mas aqui o arrependimento não levaria à retirada da obra, mas à forma mais branda da imposição da utilização da obra modificada.

II — Semelhante direito não se encontra em geral consagrado. O autor ou retira a obra ou não pode impor alterações. Os direitos pessoais são típicos, não se podendo acrescentar novas faculdades sem base legal. Mesmo indenizando os prejuízos causados, não se lhe pode reconhecer mais este poder geral.

Só o poderá fazer nas hipóteses concretas em que a lei o prevê.

Assim, o art. 76, a propósito da representação cênica, determina que o autor não pode alterar a substância da obra, sem acordo com o empresário que a faz representar. Daqui resulta por um lado que o poder de modificar não é ilimitado, por outro que o autor poderá impor modificações não-substanciais.

É de certa forma da mesma natureza o direito do autor de fazer, nas edições sucessivas das suas obras, as emendas e alterações que bem lhe parecer; mas, se elas impuserem gastos extraordinários ao editor, a este caberá indenização (art. 71).

III — Resta relacionar direito de modificação e direito à integridade.

Como dissemos são complementares. O direito à integridade tem feição negativa: permite contestar modificações. O direito de modificação tem feição positiva: permite impor modificações no exercício.

Também estes dois direitos poderiam ser fundidos num só. Não o fazemos para corresponder, ainda aqui, à tipificação legal.

106. Atribuição do direito pessoal

I — Quem é o titular do direito pessoal?

Adiantamos já que, nesta matéria de titularidade, há que examinar a situação de quatro categorias de intervenientes:

- o criador intelectual;
- o titular originário que não seja criador intelectual;
- os herdeiros do criador intelectual;

¹⁶⁸ Cfr. Dietz, *Droit moral*, 83-86.

— os adquirentes derivados do direito de autor, ou de faculdades neste compreendidas.

No que respeita a estes últimos, limitamo-nos por enquanto a observar que o art. 28 exclui a alienação dos direitos morais. Tudo o resto será deixado para quando estudarmos as vicissitudes.

II — No que respeita aos herdeiros, o art. 25 § 1º determina a transmissão dos direitos compreendidos nos incisos I a IV.

Observamos apenas:

1) que se não pressupõe que o criador intelectual era titular do direito pessoal de autor;

2) que se não pressupõe que os herdeiros hajam adquirido o direito patrimonial. Este pode ter sido alienado em vida ou atribuído *mortis causa* a outras pessoas.

Tudo o resto ficará para quando examinarmos a vicissitude “sucessão”.

III — O criador intelectual só recebe o direito pessoal se tiver a titularidade originária da obra.

Se não tiver essa titularidade, as faculdades pessoais que possa ter reportam-se diretamente ao Direito de Personalidade, e não ao Direito de Autor.

Não tem os direitos ao inédito, de retirada e de modificação.

IV — O titular originário que não for o criador intelectual não tem o direito pessoal de autor.

Não tem o direito à integridade, como vimos, pois a sua honra ou reputação não estão em causa.

Não tem o direito de retirada.

Pode exercer os poderes correspondentes ao direito ao inédito, de modificação, ao nome e à paternidade. Mas supomos que nesses casos se trata de meros poderes patrimoniais.

Não há direito ao inédito, mas o poder patrimonial de divulgar a obra.

Pode fazer as modificações que entender, mas como exercício de direito patrimonial.

Indica o seu nome como autor e pode exigir de terceiros a menção da designação, bem como reivindicar a paternidade da obra.

Só aqui poderíamos encontrar algo que restasse, como faculdades pessoais. Poderiam caber mesmo a pessoa coletiva. Mas pensamos que não basta este direito a que a obra figure em nome do titular para que se fale num direito pessoal de autor. São faculdades

desgarradas, como as que cabem ao inventor que não recebeu a patente — e não há que falar num direito pessoal do inventor.

V — Concluímos assim que o direito pessoal apenas cabe ao criador intelectual que for também o titular originário. Qualquer outra entidade não tem o direito pessoal, mesmo quando lhe couber a titularidade originária. Só poderá ter meras faculdades pessoais desgarradas, que não estão sujeitas necessariamente ao regime global do direito pessoal de autor.

Isto implica a grave conclusão de que não se constitui sempre direito pessoal de autor. Só existe quando a titularidade originária for do criador intelectual. O direito pessoal não surge assim como uma consequência necessária da outorga do direito de autor.

107. Aplicação ao direito de modificar: os sucessores

I — E se o autor falecer, transfere-se aos seus herdeiros o direito de modificação?

Aparentemente não, por força do art. 25 § 1º. Este preceito declara personalíssimo o direito de modificação.

Compreende-se que assim seja. Não se admitiria que o herdeiro dum escritor, por exemplo, procedesse à reforma dos livros por ele escritos. A substância da obra foi fixada pelo autor, e os herdeiros já a não podem atingir.

Há, porém, todas as pequenas alterações, em geral ligadas à utilização da obra, que se podem tornar necessárias. Podem os herdeiros realizá-las, ou autorizar a sua utilização?

Esta matéria já não está compreendida no art. 26 V, como vimos. Trata-se de um direito patrimonial, e como tal é sujeito aos modos de transmissão próprios do direito patrimonial. Conseqüentemente, falecido o autor, o direito de autorizar as modificações relacionadas com a exploração da obra passa aos sucessores de envolta com as demais faculdades compreendidas no direito, nos termos dos arts. 42 e 47. Porque podem autorizar utilizações, os sucessores podem autorizar as modificações reclamadas por aquelas.

II — A confirmação do que dissemos encontra-se nos §§ 2º e 3 do art. 58. Prevê-se aí o falecimento do autor que se comprometeu a entregar obra futura, antes de a completar. O editor pode mandar terminar a obra por outrem, indicando o fato na edição.

Pode também o editor publicar a parte da obra realizada. É-lhe vedado fazê-lo, porém, se o autor manifestou a vontade de só o fazer por inteiro, *ou se assim o decidem os seus herdeiros*.

Quer dizer, perante dois fatos que representam ainda modificações da obra, no sentido amplo que acima referimos, a lei menciona expressamente a possibilidade de intervenção dos herdeiros. Portanto, o direito de autorizar modificações não cessa com a morte do autor, antes permanece em seus sucessores, dada a sua caracterização como direito patrimonial.

Uma vez que se trata do direito patrimonial, transferido em globo, a referência a herdeiros deve ser entendida em sentido amplo e impróprio, de maneira a abranger não só os herdeiros propriamente ditos, mas também os legatários, pois todos esses são os sucessores, credenciados pelo art. 47.

Portanto, o direito de autorizar modificações é um direito patrimonial, e está sujeito ao regime geral destes direitos, e não ao do direito de modificação.

III — Em todo o caso, mesmo aqui há uma distinção que nos parece impor-se. O criador intelectual pode admitir qualquer categoria de modificações. Pode admitir que a partir do seu poema se faça outro poema, a partir do seu quadro outro quadro.

Mas o sucessor não tem este direito de vida ou de morte sobre a obra produzida. Pelo que nos parece que ele poderá apenas autorizar as modificações que sejam exigidas pelo meio de utilização da obra que ele esteja em condições de autorizar. O seu direito de autorizar modificações é sempre instrumental em relação ao direito de utilizar.

Este poder é vasto. Abrange as hipóteses expressas dos arts. 67 e 129. Só para a do art. 82 § 2º, respeitante à obra fotográfica, podem surgir dúvidas em relação a casos mais extremos.

CAPÍTULO II

FACULDADES PATRIMONIAIS

108. Delimitação

I — Passamos ao exame das faculdades patrimoniais, que têm o sentido de reservar para o autor as vantagens econômicas derivadas da exploração da obra.

O setor pessoal e o setor patrimonial esgotam o conteúdo de afetação do direito de autor. Mas isso não quer dizer que não surjam ainda faculdades meramente complementares, que não representam vantagens subjetivas autônomas.

Assim acontece com os poderes de fiscalização do autor, que são instrumentais das faculdades substantivas. Falaremos delas a propósito do direito de autor e dos direitos conexos.

II — Há logo que estabelecer uma primeira distinção:

— faculdades exclusivas

— direitos de remuneração.

Os poderes clássicos compreendem tipicamente exclusivos de exploração econômica.

Mas hoje este exclusivo está longe de esgotar o conteúdo do direito patrimonial. As condições coletivas de exploração fizeram em certos casos cair o exclusivo. Por outro lado, de novas maneiras vai sendo atribuída ao autor a possibilidade de beneficiar pecuniariamente de modos de utilização da obra por terceiros ou até simplesmente de vicissitudes desta. Mas o direito do autor representa então um direito de participação financeira, e não mais um exclusivo de exploração econômica.

Essa situação já se verifica nos casos em que se concedem utilizações livres, mas simultaneamente se impõe o pagamento duma remuneração ao autor. Não tem porém sentido estudar estes casos, que são referentes ao direito de reprodução, fora da própria faculdade de reprodução, pelo fato de o direito do autor ficar reduzido à contrapartida em consequência da utilização alheia.

III — Noutros casos, porém, vai-se mais longe. Concede-se um novo direito, além dos constantes da exploração econômica, mas que desde o início se limita a uma participação financeira.

Hipótese desta índole é-nos dada pelo direito de seqüência. O titular não tem então nenhum direito de autorizar ou não, mas só direito a uma participação econômica.

São figuras restritas, mas em desenvolvimento, o que justifica que lhe concedamos uma atenção específica.

Estes direitos não supõem sequer necessariamente uma exploração econômica por terceiros, podendo ser concedidos independentemente de toda a exploração. Não podem assim ser caracterizados sequer como uma participação na exploração econômica realizada por outrem.

Estas figuras serão estudadas após a exposição do exclusivo de exploração econômica.

IV — Dentro das faculdades patrimoniais, ainda há que estabelecer distinções.

Surgem faculdades mais restritas, compondo regimes especiais, que serão estudados nos lugares respectivos.

Também não referiremos as faculdades que caracterizam a posição do autor, como parte, nos contratos de Direito de Autor.

Não falaremos igualmente na faculdade ou poder de disposição como conteúdo do direito. Basta-nos a remissão para esta problemática na Teoria Geral do Direito, em que se discute a relação entre o poder de dispor e o conteúdo do direito subjetivo¹⁶⁹.

SEÇÃO I O EXCLUSIVO DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

109. Sistema legal. Crítica

I — Vamos agora fixar-nos no conteúdo patrimonial central do direito de autor. Recorde-se que não nos interessam neste momento as vicissitudes, que são estudadas em capítulo próprio; tal como o serão os contratos de Direito de Autor, como a edição, e ainda os regimes especiais.

Os arts. 29 e seguintes estão subordinados à epígrafe: “Dos direitos patrimoniais do autor e sua duração”. O art. 29 não dá ao autor apenas o direito de utilizar e autorizar a utilização. Fala também no direito de fruir e de autorizar a fruição, e no direito de dispor.

Não vamos falar no direito de dispor, que rigorosamente está fora do direito de autor. Observemos apenas que aqui a lei não prevê que o autor autorize outrem a dispor do direito que lhe cabe. Mas não exclui que o transmissionário do direito de autor possa por sua vez dispor dele em benefício de terceiro. Falaremos disto a propósito da transmissão do direito de autor.

II — A colocação no núcleo do direito de autor do “direito de utilizar a obra” não é feliz.

Pergunta-se: se o direito patrimonial assenta no direito de utilizar a obra, porque é este chamado direito patrimonial? O

169 Observe-se apenas que a lei prevê que o transmissionário do direito de autor possa por sua vez fazer ultradisposições do seu direito (art. 39, por exemplo).

direito de utilizar em si nada tem de patrimonial. Até, tratando-se de obra literária ou artística, o direito de utilizar tem um caráter espiritual, parecendo integrar-se antes entre as faculdades pessoais.

Na realidade, por natureza, não podemos falar de um direito de utilizar restrito ao autor. Uma vez quebrado o inédito qualquer um tem o direito de utilizar a obra. Assobia-se na rua uma canção, desenha-se uma estátua, recita-se José Régio... Tudo isto são, parece, utilizações da obra. E neste sentido temos de concluir que o autor usa da obra, tal como outra pessoa.

Mesmo sendo público, esse uso do titular não se distingue do que faz qualquer outro. Pode recitar um poema ou executar uma sonata que a sua atividade é idêntica à dos outros, ainda que o faça em público. Portanto, o autor não está em melhores condições para usar que os outros. O que ele pode fazer é excluir que os outros utilizem publicamente sem autorização.

Daí a ressalva do uso privado. O que a lei reserva ao autor são formas de utilização pública da obra. O uso privado é por natureza alheio ao Direito de Autor, como veremos de seguida. Por isso, os modos reservados ao autor, salvo os de caráter instrumental, são sempre formas de utilização pública da obra.

III — No que respeita aos restantes termos, também a classificação do art. 29 é passível de crítica.

Não há nenhum direito do autor de utilizar, distinto da faculdade que cabe a qualquer pessoa. Em direito de autor, utilizar é sempre fruir — ou seja, retirar proventos, no âmbito justamente daquela esfera que como referimos ficou reservada ao autor¹⁷⁰.

Também não há razão para distinguir “fruir” e “autorizar a utilização”.

O direito de fruir pressupõe o direito de autorizar a utilização da obra, e está implícito na maioria das formas de utilização que referimos. Há uma assimetria na lei quando coloca estas várias formas no mesmo plano. Aí efetivamente já a posição do autor não é a mesma que a de qualquer outra pessoa, mas isto porque se trata do exercício de faculdades estritamente jurídicas, sem qualquer correspondência a formas naturais de utilização.

¹⁷⁰ Em concordância neste aspecto, cfr. Walter Moraes, *Direito Patrimonial*, pág. 64.

110. Reconstrução

I — Ainda dispõe o art. 29 que o autor pode autorizar a fruição por terceiros... Mas autorizar a fruição também não é uma expressão feliz. O autor pode transferir direitos ou conceder licenças a terceiros. Esses poderes referem-se sempre a formas de utilização da obra. Como titular desses poderes o beneficiário poderá por sua vez autorizar outros a utilizar a obra. O exercício, pelo beneficiário, do poder de autorizar, pode ser oneroso. Nisto consiste o direito de fruir, que não resulta de uma transferência autônoma do direito de fruir do autor, mas vem a ser um aspecto do poder de utilizar economicamente a obra que àquele foi atribuído.

A modesta valia desta distinção acaba por resumir-se ao seguinte. Certos atos de autorização permitem apenas a utilização direta da obra; está neste caso a autorização concedida pelo escultor numa exposição com entradas pagas. Noutros casos, o beneficiário pode por sua vez fruir a obra. Mas, em todas as hipóteses, o que é certo é que o autor, ele próprio, está a fruir através dessas autorizações, pelo que a contraposição legal é sempre infeliz. Aliás, o que se afirma da exposição não pode deixar de estar ligado ao aproveitamento do *corpus mechanicum* da obra, como melhor teremos ocasião de ver mais tarde.

II — O que é reservado ao autor é a *utilização, aproveitamento ou exploração econômica* da obra. Expressamente o estabelece o art. 12 da lei italiana; e o § 15 da lei alemã prevê o direito exclusivo de explorar, fruir ou tirar proveito da obra (*verwerten*). E não pode deixar de ser isso que é outorgado pelo Direito de Autor em Portugal, até pela indicação expressa do n.º 2 do art. 67 C.D.A.D.C.: “A garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista econômico, o objeto fundamental da proteção legal”. E encontra-se ainda noutros ordenamentos a recondução destes direitos patrimoniais à exploração econômica da obra.

Também essa é a posição da lei brasileira, não obstante a falta de proclamação genérica do princípio. A utilização que se refere é a utilização econômica da obra. Tudo o que a esta não respeitar não cabe no âmbito do Direito de Autor. Vamos verificar em breve as implicações desta conclusão relativamente ao uso privado.

III — Isto permite-nos ainda formular um princípio interpretativo, que poderá ser prudentemente aplicado.

Se a finalidade da lei não é atribuir o exclusivo, mas o exclusivo como via de atribuição de vantagens patrimoniais, devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra. Um ato que não possa prejudicar em nada a exploração econômica da obra é, por força da teleologia legal, um ato livre.

111. O uso privado

I — Por outro lado, a anomalia da atribuição ao autor do direito de utilizar é contrariada pelo instituto do uso privado, de que falámos há pouco¹⁷¹.

Objetar-se-á que há formas de utilização que estão reservadas ao autor pelo art. 30. Mas repare-se que o que este veda, no inciso IV, é a comunicação ao *público*, direta ou indireta; veremos depois o que retirar desta expressão. Também é certo que no inciso I se proíbe categoricamente a edição sem autorização do autor. Mas a edição é afinal a multiplicação de exemplares, e existe em relação a qualquer obra literária ou artística cujos suportes materiais sejam multiplicáveis. Ora bem, a própria lei esclarece adiante que a reprodução não está reservada ao autor nem depende necessariamente da autorização dele. O art. 49 I refere numerosos casos em que a reprodução não constitui ofensa aos direitos do autor; e o inciso II estabelece em geral que é admitida a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que se não destine à utilização com intuito de lucro.

II — Este último é o preceito legal de maior significado sobre o uso privado. Mas deve ser considerado afloramento de um princípio geral de licitude. O exclusivo do autor não colide com a faculdade genérica de uso privado por qualquer um. O que significa que a esfera do uso privado está fora do círculo reservado ao autor.

A revisão de Estocolmo da Convenção de Berna, ao introduzir o direito de reprodução, admitiu também restrições, desde que não atinjam a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Mas não abrange o uso privado, pois só atinge formas de limitação do exclusivo de exploração econômica.

¹⁷¹ *Supra*, nº 109 II.

III — O princípio deveria ser formulado secamente: o uso privado é livre. Assim fez o § 53/1 da lei alemã. Também a lei francesa (art. 41/2) admite sem nenhuma reserva geral o uso privado não colectivo.

Este princípio deverá depois orientar-nos na interpretação de todas as disposições legais.

Por exemplo, o art. 30 II dispõe que a tradução para qualquer idioma depende de autorização do autor.

Mas é a tradução destinada à exploração da obra que se tem em vista. Fora disso, o autor pode fazê-la nas mesmas condições que qualquer pessoa. A tradução que um estudioso faz para o seu trabalho não é abrangida, ainda que atinja a totalidade da obra.

Surgem depois problemas complexos a propósito do uso privado de entidades coletivas. Por razões derivadas da maneira como a nossa lei as prevê, essas matérias serão versadas no capítulo das utilizações livres.

IV — Todavia, é necessário ir mais longe.

O uso que o titular faz, mesmo sendo público, não se distingue do que faz qualquer outro. Pode recitar um poema ou executar uma sonata que a sua atividade é idêntica à dos outros, ainda que o faça em público. O que ele pode fazer é excluir que os outros utilizem publicamente sem autorização.

112. O intuito de lucro

I — Não há um princípio geral de que só é excluída a atuação de terceiros quando movida por intuito de lucro.

A reserva ao autor da exploração econômica da obra pode levar a excluir atuações que ameacem aquele exclusivo, mesmo que não movidas por intuito lucrativo.

Mas isto não significa que seja irrelevante o intuito de lucro. Nem todas as formas de utilização pública são excluídas.

O art. 49 VI, como aliás outros incisos do mesmo artigo, falamos de utilizações públicas, que são válidas, desde que não haja intuito de lucro.

Mais claro ainda, o art. 73 proíbe as formas de comunicação ao público “que visem a lucro direto ou indireto”. Ficam portanto de fora as formas que não visem o lucro. O § 1º concretiza esta previsão.

Por agora, basta-nos dizer que a representação feita por amadores, em recinto aberto mas não especificamente destinado à realização de espetáculos, e sem comportar entradas pagas, é uma utilização pública — e todavia não está enquadrada na reserva estabelecida por lei. Nas mesmas condições estará uma representação de operários, ou uma representação em colégios ou asilos. Por isso, não terão de ser remuneradas.

Pelo contrário, a exibição dum filme num avião, ou a execução de canções em restaurantes, já exigem autorização. Mesmo não havendo pagamento com a finalidade de assistir àquela forma de comunicação da obra, ela tem, todavia, um objetivo indireto de lucro, levando a clientela a preferir aquele serviço. Cai, portanto, na alçada do direito de autor.

II — A essência do direito patrimonial encontra-se na reserva da exploração econômica da obra. São em qualquer caso excluídas utilizações por terceiro que visem a lucro direto ou indireto, portanto em concorrência com o autor na exploração econômica da obra.

É isto que está subjacente na previsão das várias formas de utilização. Assim, o art. 57, relativo ao contrato de edição, estabelece que o autor adquire o direito de publicar e *explorar* a obra. É a utilização econômica prevista que justifica o dispositivo legal. Da mesma forma, o art. 84 dispõe que a autorização para a produção cinematográfica implica licença para a utilização econômica da película. Portanto, parece que a utilização duma obra, feita por amador, sem qualquer finalidade de lucro, não está sujeita a autorização: é ainda uso privado, e escapa ao direito *patrimonial* do autor.

III — Mas estas observações não podem ser exacerbadas. Não podemos transformar em princípio universal a licitude de utilizações públicas da obra que não sejam movidas por finalidade de lucro.

Isto permite explicar o próprio art. 49 II, que nos deu o ponto de partida.

Permite este a reprodução num único exemplar. Bem pode, efetivamente, a reprodução de vários exemplares da mesma obra ser feita sem intuito de lucro. Mas a lei, aqui, segue a linha da normalidade. Ela estabelece critérios donde infere em abstrato a existência de intuito de lucro, mesmo que este em concreto se não demonstre. Assim acontece no já referido art. 73 § 1º, relativo à

comunicação da obra. Por motivos análogos, considerando que tudo o que seja a reprodução da obra em vários exemplares precede usualmente a exploração econômica da obra, a lei, prudentemente, só libera a reprodução num exemplar único; presume que tudo o que for além disso está preparando uma exploração econômica da obra.

Concluimos, assim, que a essência do direito patrimonial não se encontra num direito de utilização, visto que, quando utiliza, o autor se encontra na mesma posição que qualquer pessoa, mas sim num *exclusivo de exploração econômica da obra*.

IV — De todo o modo, temos comprovada a relevância entre nós do intuito não lucrativo. Não é uma relevância geral, mas ressalta em pontos particulares.

Não se pode deixar de lamentar a ganância dos inspiradores da lei na limitação destas faculdades, esquecendo finalidades sociais, culturais, humanitárias e outras que mereceriam ser acarinhas. Fica assim a lei brasileira muito aquém de leis estrangeiras. Tudo proíbe, com a preocupação de evitar fraudes ou diminuição de lucros.

Outras exceções que estabelecesse em nada atingiam as convenções internacionais. Nomeadamente no que ao direito de reprodução respeita, são justamente estes casos (e não o uso privado) que são abrangidos pela ressalva do art. 9/2 da Convenção de Berna: admitem-se permissões de reprodução da obra em casos especiais, desde que a reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

113. Modalidades

I — Vamos daqui por diante, assentes nestes princípios gerais, concentrar-nos no exclusivo de exploração econômica da obra. E dentro dele podemos proceder ainda a várias distinções.

O art. 30 faz das formas de utilização um rol sem nenhum critério. A principal classificação será aquela que permita arrumar as várias faculdades por suas afinidades.

A lei alemã distingue a exploração corpórea da obra e a comunicação em forma incorpórea (§ 15). É um avanço, mas para isso tem de se separar a exposição da obra das restantes formas

de comunicação da obra ao público; e não se encontra lugar para as transformações e outras alterações da obra.

Pensamos que o caráter corpóreo ou é casual ou não dá base para uma distinção suficiente.

II — Antes, vemos que há formas pelas quais se procede diretamente ao aproveitamento da obra, enquanto que outras são instrumentais em relação a esse aproveitamento. Pelas primeiras se concretiza o exclusivo de exploração econômica da obra; enquanto que as segundas não são exploração em si, são apenas preparatórias desta.

Assim, uma exposição proporciona o gozo da obra; mas não a reprodução, que é meramente preparatória desse momento final.

A lei, querendo assegurar melhor o autor, vai proporcionar-lhe, não apenas o exclusivo de exploração econômica, mas ainda certos atos que em si não são exploração econômica, mas que a lei tutela já porque quer colocar mais longe e tornar mais seguros os limites do exclusivo do autor.

Isto tem uma consequência muito importante no regime. Veremos já a seguir, quando falarmos da indeterminação das faculdades que são conteúdo do direito de autor.

III — Faremos ainda uma advertência. Costuma dizer-se que são reservadas as utilizações *públicas* da obra. Mas verdadeiramente, o qualificativo só se ajusta à primeira categoria, a exploração econômica da obra.

Os atos que forem meramente instrumentais podem fazer-se sem publicidade. O que interessa é que essas formas de utilização são abstratamente preparatórias duma utilização pública. Por isso a lei, para maior garantia, logo as reserva ao autor.

114. Enunciação das faculdades concedidas

I — Faculdades instrumentais

São instrumentais da exploração econômica as seguintes faculdades:

- 1) Fixação em aparelho destinado à reprodução mecânica, elétrica, eletrônica ou química;
- 2) Reprodução, nas suas diversas formas;
- 3) Transformações, também nas suas várias modalidades;

- 4) Inclusão em obra diferente;
- 5) Modificação, como faculdade patrimonial;
- 6) Pôr em circulação.

Sobre este último, será necessário verificar se há entre nós algum direito com estas características. Estará em causa sobretudo o chamado direito de distribuição, comercialização ou destinação. A este propósito se considerarão a venda e o aluguel de exemplares.

II — Modalidades de exploração econômica:

1) “Apresentação” (presencial)

As formas que designamos de apresentação (pública) são a:

a) representação;

b) recitação (ou declamação);

c) execução;

d) exposição;

e) exibição cinematográfica.

2) Representação de obras fixadas

3) Comunicação a ambiente diferente, incluindo a radiodifusão

4) Construção (de obra arquitetônica).

III — Não se exclui, aliás, que, na parte especial, se encontrem ainda novas formas de utilização que a estas não se reduzam.

115. Princípios caracterizadores. Liberdade

I — Enunciam-se vários princípios caracterizadores do exercício patrimonial do direito de autor.

Em primeiro lugar, temos o princípio da liberdade: só o autor é juiz da escolha dos processos e das condições de utilização e exploração da obra.

Tão grande limitação toca as raias do arbítrio. O privilegiar das motivações individuais faz passar para segundo plano o interesse coletivo que também pode haver na utilização da obra.

O preceito só fala nas modalidades de utilizar e não da própria decisão de utilizar ou não utilizar. Mas não se vê como uma decisão negativa, mesmo arbitrária, pode ser contrariada. Quando muito se poderá falar em todos os casos numa intervenção do abuso do direito, que só poderia contudo ser lateral. Diferente é o caso no que respeita a faculdades derivadas de utilização, como veremos.

II — Tradicionalmente, e porventura em decorrência da concepção do direito de autor como propriedade, previa-se a expropriação por utilidade pública do direito de autor.

Semelhante previsão tende a ser eliminada, e pensamos que representa realmente uma reação excessiva, desproporcionada perante o objetivo que se propõe.

Mas, então, ocorre substituí-la por meios mais aperfeiçoados de defesa social, como a licença compulsória. E isso não se tem verificado.

Se um autor de primeiro plano proíbe a utilização da obra no Brasil, por inimizade ou por outra razão arbitrária, não haverá maneira de remediar a perda cultural que isso acarreta?

A Convenção Universal prevê licenças compulsórias de tradução. Mas isso não se encontra sequer na lei interna.

Também se alguém, por ganância, não explora um direito de maneira a satisfazer as necessidades razoáveis do público, porque, por qualquer razão, assim tira mais lucros, a sociedade não tem nenhuns meios de defesa. E repare-se que a situação é a mesma se não for o criador intelectual mas um adquirente derivado quem procede assim.

Mais uma vez, a lei atual não encontrou o ponto de equilíbrio entre os vários interesses que devem ser compostos pelo direito de autor.

116. Indeterminação

I — As faculdades ou direitos exclusivos não são taxativos. Num duplo sentido:

1) porque a lei é exemplificativa. Dependem de autorização do autor qualquer forma de utilização, “assim como: ...” (art. 30, proêmio);

2) porque se concorda que a atribuição é feita de maneira a abranger qualquer modo conhecido ou que de futuro o venha a ser.

O direito de exploração econômica é assim curiosamente apresentado como um tipo em aberto, cujo conteúdo se irá completando à medida que o progresso tecnológico traga novas formas de aproveitamento da obra. A previsão não é ociosa: numerosas formas novas de aproveitamento têm surgido nos últimos anos.

Mesmo assim, não há grande afastamento de figuras correntes. Também a propriedade, caracterizada pela atribuição duma universalidade de poderes, está aberta à aquisição de mais faculdades concretas à medida que a evolução se processa.

II — No entanto, a técnica adotada no Direito de Autor não é tão evidente como possa parecer. A lei alemã só na última versão

abandonou o princípio da tipicidade, e mesmo assim limitando-se aos núcleos da exploração corpórea e da comunicação incorpórea¹⁷². A indefinição de algumas possíveis faculdades aconselharia uma maior prudência na lei portuguesa. Mesmo a Convenção de Berna continua a enunciar faculdades específicas, e até um direito tão importante como o de reprodução só foi introduzido na revisão de Estocolmo de 1967.

III — Tipicidade das faculdades instrumentais

Em todo o caso, há uma limitação que decorre por natureza da classificação das faculdades em substanciais e instrumentais, e que para nós é a fundamental.

Enquanto as primeiras não são típicas, bastando que se amoldem ao conceito de exploração econômica, as segundas, por não corresponderem já a nenhum conceito, são típicas. Caso por caso teremos de ver quais os atos preparatórios que a lei reservou ao autor. Doutra maneira não seria possível avançar, pois as fronteiras do que seja ou não preparatório são vagas. Não há nenhuma determinação geral do que todo o ato, que conceitualmente possa ser considerado preparatório, está reservado ao autor.

De fato, não é possível admitir que o autor possa vincular livremente os exemplares da obra em poder de terceiros, o que aconteceria se se pudessem sempre criar novos direitos. Isso provocaria vinculações ocultas e monopólios indesejáveis.

Por outro lado, as faculdades instrumentais, justamente porque instrumentais, só são restringidas quando preludiam atos de exploração direta. Mas esse objetivo pode inferir-se das circunstâncias, por exemplo, através do número de exemplares reproduzidos e do caráter empresarial da atividade.

Já os exemplares que foram livremente obtidos (uma cópia manuscrita, por exemplo) são livres e podem circular sem restrições.

117. Autonomia

I — As diversas formas de utilização da obra são independentes, estabelece o art. 35. Pode, portanto, ceder-se uma faculdade a *A* e outra a *B*.

¹⁷² Cfr. Ulmer, *Urheber*, 224, fixando mais precisamente as fronteiras da proteção; v. Ungern-Sternberg, in *Urheberrecht Kommentar* de Schricker, § 15, que afirma mesmo que a descrição legal das faculdades atuais é exaustiva.

Essa independência também beneficia pessoas que tenham sido destinatárias de autorizações do autor. Desde que o direito que lhes foi atribuído contenha várias faculdades, também eles podem fazer o exercício independente.

Assim, o autor que concedeu a edição não está impedido de conceder a autorização para a adaptação cinematográfica, ou realizá-la ele próprio¹⁷³.

II — Este princípio traz dificuldades quando a utilização final das obras supõe a conjugação de várias faculdades. Desde que haja uma nova forma de utilização da obra, tem de haver nova autorização. Mas compreende-se que o autor autorize a adaptação e a produção cinematográficas e depois venha a recusar a distribuição ou a exibição, por exemplo?

Veremos adiante, a propósito da obra cinematográfica, como a lei resolve este problema. Mas é necessário estabelecer o princípio geral. Seria muito inseguro remeter tudo para o abuso do direito ou para o comportamento contraditório.

Há que distinguir consoante as faculdades se colocam lado a lado, ou horizontalmente, e como se encadeiam umas nas outras em relação a um único resultado final.

No primeiro caso cada faculdade é autonomamente exercida.

No segundo, não deixa de haver faculdades autônomas, mas na outorga de uma faculdade que inequivocamente se dirija a um resultado final tem de estar implícita a autorização para as fases seguintes.

Nesse caso, deve considerar-se que o autor autorizou já todas as operações subseqüentes — o que não contraria a autonomia ou a distinção das faculdades.

III — Este entendimento não implica que a remuneração obtida cubra já todas as outras faculdades.

Pelo fato de haver uma autorização implícita, não se segue que o autor se deva já considerar remunerado com a primeira autorização.

Bem pode, na verdade, acontecer que se conclua que o autor já esgotou o seu poder de autorizar as fases subseqüentes, mas terá ainda de ser autonomamente remunerado por estas. É problema diferente.

¹⁷³ Já não é possível inferir daqui que em princípio as autorizações dadas não são exclusivas.

Temos, assim, que a autonomia das várias faculdades não exclui que haja consentimentos implícitos; e que a admissão destes consentimentos não implica que não haja que proceder a uma remuneração autônoma em contrapartida do exercício de cada nova faculdade.

Esta problemática geral deverá ser ainda retomada no capítulo da autonomia privada¹⁷⁴.

SEÇÃO II FACULDADES INSTRUMENTAIS

Subseção I FIXAÇÃO

118. Fixação e reprodução

I — Passando às faculdades ou direitos que são instrumentais em relação à exploração econômica, temos desde logo a fixação da obra.

Já sabemos que a obra intelectual é independente do seu suporte material (art. 38). Excepcionalmente, a lei condiciona a proteção das obras coreográficas ou pantomímicas a uma fixação. Há ainda obras que por natureza supõem uma fixação, como as obras audiovisuais, pelo menos para a utilização da obra.

Mas a criação dum suporte não se confunde com a figura-base da fixação, como atividade instrumental para a exploração econômica da obra.

Desde logo há que verificar se este direito se autonomiza do de reprodução, ou se se poderá considerar abrangido nele.

A reprodução corpórea, embora prevalentemente esteja ligada a uma idéia de pluralidade, tem sido ampliada de maneira a abranger a reprodução em exemplar único. Toda a fixação poderia assim ser entendida como uma reprodução, mesmo que originasse um único exemplar. Assim acontece antes de mais no direito francês, mas porque este reduz todas as faculdades à reprodução

¹⁷⁴ *Infra*, nº 274.