

SEÇÃO II

DIREITOS PATRIMONIAIS

213. A “cessão” e suas modalidades

I — No que respeita aos direitos patrimoniais o panorama é diferente. A lei admite com toda a vastidão a cessão do direito de autor, nos arts. 52 e seguintes. Não nos ocupa agora a pretensa cessão originária do direito de autor, de que falamos já inicialmente, a propósito da atribuição do direito.

O art. 52 indica várias modalidades de cessão, pretendendo claramente abranger todas as figuras. Interessa-nos aqui a cessão, total ou parcial, a título singular. A lei esclarece que essa transmissão pode ser realizada pelo autor ou por seus sucessores, sendo sucessores as entidades generosamente englobadas pelo art. 47: veremos depois a importância desta previsão. Esclarece ainda que pode ser feita pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais, o que tem a virtude de excluir destes atos de alienação o representante com poderes legais.

II — Nesta análise vamos seguir uma ordem diferente da que seguimos a propósito dos direitos pessoais. Dissemos já que no respeitante ao direito patrimonial de autor não há que distinguir vicissitudes em vida e por morte. Faremos só ligeiras observações sobre as causas de atribuição por morte para fazer depois o estudo conjunto dos efeitos que, em vida ou por morte, se podem obter sobre o direito de autor.

A lei admite amplamente a sucessão no direito patrimonial de autor. Só ficarão excluídos aqueles direitos que são reservados ao criador intelectual.

III — Todavia, verificaremos que neste núcleo muito amplo dos atos chamados de cessão, vamos ter de distinguir como figuras perfeitamente caracterizadas, e tecnicamente muito diferentes:

- transmissão
- oneração
- licença ou autorização
- sucessão.

A transmissão é a cessão total, ou pelo menos global.

A oneração é a constituição de um direito derivado. Nela se compreendem as chamadas cessões parciais.

A licença cria um direito não exclusivo de utilização.

Vamos demonstrar o que afirmamos, desenvolvendo sucessivamente estas figuras.

214. A transmissão ou cessão total

I — A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que compõem o direito são transmitidas em globo, *uti universi*, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada por si. A cessão global é assim compatível com a reserva de faculdades determinadas, ou com a alienação prévia a terceiro de certos poderes: o que interessa é que o conjunto seja transferido, de modo que tudo o que não é especificado entre na alienação.

II — A alienação global do direito de autor é admitida, pelos direitos latinos, mas não por ordens jurídicas como a alemã²⁹¹.

Supomos que a razão está com estas últimas, e que é este um campo em que urgentemente é necessária a intervenção da lei para afastar uma liberdade contratual que acaba por se virar contra o autor, que é a parte mais fraca.

De fato, as transmissões do direito de autor são muitas vezes impostas aos criadores intelectuais pelas empresas a que estes têm de recorrer para a publicação ou comercialização das suas obras. Quando estes não estão em condições de ameaçar com a mudança de empresário, a cláusula de cessão global do direito é uma cláusula a que não podem fugir. Isso significa que, para conseguir as vantagens de uma primeira utilização, o criador intelectual tem de pagar o amargo preço da renúncia a todas as utilizações posteriores.

Na realidade, dificilmente se compreende que a generalidade das utilizações, que são o conteúdo do direito de autor, passem para quem vai fazer um tipo de utilização determinado. Se eventualmente a obra tem êxito e se pensa numa adaptação cinematográfica, num arranjo musical, numa tradução, é o autor quem deve beneficiar com o fato. Os utilizadores têm a possibilidade de indicar

²⁹¹ Já hoje Hammes, *Direito de Autor*, págs. 50-51, pretende que o direito de autor permanece fundamentalmente com o criador intelectual, mas a afirmação é arbitrária perante a lei brasileira.

especificamente quais os tipos de utilização que pretendem adquirir²⁹².

Pensamos, pois, que a transmissão em vida do direito de autor devia ser proibida por lei. Esta restrição da liberdade do criador intelectual seria gostosamente festejada por este e não traria prejuízos à utilização normal das obras: só afastaria os ganhos de acaso obtidos à custa dos autores.

Infelizmente as nossas leis só aparentemente são sensíveis à defesa do autor. Encapotadamente, são muito mais destinadas à tutela dos intermediários e das empresas que realizam a exploração do direito de autor.

III — Há, porém, que perguntar se na lei brasileira não se encontra uma consagração, ao menos parcial, deste ponto de vista. Resultaria da Lei nº 6.533, que regula as profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões, e que exclui a cessão ou promessa de “cessão de direitos autorais e conexos”.

É um fato, em qualquer caso, que a cessão total de direitos dos artistas está excluída. O que cria uma anomalia, uma vez que se não compreende que se exclua a cessão total do direito do artista e se admita a do autor.

Mas a repercussão não será mais profunda? A solução da dúvida vai obrigar-nos a antecipar esta matéria, que deveria ser tratada somente a propósito das vicissitudes dos direitos dos artistas²⁹³. Será objeto do número seguinte.

215. A disciplina das profissões de artista e técnico em espetáculos de diversões

I — O art. 13 da Lei nº 6.533, de 24 de Maio de 1978, que disciplina as profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões, dispõe que “não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos (!) decorrentes da prestação de serviços profissionais”. Pareceria, assim, que o preceito atribui direitos autorais aos artistas.

²⁹² Neste sentido também Walter Moraes, *Questões*, pág. 73, mas não nos parece que já hoje a lei exija a especificação dos direitos transmitidos, como ele pretende na pág. 75.

²⁹³ *Infra*, nº 359.

Mas simultaneamente mencionam-se os técnicos de diversões. Estes são profissionais que, mesmo com caráter auxiliar, participam de uma atividade ligada diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções²⁹⁴. Não se vê como o técnico de espetáculos pode ser também titular de direitos autorais.

II — Nova dificuldade provém de o mesmo art. 13 proibir a cessão de direitos autorais e *conexos*. Não se entende, então, onde fica espaço para haver ainda direitos conexos, além dos autorais. Mas pode aplicar-se a distinção à diversidade entre artistas e técnicos de diversões. Os artistas teriam, segundo a lei, direitos autorais; os técnicos, direitos conexos. Por mais gritante que seja falar de direitos conexos de meros técnicos.

Dispondo o art. 13 que não será permitida a cessão de *direitos autorais e conexos* decorrentes da prestação de serviços profissionais, pode concluir-se que a regra permissiva da LDA teria sido derogada quando houvesse criação de obra no desempenho de serviços profissionais desta ordem.

III — Mas não é assim. A referência deverá ser interpretada à luz do art. 2 I da mesma lei, para o qual é artista “o profissional que *cria*, interpreta ou executa *obra de caráter cultural* de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública...”. Portanto, relaciona-se a atividade do artista como uma criação cultural. Com fundamento nesta qualificação ambígua, fala-se num direito autoral do artista.

Seria, porém, errôneo extrapolar da Lei nº 6.533 a proibição da transmissão do direito de autor. Aquela lei tem o âmbito perfeitamente demarcado aos profissionais artistas e técnicos em espetáculos de diversões (ementa e art. 1º). Apesar de alguma flutuação lingüística, visível nomeadamente no art. 2º, dela não se poderia retirar o resultado surpreendente de uma alteração profunda no campo diverso do direito de autor²⁹⁵.

Sendo assim, os pretensos “direitos autorais” dos artistas não se confundem com o verdadeiro direito de autor. Tudo se reduz

²⁹⁴ Art. 2 II.

²⁹⁵ Corretamente neste sentido, cfr. o Ac. TJERJ de 8.2.94, proferido na Apelação Cível nº 6.453/93 (rel. Des. Marcus Faver), acentuando que a Lei nº 6.533 não revogou o art. 52 da Lei nº 5.988, porque o artista não cria obra nova.

a uma qualificação específica desta lei, mas visando apenas as prestações dos artistas intérpretes ou executantes.

Nestes termos, o referido art. 13 em nada atinge o direito de autor em sentido próprio. Pelo que deixa intocada a regra da LDA que permite a cessão total de direitos autorais.

216. Os direitos excluídos da transmissão

I — A generosa admissão da transmissão (total) encontra limites. Nem todos os direitos do autor são abrangidos pela transmissão global.

Responde o art. 52 § único: ao tendencial enquadramento de todos os direitos fazem exceção:

- os de natureza personalíssima
- os expressamente excluídos por lei.

Esta última categoria compreende-se por si: sempre que a lei considerar um poder inalienável ele não será abrangido na transmissão global. O problema é só o de determinar os casos em que os poderes são declarados inalienáveis — fora dos direitos pessoais, sobre os quais veremos posteriormente o que pensar.

Só conhecemos uma hipótese: o chamado direito de seqüência. O art. 39 atribui este direito ao “autor”, e considera-o “inalienável e irrenunciável”. Isto significa que o “autor” é aqui só o titular originário. Tem de ser assim, pois como vimos o direito de seqüência é uma defesa do criador intelectual sobre o lucro realizado por outros em caso de alienação da sua obra, portanto por natureza este direito não pode ser englobado na alienação: cabe só ao criador intelectual.

II — Por outro lado, são excluídos da transmissão os *direitos personalíssimos*.

Já vimos na secção anterior o que entender por esta expressão: são os direitos insusceptíveis de separação da pessoa do titular.

Isto abre a possibilidade de haver direitos patrimoniais que todavia sejam “personalíssimos”. Aliás, já o direito de seqüência o é.

Não temos, porém, conhecimento de nenhum outro direito patrimonial que deva ser qualificado como personalíssimo.

III — O art. 52 § único deixa subsistir logo um problema: os direitos excluídos da transmissão não poderão ser objeto de sucessão?

Com efeito, os direitos são excluídos em caso de transmissão, mas a transmissão é fenómeno diverso da sucessão.

É este o ponto que examinaremos, logo após a análise da posição do direito de seqüência.

217. Regime da Transmissão

I — Fonte

A cessão é negocial na normalidade dos casos. Mas surgem hipóteses em que a fonte é diversa. Fala-se normalmente em casos de cessão presumida.

Foi mencionado a este propósito o art. 92, que atribui ao editor o direito de utilização econômica dos escritos publicados na imprensa, não assinados, ou que não contenham menção de reserva. Mas aí o problema parece-nos ser diferente, pois há a atribuição originária à empresa da titularidade desses escritos. A publicação representa uma obra coletiva, como dissemos no lugar respectivo.

Verdadeiras cessões presumidas se estabelecem porém:

1) para a obra fotográfica, no art. 56, em consequência da tradição do negativo ou de meio de reprodução análogo;

2) para a obra em colaboração, no art. 55, em consequência da omissão dos nomes de certos colaboradores, e sob a reserva de que se não entenda que há também uma aquisição originária pelos colaboradores cujo nome for divulgado.

Haverá ainda a “cessão parcial” no art. 80, relativo à obra de arte plástica. Mas este exigirá um exame atento no capítulo que lhe será dedicado.

II — Sendo a fonte negocial, há um regime geral, que é o constante particularmente dos arts. 52 e seguintes.

Mas esta é matéria de autonomia privada: e no geral aqueles princípios são comuns às transmissões e a outros negócios com efeitos de direito autoral. Vamos por isso deixar o estudo desenvolvido da matéria para o capítulo sobre autonomia privada.

III — Pode haver “cessões parciais” *temporárias*: nisto não há dúvida. Mas cremos que a própria cessão total pode ser temporária. A sua admissibilidade resulta da teoria geral, pois mesmo uma propriedade temporária, como uma propriedade condicionada, é admissível²⁹⁶. Nos mesmos termos, podem fazer-se atribuições tem-

²⁹⁶ Cfr. o nosso *Direito Civil-Reais*, nº 229.

porárias do direito de autor. O problema passa a ser o de saber se se lhes aplica a totalidade do regime que a lei traçou para as transmissões definitivas.

218. Direito de seqüência

I — Os maiores problemas giram à volta deste direito.

O art. 39 declara beneficiário o “autor”. Já sabemos que, quer os titulares originários que não forem criadores intelectuais, quer os adquirentes *inter vivos*, estão excluídos deste benefício²⁹⁷.

O art. 14 *ter/1* da Convenção de Berna considera beneficiário “o *autor* ou, após a sua morte, as pessoas ou instituições que a legislação nacional considera legítimas”. Mas só após “a primeira cessão praticada *pelo autor*”. O autor é aqui, claramente, o titular originário. O direito só existe quando a primeira alienação foi praticada pelo autor.

O mesmo diremos da lei brasileira. Se um quadro se integra na herança e os herdeiros do autor o alienam, não gozam de direito de seqüência em relação a ulteriores alienações. O fim do direito, já sabemos, é resguardar o criador intelectual das consequências de alienações precipitadas ou forçadas e, ainda, fazê-lo participar de lucros obtidos através da sua obra ou exemplar.

Com isto concluímos que “O autor, que alienar...” (art. 39), é exclusivamente o criador intelectual que tiver alienado.

II — Suponhamos agora que o criador intelectual alienou e, já após a sua morte, o bem volta a ser alienado, com lucro. Os adquirentes *mortis causa* podem participar desse lucro? Pode invocar-se neste sentido o art. 14 *ter/1* da Convenção de Berna, mas este não tem carácter injuntivo.

Há que distinguir:

— os transmissários por morte

— os sucessores em sentido próprio (herdeiros).

Quanto aos primeiros, a dúvida suscita-se se houver uma atribuição a título singular de um direito de autor, sobre obra de arte ou manuscrito que se alienou. Não há, porém, razão nenhuma

²⁹⁷ *Supra*, n.º 373.

para distinguir transmissários em vida e transmissários por morte. Assim como aqueles nunca poderão ter o direito de seqüência, também estes não o poderão ter. E tal como os primeiros, nunca lhes poderá caber o exercício do direito, pois a lei só admite que adquiram pretensões já concretizadas.

Já a situação dos herdeiros pode ser diferente. Eles não podem reclamar esse direito invocando a sua posição pessoal. Não é por terem poderes funcionais de caráter pessoal que terão direito de seqüência. Por outro lado, o direito de seqüência é patrimonial e não pessoal.

Mas pode a lei permitir-lhes intervir quando houver nova alienação daqueles bens, após a morte do autor. Não há as mesmas razões de tutela; mas pode invocar-se a tendencial sucessibilidade dos direitos patrimoniais, não havendo disposição em contrário. Em todo o caso, isso só poderia acontecer se o direito de autor estivesse integrado na herança.

Esta distinção baseia-se na *ratio* do preceito, não em precisa disposição da lei. E pode até objetar-se que a lei nada exclui da sucessão. Em todo o caso, a interpretação jurídica é antes de mais uma interpretação pelo sentido: e é este que nos permite concluir que onde o art. 39 refere o autor, tem em vista apenas o criador intelectual.

Em conclusão: o direito de seqüência em si é excluído da sucessão. Mas os herdeiros poderão ainda beneficiar da mais valia havida sobre alienação realizada em vida do criador intelectual, resultante da primeira alienação concretizada após a morte daquele.

219. A sucessibilidade

I — A lei admite amplamente a sucessão no direito de autor.

Com isto vai muito além do art. 5 XXVII da Constituição, que apenas assegura a “transmissão” aos herdeiros do autor.

Para isso adota um conceito amplo de *sucessor*, constante do art. 47, em que abrange também “o cônjuge, os legatários e cessionários”.

Para o que nos interessa, é segura a possibilidade de o direito de autor ser objeto de legado. Também o art. 52 prevê expressamente os negócios de cessão realizados por sucessores, “a título universal ou singular”. Só a chamada sucessão a título universal é

quanto a nós a sucessão verdadeira²⁹⁸; e dentro desta, unicamente nos ocupa a sucessão *mortis causa*. Mas para a definição do seu regime não podemos deixar de examinar alguns aspectos relativos à chamada sucessão a título singular.

Não havendo sucessores, a obra cairá no domínio público (art. 48 I).

Já vimos o que pensar da sucessão de direitos pessoais. Quanto aos direitos patrimoniais, passam por morte do autor aos seus sucessores, nos termos dos arts. 42 e seguintes. A lei não exclui quaisquer direitos.

II — Não nos vai ocupar neste momento a sucessão dos cessionários. Esta obedece aos princípios gerais enquanto se realiza durante a vida do titular original; não está sujeita a regras próprias do direito de autor. Aplica-se por isso o princípio da tendencial sucessibilidade dos direitos patrimoniais.

Problemas só surgem quando um direito derivado é concedido *intuitu personae*. Nessa altura também a sucessão deve ser excluída. Podemos estabelecer o princípio, tendencial embora, de que, quando um direito for intransmissível, também se deve considerar insucessível²⁹⁹.

220. Os sucessores

I — O entendimento de *sucessores* é, porém, muito particular na lei dos direitos autorais, longe de tudo o que poderia resultar do conceito técnico de sucessão. É uma amálgama em que se incluem os “herdeiros” até ao 2º grau, o cônjuge, os legatários e os cessionários. Estes (e só estes) são os sucessores *do autor*. Parece claro que nestas disposições *autor* tem de ser entendido como o titular originário, pois os titulares derivados caem na categoria dos sucessores.

II — É estranha, e não parece justificável, a limitação que se faz ao 2º grau, na linha reta ou colateral. Se a regra geral, constante do art. 1.612 do Código Civil, é a de que são sucessíveis legítimos os colaterais até ao 4º grau, por que esta limitação específica em matéria de direito de autor? As motivações da sucessão legítima

²⁹⁸ Cfr. o nosso *Direito Civil-Sucessões*, n.ºs 212 a 220, particularmente n.º 218.

²⁹⁹ Neste sentido Hubmann, *Urheber*, § 41 IV 5.

não são aqui igualmente aplicáveis? E compreende-se que o direito de autor possa ser atribuído em legado a qualquer estranho, mas que não passe por sucessão legítima a um sobrinho ou a um primo direto?

Pior ainda: se o autor falecer deixando unicamente um bisneto, o direito de autor cai no domínio público. A lei limita expressamente ao 2º grau a sucessão, mesmo na linha reta. É uma consequência que nos parece a todas as luzes de reprovar, e que caracteriza bem a intenção restritiva da lei. Mas desta encontraremos numerosas outras manifestações.

III — O cônjuge, os legatários e os cessionários são, portanto, os restantes beneficiários da proteção *post mortem*.

O Estado é excluído. Não há qualquer possibilidade de confusão entre a queda no domínio público e a devolução da herança ao Estado. A competência atribuída ao Estado pelo art. 25 § 2º não supõe a titularidade do direito de autor.

221. Herdeiro e prerrogativas pessoais

I — A atribuição a herdeiro testamentário não oferece nenhuma especialidade em relação a qualquer outro herdeiro.

O objeto desta sucessão pode ser livremente fixado — quer o direito de autor na sua globalidade, quer faculdades deste derivadas.

São ainda admitidas disposições a título de pré-legado, de legado por conta da legítima e de legado em substituição da legítima.

Na progressão, são admitidas com igual amplitude disposições a título singular, por meio de legado.

Só em casos como o do direito de seqüência há que perguntar se não há diferença entre herdeiro e legatário. Poderia também tentar-se a moldagem mais geral de um princípio segundo o qual seria possível, mesmo em relação a direitos reservados do criador intelectual, a aquisição derivada de faculdades já concretizadas em vida daquele, embora não exercidas por ele.

II — Os herdeiros legais são todos os admitidos em geral no Direito das Sucessões ou só os herdeiros até o segundo grau, nos termos do art. 47?

Suponhamos que o titular originário morre intestado, deixando apenas um tio, portanto um parente em 3º grau. Este não recebe

o direito patrimonial, nos termos do art. 47. Mas receberá as prerrogativas pessoais, dada a sua qualidade de herdeiro?

Não certamente. Seria anômalo que recebesse as prerrogativas pessoais e o direito patrimonial caísse no domínio público. Na realidade, é mais fácil ter título para receber o direito patrimonial que as prerrogativas pessoais. Quem não tem título para receber o direito patrimonial também não o tem para receber as prerrogativas pessoais.

Concluimos assim que o art. 47 leva por arrastamento a reduzir a sucessão em prerrogativas pessoais ao 2º grau também. Aliás, o art. 47 fala em sucessores “para os efeitos desta lei”, e estes não se limitam aos efeitos patrimoniais.

III — Falamos em prerrogativas pessoais do herdeiro, que lhe dão legitimidade para defender situações que haviam sido *de cuius*. Todos os sucessores participarão dessas prerrogativas pessoais?

Essas prerrogativas pessoais beneficiam os herdeiros, nos termos do art. 25 § 1º, devidamente interpretado. A previsão abrange os herdeiros testamentários?

Seguramente que pode ser chamado à sucessão, por maioria de razão, visto o art. 47 admitir a “sucessão” em benefício de legatários.

Todo o herdeiro, com a sua qualidade essencialmente pessoal, está qualificado para o exercício daqueles direitos, pelo que nenhuma razão leva a considerá-lo excluído pelo art. 25 § 1º, se for testamentário.

Portanto, os herdeiros testamentários também estão qualificados para exercer funcionalmente prerrogativas pessoais.

Pelo contrário, qualquer transmissário de direito de autor não goza destas prerrogativas pessoais. Elas são intrinsecamente indissociáveis da qualidade de herdeiro.

A conclusão é assim a de que, ainda que haja atribuição por morte do direito de autor a pessoa diferente do herdeiro, apenas ao herdeiro poderá caber a defesa das prerrogativas pessoais de autor.

222. Limites da sucessão

I — Para além do que dissemos já sobre direitos pessoais e sucessão, há que fixarmo-nos melhor na figura da sucessão.

Em princípio, o sucessor tem todos os direitos, tal como titular originário. Mas sabemos que já na sucessão *mortis causa* comum essa correspondência não é perfeita. Aqui também não é. Em certos casos o sucessor tem uma posição subordinada ou restringida em relação ao titular originário.

Manifestações da posição subordinada do sucessor são numerosas.

Também acontece, prolongando a mesma linha, que o sucessor tenha menos poderes que aqueles que cabiam ao titular originário. Assim, dispõe o art. 34 que os sucessores não podem reproduzir versões anteriores, quando o autor tiver aprontado uma versão definitiva. Mas o próprio criador intelectual não estava impedido de difundir essas versões anteriores. Após a morte do autor, porém, elas só poderão ser difundidas de novo quando correr o prazo necessário para a queda da obra no domínio público.

II — Os sucessores têm legitimidade para ceder o direito *inter vivos*: é o que dispõe o art. 52, que esclarece expressamente que essa cessão pode ser feita pelos sucessores “a título universal ou singular” — portanto, traduzindo a técnica legal, quer pelos herdeiros, quer pelos legatários ou cessionários.

Mas pode haver nova sucessão em caso de morte de um sucessor? Só nos interessa agora a verdadeira sucessão *mortis causa*.

Supomos que a resposta deve ser negativa, na generalidade.

A sucessão legal de sucessores está excluída.

Os arts. 42 a 47 só prevêm sucessão para sucessores do *autor*. O autor, já o dissemos, é aqui o titular originário, é aquele cujos direitos perduram por toda a vida, nos termos do art. 42. Não se compreenderia, aliás, que a lei limitasse rigidamente o círculo dos sucessores no art. 47, e fosse depois admitir uma livre aquisição pelos sucessores dos sucessores.

Também a sucessão testamentária está excluída.

Com efeito, os sucessores são distribuídos por duas categorias nos §§ 1º e 2º do art. 42.

O § 1º refere os filhos (e não os descendentes), os pais (e não os ascendentes) e o cônjuge. Estes recebem o direito por toda a vida³⁰⁰.

³⁰⁰ A lei fala dos “direitos patrimoniais do autor que se lhes forem transmitidos por sucessão”, mas o *se* não tem qualquer função e deveria ter sido suprimido.

Quando algum destes falecer, transmite o direito aos seus sucessores?

Suponhamos o caso mais grave: o de um filho falecer, sobrevivendo-lhe um filho, neto do autor. O neto é um dos “demais sucessores” referidos no art. 42 § 2º. Só receberia o direito do autor por prazo de 60 anos. Se ainda não decorreram 60 anos desde a morte do autor, o direito de autor transmite-se-lhe?

Ele não pode receber por sucessão do autor. Isto significaria a abertura da sucessão especial do autor, em dois graus — para o filho e para o neto. Seria uma sucessão de todo anômala³⁰¹, que não encontra nenhum apoio na lei.

Mas também não pode receber por sucessão do pai. O direito de autor não é, nos termos do art. 42 § 1º, um bem hereditável. Prolonga-se por toda a vida do filho, mas extingue-se com a morte deste.

III — Isto significa que os sucessores só poderão dispor dos respectivos direitos por atos entre vivos.

O direito de autor não entra na sucessão dos sucessores.

É uma situação patológica, anômala, que ocorreria corrigir.

O direito brasileiro afastou-se do modelo comum da Convenção de Berna, que faz durar o direito de autor por um prazo objetivo de 50 anos pós-morte. Preferiu uma duração subjetiva, baseada na vida ou na posição de certas pessoas.

O sistema funciona defeituosamente. Não serve a certeza nem a justiça. Provoca incerteza na sua complexidade e acaba por gerar injustiça.

Seria por isso a todos os títulos desejável que o direito brasileiro voltasse ao esquema clássico da duração normal de 50 anos pós-morte.

Outros aspectos, porque intrinsecamente ligados com o da duração do direito, serão examinados no capítulo a esta relativo. Aí veremos, inclusive, quais os desvios que devemos trazer ao princípio assim estabelecido.

223. Efeitos

I — Não há princípios especiais a assinalar para o direito de autor na herança jacente ou adquirida.

301 Não seria um sucessor do filho, mas do avô.

O direito é adquirido diretamente pelo legatário, sem necessidade de “entrega” ou cessão por parte do herdeiro.

II — Suponhamos agora que o titular dum direito derivado do direito de autor morre sem sucessores. Da mesma forma se suscitará a questão do destino do direito.

O problema está em saber se a faculdade cairá no domínio público se o Estado a não utilizar, ou se volta por elasticidade para o titular do direito de autor.

Extinto, por qualquer causa, o direito em que se funda o direito derivado, este extingue-se também, nos termos gerais, ainda que não tenha decorrido o prazo *post mortem*. Quaisquer ressalvas a fazer só poderão resultar dos princípios gerais, nomeadamente para evitar fraudes em prejuízo dos titulares de direitos derivados.

224. A “cessão parcial”

I — A lei não refere, porém, apenas a cessão total, ou global; refere também a cessão parcial. Os direitos (patrimoniais) do autor poderiam ser parcialmente cedidos.

Relaciona-se esta disposição com a do art. 35, segundo a qual as diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si. Isto quer, pois, dizer que o fazer-se uma “cessão parcial” não acarreta transmissão do direito. O ter-se concedido a alguém o direito de edição, por exemplo, não significa que lhe tenha sido dado o direito de traduzir. Quem pode representar uma peça teatral não pode autorizar a adaptação cinematográfica, e assim por diante.

Portanto, o titular originário, se não alienar em globo o seu direito, conserva o poder de alienar parcela a parcela o conteúdo patrimonial deste.

II — O art. 3º contém outra previsão que particularmente se relaciona com esta matéria e se destina a proteger o autor: interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais. Com a consequência de que, se se alienam alguns direitos, não se deve admitir que outros são abrangidos, antes se deve sempre entender pela menor o círculo dos direitos alienados.

Como “cessão parcial” parece a lei conceber o direito derivado do contrato de edição. Do art. 69 § único resultará que este direito tem oponibilidade a terceiros: o editor pode exigir que se retire

da circulação edição da mesma obra feita por outrem, para o que não precisará de recorrer ao autor. Nem parece que a prevalência do seu direito dependa de registro.

Mas é esta também matéria que respeita à autonomia privada, pelo que será examinada no capítulo respectivo³⁰².

III — Na progressão, o art. 53 § 2º impõe que constem do instrumento do negócio jurídico, especificadamente, quais os direitos objeto da cessão.

Daqui resulta já que pode haver atribuição de mais de uma faculdade. Mas não se retira que o enunciado das faculdades tenha de ser sempre expresse, pois a designação pode ser implícita. Veremos adiante quais os modos de interpretação dos títulos. Apenas se exclui uma atribuição de faculdades em geral — todos os poderes de utilização — ou até outras atribuições não especificadas — todos os poderes de comunicação ao público, por exemplo.

Com isto fica excluída uma atribuição de faculdades que venham futuramente a ser descobertas, pois estas não podem ser especificadas, sem caráter aleatório.

IV — Só se podem constituir os direitos derivados que estiverem previstos na lei. Mas esta é matéria que preferimos desenvolver a propósito da autonomia privada, dadas as suas implicações.

225. Oneração e não desmembramento

I — Surgem problemas particularmente graves na determinação da configuração jurídica destas atribuições de faculdades.

O esquema legal parece muito simples. O direito compreenderia várias faculdades, e essas faculdades seriam individualmente transmitidas: por isso se falaria de uma transmissão parcial.

Mas a ser assim, teríamos de admitir uma concepção quantitativa do direito de autor, segundo a qual este consistiria numa soma de faculdades, de que o titular se poderia desfazer sucessivamente.

E aqui pode estranhar-se que, estando o direito de autor tão próximo da propriedade, se adotem esquemas de explicação tão diferenciados. Perante hipóteses análogas, não se diz que há transmissão de poderes contidos na propriedade, diz-se que há oneração

³⁰² Cfr. o nº 281, nomeadamente.

da propriedade pela constituição de direitos reais menores. Porque se não falará de uma oneração do direito de autor, e se prefere falar em transmissão parcial deste direito?

II — As razões são meramente históricas. No século passado a formação de direitos reais menores foi explicada predominantemente como um desmembramento da propriedade, e não como uma oneração desta³⁰³. Ao formar-se o ramo do Direito de Autor, ainda por cima sob a égide da teoria da propriedade literária, artística e científica, os esquemas do Direito das Coisas foram naturalmente acolhidos. Passou então a ver-se na formação de direitos derivados do direito de autor um desmembramento deste direito: uma parcela do conteúdo deste cindir-se-ia e passaria para o adquirente. O direito de autor ficaria quantitativamente diminuído após esta amputação. Todavia, a doutrina nunca pôs em causa que o direito fosse o mesmo antes e depois da formação do direito derivado.

É por isso que a formação do direito derivado foi vista como uma transmissão ou cessão parcial do direito de autor. Não se dava a transmissão global, mas uma parte do conteúdo do direito era realmente transferida a titular diverso. Mesmo von Tuhr, que tão profundamente estuda as transmissões constitutivas, afirma que até nas meras licenças (autorizações) não há uma faculdade de utilização baseada numa vinculação obrigacional do titular do direito, mas um trecho do direito de autor que é transferido ao beneficiário³⁰⁴.

III — Esta posição, acolhida por leis estrangeiras, passa naturalmente para a lei brasileira. E, curiosamente, vai manter-se na doutrina do Direito de Autor, mesmo quando no Direito das Coisas a doutrina do desmembramento está praticamente abandonada.

Com efeito, a constituição de direitos reais menores é hoje vista quase uniformemente como uma oneração da propriedade — ou, para ser mais preciso, de um direito real maior. Constituem-se poderes *ex novo* na titularidade do adquirente que restringem os poderes do concedente. Mas não há transmissão nenhuma, há verdadeira constituição, e por isso o fenómeno é designado oneração.

Apesar disso, o Direito de Autor continua a usar a técnica do desmembramento. Procede assim, nomeadamente, a Lei nº 5.988.

303 Cfr. as nossas *Relações Reais*, nº 32; *Tipicidade*, nº 66.

304 *Der Allgemeiner Teil*, II, 1, § 45 II 1.

Para isso baseou-se ainda na concepção “pluralista” do direito de autor, que acolheu, como veremos no capítulo da estrutura do direito de autor³⁰⁵.

IV — Todavia, como sabemos, as orientações técnicas acolhidas pelo legislador não vinculam o intérprete, que só deve obediência ao regime legal. Lícito é por isso afirmar que aquilo que a lei chama cessão parcial é na realidade uma oneração. São válidas as razões que utilizamos para crítica à teoria do desmembramento em Direito das Coisas. Assim, não há uma verdadeira fragmentação do direito de autor, porque este conserva sempre a elasticidade em relação ao direito derivado. Nomeadamente, se esse direito derivado se extinguir não cai no domínio público, porque a lei não prevê nunca um ingresso parcial do conteúdo do direito no domínio público, antes este é reabsorvido pelo direito-base. Esta situação é corretamente designada como a de oneração do direito-base pelo direito derivado. O ato é sempre constitutivo de uma oneração do direito-fonte.

V — Dentro das onerações podemos distinguir as onerações em sentido estrito. São onerações que gravam a totalidade do direito-base à semelhança de direitos reais, como o usufruto, o penhor e o arresto. Mas dada a ligação com a matéria da tipicidade remetemos também este ponto para o capítulo da autonomia privada.

226. Licença ou mera autorização

I — Mas não há só transmissões e onerações: há também licenças.

A palavra é utilizada freqüentemente, mas não há consenso quanto ao seu significado. Nomeadamente, é difícil distinguir quando há oneração e quando há licença.

A lei brasileira não fala em geral de licença. A palavra vem das convenções internacionais. Nomeadamente, há *licenças obrigatórias*, legais ou compulsórias, que as convenções por vezes prevêem, pelas quais se pode obter autorização para utilização de uma obra, independentemente do consentimento do autor. Tem muita im-

³⁰⁵ Aí acentuaremos outros aspectos que dependem também desta técnica da transmissão de faculdades isoladas.

portância a licença obrigatória para tradução, prevista na Convenção Universal. Mas a lei interna brasileira não prevê estas licenças compulsórias; a previsão do art. 117 VIII originou uma regra sem eficácia atual, por falta de matéria a que se aplicar.

II — Tal como concluiremos para as onerações, não há motivo para admitir um *numerus clausus* das licenças. As partes podem dar as autorizações que entenderem. A conclusão é facilitada, porém, por estas figuras terem natureza obrigacional.

As restrições que existirem não são de direito autoral, são as restrições negociais gerais.

III — Também as licenças têm a sua sede geral nos arts. 52 e seguintes. Mas, à semelhança do que fizemos para a transmissão, preferimos remeter a análise do regime para o capítulo da autonomia privada.

227. Natureza do direito emergente da licença

I — Não é nada fácil traçar o critério distintivo de oneração e licença.

De todo o modo, a licença acorda a noção de uma utilização individualizada; e poderia pensar-se que o critério estaria na distinção do caráter individualizado da utilização que a licença permite, enquanto que as onerações dariam a possibilidade de um tipo de utilização, portanto de todas as utilizações que coubessem dentro de um tipo.

Este critério, porém, não teria qualquer utilidade substancial, antes, só complicaria. Assim, o direito de edição representaria uma oneração ou uma licença? Parece representar o modelo das onerações previstas por lei; e todavia o art. 59 dispõe que se entende que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houve cláusula expressa em contrário. Quer dizer, a edição representaria em princípio uma licença, mas poderá representar uma oneração, sem mudança da sua natureza. Semelhante distinção não teria a nosso ver a mínima explicatividade.

II — Poderíamos pensar que o critério estaria então em a autorização respeitar a uma única faculdade, e a cessão a uma generalidade de faculdades. A autorização seria algo de comparável à servidão em Direito das Coisas, enquanto que a oneração representaria uma atribuição *uti universi*, como no usufruto.

A lei brasileira não facilita, porém, a utilização deste critério. O art. 53 § 2º manda especificar as faculdades atribuídas, afastando assim a concessão *uti universi*. Exige uma interpretação complexa a demonstração de que este regime não se aplica justamente às concessões parciais, que são o objeto proclamado do preceito.

A lei dá assim uma base muito periclitante para a distinção.

III — O critério normal de distinção parece ser aplicável à ordem jurídica brasileira. Assenta num aspecto muito significativo: *na existência ou inexistência de exclusivo*.

Pode-se dar uma utilização acompanhada de exclusivo. Então, só o beneficiário pode exercer aquele tipo de atividade. Nomeadamente, ele poderá proibir por si a terceiros que desempenhem a atividade prevista. Há então uma oneração do direito.

Mas pode conceder-se uma autorização que não exclua a outorga de outras autorizações a outras pessoas. O beneficiário pode utilizar, mas não pode excluir ninguém da utilização. Tem uma mera licença.

O direito de edição onera o direito de autor. O próprio art. 56 dispõe que o editor tem o direito *exclusivo* de publicar e explorar a obra³⁰⁶.

Mas a autorização dada para a radiodifusão de uma canção, para a exibição de um filme, para a recitação de uma poesia e assim por diante não são em princípio exclusivas: o beneficiário não passou a ter domínio sobre a obra, não podendo impedir que os outros utilizem também. Diversas emissoras de rádio lançam simultaneamente as mesmas canções.

Parece podermos ir desde já mais longe, e qualificar o direito resultante da oneração como um direito absoluto, enquanto o resultante da licença é um direito relativo. O primeiro pode ser exercido contra qualquer um, enquanto que o segundo se esgota na relação jurídica constituída com o autor.

Isto poderá ter importantes conseqüências na análise da natureza jurídica destes direitos derivados. Deixamos isso, porém, para o capítulo dedicado a esta matéria.

³⁰⁶ Neste sentido, Fábio Maria de Mattia, *Obra Gráfica*, pág. 50 — não havendo exclusividade, não há contrato de edição, mas de licença, a que corresponderia a transmissão de um direito relativo.

228. Da inexistência de um dever de uso

I — O titular tem um dever de usar?

Não o tem, como sabemos, o titular originário. Também não o têm os herdeiros: basta pensarmos em todas as obras impublicáveis que vêm por sucessão. Não o têm enfim os legatários. A única consequência que a lei prevê para a sua omissão é a possibilidade de intervenção de terceiros na publicação ou divulgação da obra. Isto significa que poderemos falar de um ônus de utilizar para evitar a intervenção de terceiros. Não podemos falar seguramente de um dever.

II — E sobre os adquirentes *inter vivos*, recai o dever de utilização?

As partes podem-no estabelecer. Esse dever passa então a ser constitutivo do negócio.

E se não o fizerem? Resulta da lei?

Assim se entende da doutrina francesa³⁰⁷. Mas não vemos nenhuma base para isso na lei portuguesa. Nos termos gerais, o titular fica com a faculdade de utilizar ou não.

Um importante condicionamento duma constituição derivada de direitos consta do art. 68: resolve-se o contrato se, a partir do momento em que foi celebrado, decorrerem três anos sem que o editor publique a obra. Prevê-se aqui uma concessão com exclusivo: é aspecto que será depois examinado. Parte-se do princípio de que o direito derivado é fundamental: destina-se a um tipo de utilização. Se não houver essa utilização, não se estabelece a caducidade, mas a resolução. É possível, porém, que o que aqui se contenha seja verdadeiramente uma resolubilidade.

Há ônus e não dever de usar. O titular usará se quiser evitar a caducidade, mas não pratica nenhum ilícito não usando.

De todo o modo, é uma disposição de espécie. Nada permite estender a regra aos restantes direitos derivados.

III — Para além disso, poderá perguntar-se se o autor não tem nenhuma outra defesa perante a passividade do utilizador. Acentue-se que abstraímos das hipóteses em que o dever de utilizar está expresso ou implícito no contrato, ou em que dos preceitos da lei deriva de qualquer modo esse dever quanto a uma modalidade específica de utilização.

³⁰⁷ Cfr. Desbois, *Droit d'auteur*, 606.

O § 41 da lei alemã permite a rescisão do contrato de disposição em consequência de não uso ou de uso insuficiente, com lesão de interesses consideráveis do autor.

No Brasil, na falta de previsão semelhante, não é possível atingir estes resultados.

229. Aquisição do suporte material e transmissão de direitos de autor

I — Que relação há entre a aquisição do veículo material de utilização do direito e a transmissão do direito?

Em princípio, não há nenhuma. Quem compra um livro, ou uma partitura musical, ou um edifício feito segundo projeto de arquiteto, não se reveste de qualquer das prerrogativas do autor. Já o tínhamos visto no início, quando distinguimos a obra e as suas caracterizações materiais³⁰⁸. O art. 38 é também expresso, ao negar ao adquirente a aquisição de qualquer dos direitos patrimoniais do autor.

Em todo o caso, há por vezes uma certa conexão entre o exemplar da obra e o exercício do direito. Esta conexão é grande no direito de seqüência, como sabemos já, pois a alienação de um original ou de um manuscrito faz funcionar prerrogativas imputáveis ao direito de autor.

II — Em casos particulares, vai-se mais longe: a própria alienação de um original implica a transmissão do direito.

É expresso o art. 56. Quando há tradição do *negativo*, ou do meio de reprodução análogo, presume-se que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia. Há, pois, neste caso uma transferência, até presumida, baseada na mera transmissão do veículo material. Aqui dispensa-se toda a forma normalmente exigida, nomeadamente o escrito. Quem tiver a propriedade do negativo tem o direito de autor, salvo estipulação em contrário.

III — O art. 80 parece trazer outra exceção, ao atribuir, sob a reserva de convenção em contrário, ao adquirente de obra de arte plástica o direito de reproduzi-la ou expô-la ao público. Aqui a aquisição do *corpus mechanicum* importaria, não na transferência

³⁰⁸ *Supra*, nº 19 a 21.

do direito, mas na atribuição de alguns poderes neste compreendidos. Em todo o caso, como este art. 80 suscita problemas muito graves, reservamos a sua análise para o momento em que se tratar da utilização da obra de arte plástica. Veremos então que o sentido aparente do texto não poderá ser afinal acolhido.

230. Ultradisposição de direitos derivados

I — Os direitos derivados, que resultem de oneração, serão por sua vez susceptíveis de serem transmitidos?

Aqui já não surge nenhum problema de enquadramento teórico. Os direitos derivados serão transmissíveis ou não, consoante resulte dos princípios gerais sobre transmissibilidade, aplicados ao caso concreto.

O princípio geral das ordens jurídicas ocidentais é o da livre disponibilidade dos direitos.

Nada há, nestes direitos derivados do direito de autor, que impeça em geral essa disponibilidade.

II — Mesmo assim, temos ainda de distinguir consoante houve:

— a aquisição (global) do direito

— a aquisição de um direito derivado.

Se o “autor” é titular (derivado) do direito de autor, em globo, não há nenhum limite a uma ultradisposição. Nem está sujeito a nenhum consentimento do titular originário. Mesmo restrições contratuais nunca terão efeito “real”, valerão apenas nas relações entre o titular originário e o 1º adquirente derivado.

III — A situação já não é a mesma para o beneficiário de uma oneração.

Caso por caso, podem surgir desvios à transmissibilidade destes direitos.

Assim acontecerá se houver disposição legal impeditiva da transmissão da faculdade de proceder a certa utilização.

Mesmo na ausência de restrição específica, pode ainda o intérprete concluir que o direito derivado não é transmissível, sempre que verificar que ele foi dado *intuitu personae*. Se a figura do usuário é essencial, não pode ele ser substituído por outrem.

Assim acontecerá, por exemplo, no contrato de edição. A lei não diz que o editor não pode dispor do seu direito; mas não é indiferente para o autor quem procede à edição, pois o autor terá

tido em conta a capacidade técnica e a capacidade financeira do editor, bem como a sua honorabilidade no cumprimento dos contratos e a difusão que empresta às obras que edita. Por isso, o editor não poderá transferir o seu direito a outrem sem consentimento do autor.

IV — Podemos assim dizer que a transmissão ou oneração de direitos derivados não é possível:

- quando for contratualmente excluída
- quando for excluída por lei
- quando a atribuição tiver sido feita *intuitu personae*.

A lei alemã exige o consentimento do autor, mas determina que não pode ser recusado contra os princípios da boa fé. A lei brasileira parte do princípio contrário, mas acaba por admitir exceções de grande latitude.

V — Transmissão do estabelecimento comercial.

Quaisquer restrições cedem no caso de transmissão do estabelecimento comercial. Os direitos patrimoniais integram a universalidade de direito que é o estabelecimento, pelo que acompanham as vicissitudes deste.

Da mesma forma, em caso de cisão dum estabelecimento, os direitos autorais mantêm-se em conexão com a parte do estabelecimento afeta ao seu exercício. Há uma sucessão em sentido técnico, dispensando-se o consentimento do titular do direito-base.

231. Os direitos derivados de licença

I — E os direitos adquiridos por meio de autorizações poderão ou não ser ultratransmitidos, ou ser até objeto de onerações?

Lembremos que nesses casos há meros vínculos obrigacionais e não faculdades de direito de autor, não se pondo o problema da oponibilidade a terceiros.

Aqui já não surge nenhum problema de enquadramento teórico. Os direitos derivados serão transmissíveis ou não, consoante resulte dos princípios gerais sobre transmissibilidade, aplicados ao caso concreto. O princípio geral das ordens jurídicas ocidentais é o da livre disponibilidade dos direitos.

Nada há, em direitos com esta origem, que impeça em geral a disponibilidade.

II — Porém, a transmissibilidade pode ser restringida.

As causas da restrição podem ser da mesma origem que as que atingem a disponibilidade dos direitos derivados da oneração³⁰⁹. Podem derivar:

- da lei
- da circunstância de o direito ser constituído *intuitu personae*
- se houver cláusula negocial em contrário.

Mas o princípio é o da disponibilidade. As limitações que atinjam a ultradisponibilidade das licenças são as que derivam do direito geral dos contratos.

Subcapítulo IV PUBLICIDADE

232. Fontes

I — A publicidade do direito de autor é o objetivo dum registro específico.

Antes da Lei nº 5.988 o “Registro da Propriedade Literária, Científica e Artística” era regido pelos arts. 297 a 311 do Decreto nº 4.857, de 9 de Novembro de 1939, que disciplinava os registros públicos.

A sede atual da matéria tem de se procurar através da análise de uma sucessão um tanto anômala de diplomas.

A Lei nº 5.988 contempla o registro nos arts. 17 a 20, 31 § 3º e 53 § 1º.

Com isto terão ficado revogadas as disposições do Decreto nº 4.857 sobre esta matéria?

A resposta deve ser negativa. Como sabemos, a lei ressalvou a legislação especial que com ela for compatível. A legislação sobre o registro é nitidamente legislação especial, e não foi por isso revogada, na parte não incompatível com preceitos da nova lei.

II — A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que regulou os registros públicos, veio, escassos dias após a publicação da Lei nº 5.988, regular o registro da “Propriedade Literária, Científica e Artística” (expressão que fora abolida pela Lei nº 5.988) nos

³⁰⁹ Cfr. *supra*, nº 230 III.

Vamos dar por adquirido o que atrás dissemos sobre a extensão exagerada dos prazos de proteção³⁵⁸. Consideremos agora outros aspectos.

II — O sistema brasileiro peca gravemente por *falta de clareza*.

O tempo de proteção do direito de autor deve estar demarcado com toda a precisão. Mas, para além da dificuldade de interpretação, a lei brasileira consagra ainda direitos vitalícios em benefício de sucessores. Ora isto cria justamente todas as dificuldades de prova referidas ao número anterior, e veio tornar aleatórios mesmo os negócios normais de disposição do direito, pela indeterminação do seu termo.

O esquema da fixação de um número predeterminado de anos tem justamente a função de matar todas as dúvidas, demonstrando sem possibilidade de discussão que o direito caiu no domínio público. A lei brasileira, que procurou superar a situação corrente mediante uma distinção mais apurada de prazos, acaba por cair em dificuldades insuspeitadas, que prejudicam igualmente autores e usuários³⁵⁹.

III — Enfim, como observava Pedro Vicente Bobbio, com semelhante sistema torna-se difícilimo, se não materialmente impossível, estabelecer a comparação internacional de prazos³⁶⁰.

SEÇÃO III DOMÍNIO PÚBLICO

262. Obras no domínio público

I — Ou em consequência do esgotamento do prazo de proteção, ou por efeitos de outras circunstâncias estabelecidas na lei, a obra cai no *domínio público*.

Esta é a expressão tradicionalmente usada, embora seja má, pois cria a confusão com o regime particular de coisas do interesse público, tradicionalmente qualificadas como do domínio público.

³⁵⁸ *Supra*, nº 248.

³⁵⁹ Nesse sentido, Antônio Chaves, *Nova Lei*, págs. 36-37.

³⁶⁰ *Novo Sistema*, pág. 40. E o resultado, acrescentava ele, será o de o brasileiro acabar por ficar sujeito à contagem estrangeira. Só esta oferece de fato a segurança de um número fixo de anos.

Aliás, domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público.

Compreende-se por isso que se aproximem na sua liberdade o mar territorial e a obra não protegida.

II — Efetivamente, a noção primitiva de domínio público era a situação das obras que se tornavam *res communes omnium*, de tal modo que poderiam ser utilizadas livremente por qualquer um, com finalidade de lucro ou sem ela. Neste sentido, podiam-se inscrever no domínio público todas as obras não protegidas. Os atos públicos (art. 11) ou a obra ilícita (art. 22) poderiam considerar-se igualmente do domínio público.

Ao domínio público não correspondia um regime particular. Quando muito se dizia, em certas legislações, que a defesa da integridade e genuinidade da obra caída no domínio público pertence ao Estado, que a exercerá através das instituições culturais adequadas³⁶¹.

Mas esta liberdade vem de novo a ser restringida se se implantar o *domínio público remunerado*. A obra caída no domínio público deixaria de ser de utilização livre e gratuita. Por isso temos de distinguir hoje, da obra não protegida, a obra caída no domínio público.

III — Quais as categorias de obras que se encontram então no domínio público? Responde o art. 48, do qual resulta que há quatro modalidades:

- 1) obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção;
- 2) obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;
- 3) obras de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;
- 4) obras publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmem aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.

A enumeração não é perfeita. As duas primeiras categorias bem podiam ser substituídas pela previsão mais simples e compreensiva de obras que tenham deixado de ser protegidas. Basta pensar que caem também no domínio público as obras do autor que deixou

³⁶¹ Veja-se agora o art. 25 § 2º.

sucessores (no sentido do art. 47), se esses sucessores morreram antes de expirado o prazo de proteção³⁶².

A terceira previsão será examinada detidamente quando adiante falarmos de "folclore".

A última previsão respeita à obra estrangeira. Será seguidamente objeto de uma breve menção.

263. A obra estrangeira

I — Adiante focaremos o tema da obra estrangeira protegida, a propósito da ordem internacional³⁶³.

Limitando-nos agora a encará-lo sob o ponto de vista do domínio público, é forçoso acentuar a estreiteza da previsão do art. 48. Não cai no domínio público somente a obra estrangeira não protegida; também cai a obra estrangeira protegida, mas cujo prazo de proteção se esgotou no país de origem³⁶⁴. Deveria ter-se acrescentado um novo item ao art. 48; mas mesmo na sua ausência é de supor que estas obras engrossem a categoria "domínio público".

II — Haveria problemas na hipótese de vigorar o instituto do *domínio público remunerado*.

Não há nenhuma regra nas convenções internacionais sobre o domínio público remunerado. Falta por isso base para qualquer entidade estrangeira exigir uma remuneração em consequência da utilização no Brasil de obras estrangeiras do domínio público. E a lei brasileira só justifica a intervenção do Conselho Nacional de Direito Autoral.

É seguro, por outro lado, que a defesa da integridade e genuinidade da obra caída no domínio público, que o art. 25 § 2º atribui ao Estado, só tem em vista a obra nacional. Só essa é objeto do regime normal de proteção, em que aquele art. 25 se enquadra.

Surgiram, porém, dificuldades perante o anterior regime do domínio público remunerado, para saber se este recairia também sobre obras estrangeiras.

³⁶² E o mesmo se passa, bem entendido, quando o sucessor protegido vitaliciamente morre.

³⁶³ *Infra*, n.ºs. 466 e segs.

³⁶⁴ Cfr. Antônio Chaves, *Nova Lei*, pág. 38.

III — Eduardo Manso deu uma resposta negativa. Funda-se ele na consideração de que é ao Estado de que a obra é oriunda que cabe exclusivamente regular o seu uso³⁶⁵.

Mas não nos parece que este axioma resista à crítica. O Brasil pode regular o uso de obras estrangeiras no Brasil, estejam ou não no domínio público: e o caráter tributário ou paratributário que, como veremos, reveste o instituto do domínio público remunerado, só ilustra este poder do legislador brasileiro.

Concluimos assim que a utilização no Brasil de obras estrangeiras não protegidas estava também sujeita ao pagamento das quantias estipuladas no art. 93, e à autorização prévia.

Esta conclusão ainda pode ser reforçada, por maioria de razão, com o argumento de que, se entra no regime do domínio público a obra estrangeira internacionalmente não protegida (art. 48 III), mais razões há para que entre a obra estrangeira inicialmente protegida que tombou no domínio público.

264. O anterior instituto do domínio público remunerado

I — A lei dos direitos autorais, na sua primitiva versão, deu abertura ao instituto do domínio público remunerado.

Era o seguinte o texto do art. 93:

“A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único — Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.”

Por seu turno, o art. 120 I dispunha que estas quantias integravam o Fundo de Direito Autoral.

II — Por este sistema, a utilização destas obras continua a estar sujeita ao pagamento de uma remuneração. Como por definição não há direito de autor, essa remuneração só pode ter a natureza do imposto. Lança-o o Estado, embora não o confessando como

³⁶⁵ *Domínio Público*, págs. 51 e segs.

tal, ansioso por explorar este filão. Autojustifica-se normalmente pela proteção da cultura. Suporíamos que a cultura deveria ser destino e não fonte das receitas do Estado.

O domínio público remunerado é uma reivindicação das sociedades de autores. Pretendem elas, desta maneira, que a obra desprotegida não faça concorrência à obra protegida; que os utentes não se sintam tentados a recorrer a obras do domínio público para fugir ao pagamento dos direitos que gravam as obras protegidas. E, coerentemente, pretendem que as obras do domínio público sejam taxadas com o mesmo rigor que as outras.

Procedendo assim, as associações de autores incorrem no lábeo da ilegitimidade. É natural que elas pleiteiem a proteção daqueles que representam, mas é exorbitante que pretendam agravar a situação do público, reduzindo o seu espaço de liberdade, para assim conseguirem veicular os seus produtos em melhores condições. Nem vale objetar que a finalidade é excluir a concorrência dos que exploram obras não protegidas. A concorrência é um fenómeno normal³⁶⁶.

Poucos países instituíram o sistema, apesar da tentação que representa. Quando o fazem, tem interesse distinguir a obra em relação à qual se esgotaram os prazos de proteção e a obra não protegida. É que parece que só em relação à primeira se aplica o sistema

III — Em boa hora, a Lei nº 7.123, de 12 de setembro de 1983, revogou o art. 93 da Lei dos Direitos Autorais e o inciso I do art. 120. O instituto não chegou sequer a vigorar.

Não ocorre assim fazer a análise do regime que fora anteriormente instituído³⁶⁷.

Porém, porque nunca se sabe se o instituto voltará à ordem do dia³⁶⁸, faremos ainda uma breve síntese da sua natureza jurídica.

265. Natureza do domínio público remunerado

I — Qual era a natureza do domínio público remunerado, tal como vigorou no Brasil?

³⁶⁶ Seria tão ilegítimo como se associações económicas exigissem agravamentos dos preços de matérias-primas de que se utilizam indústrias concorrentes.

³⁶⁷ Cfr. para o efeito a 1ª edição deste livro, nºs 153 e seguintes.

³⁶⁸ É partidário da sua restauração C. A. Bittar, *Direito de Autor*, nº 113.

Haveria nestes casos uma extinção do direito de autor, ou o direito de autor passaria ao Conselho após o prazo de proteção em benefício do criador? A admitir-se esta última posição a totalidade das faculdades compreensivas do direito de autor, salvo as personalíssimas, deveria ser adquirida pelo Conselho, pois só assim este poderia impor o respeito do direito ao nome, ou do direito à integridade da obra.

II — Aparentemente, a lei brasileira seguia esta posição. Por isso se exigia autorização para a utilização da obra do domínio público; por isso a quantia a pagar pelo utente era calculada como percentagem daquilo a que o autor teria direito; por isso o art. 94 se integrava em capítulo dedicado à *utilização* da obra do domínio público, donde parecia inferir-se que havia aqui um exclusivo de utilização conferido ao Estado, em paralelo com as outras utilizações reservadas.

Mas semelhante entendimento estaria em contradição com os restantes trechos da lei. O exclusivo em que consistiam os direitos patrimoniais (art. 29) era cronologicamente limitado (arts. 46 e 48, por exemplo); logo, o domínio público não significava a manutenção do exclusivo em titular diferente, mas justamente a situação em que o exclusivo deixou de se verificar.

Os pagamentos deste modo percebidos tinham, pois, justificação meramente pecuniária³⁶⁹.

III — Não se esgotavam com isto as dificuldades da sua caracterização. Eduardo Manso tentou uma justificação pela consideração destas obras como *res communis omnium*: o uso dos bens comuns poderia ser retribuído³⁷⁰. Em todo o caso, ele acentuava ter a remuneração natureza tributária.

Esta remuneração não representava uma taxa, pois não era contrapartida de serviços prestados pelos órgãos públicos.

Já dissemos que esta cobrança só pode representar um imposto, e nunca um direito de autor.

Tem ainda a característica anômala, em técnica tributária, de ser um imposto consignado desde logo a finalidades especificadas³⁷¹.

³⁶⁹ Cfr. Hubmann, *Urheber*, § 38 II.

³⁷⁰ *Domínio Público*, págs. 52-53.

³⁷¹ Quando muito se dirá que é uma manifestação da parafiscalidade envolvente que se manifesta hoje em todos os países: cfr. Vieira Manso, *Domínio Público*, pág. 54.

IV — Tendo, pois, esta percepção caráter tributário, a “autorização” do Conselho Nacional de Direito Autoral tinha de ser entendida apenas como acordo do Conselho relativamente à quantia a ser paga, não tendo o Estado qualquer espécie de poder discricionário de autorizar ou negar a utilização.

O que dissemos pode ser confirmado ainda por outra via. Se ao Estado coubesse algo de semelhante ao direito de autor, seria deste modo que se realizaria a proteção da integridade e genuinidade da obra caída no domínio público. Mas o art. 25 § 2º, a propósito do direito pessoal, atribuía ao Estado (que a exerceria através do Conselho Nacional de Direito Autoral) a defesa desta obra, previsão que seria incompreensível se o domínio público remunerado visasse por si essa finalidade.

Subtítulo III AUTONOMIA PRIVADA

CAPÍTULO I EM GERAL

266. A abertura à autonomia privada

I — O Direito de Autor é sensível à autonomia privada. Há numerosos negócios de Direito de Autor. Estudamos anteriormente as vicissitudes próprias do direito de autor. Vejamos agora quais os fatos (negócios) que estão na sua origem. Interessam-nos especificamente negócios relativos à utilização de obras literárias ou artísticas.

A dinâmica deveria levar-nos ao estudo dos *factos* e das *vicissitudes*; e dentro dos fatos, dos negócios. Deveríamos mesmo ter começado pelos fatos, porque são eles que provocam os efeitos. Dada, porém, a complexidade da matéria pareceu didaticamente preferível reservar esse estudo para momento mais tardio.

II — Pode haver negócios relativos a direitos pessoais.

Sem dúvida que neste domínio a autonomia privada está muito restringida. Mas não deixa de se poder exercer³⁷². Já atrás falamos

³⁷² Cfr. Plaisant, *Les conventions relatives au droit moral*.