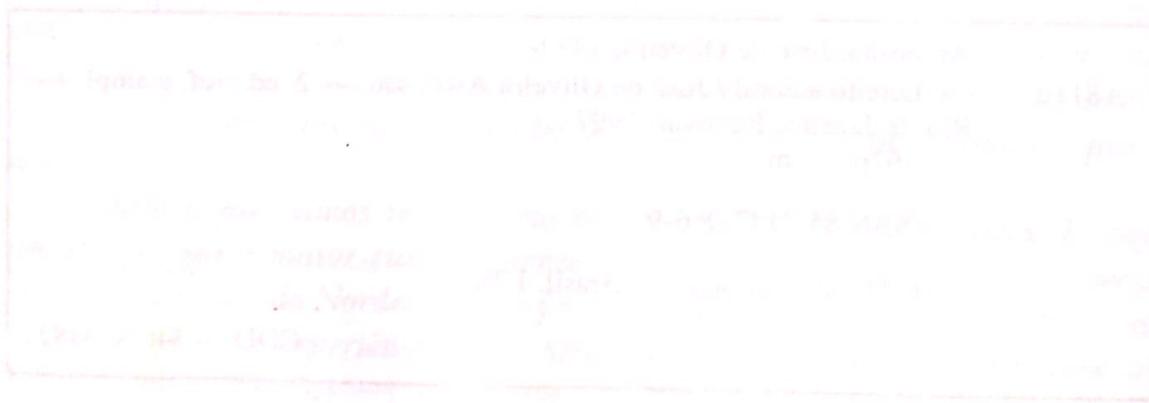


JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

DIREITO AUTORAL

2ª edição, refundida e ampliada



RENOVAR

**DIREITO CIVIL
BIBLIOTECA**



TÍTULO I O RAMO DO DIREITO

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO

1. Criação, imitação e exclusivo

I — O homem, à semelhança de Deus, cria. A criação literária e artística recebe a tutela do Direito de Autor.

Porque corresponde a uma atividade particularmente nobre, a tutela conferida pelo Direito de Autor é a mais extensa e a mais apetecida de todas as tutelas, dentro dos direitos intelectuais.

A expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postulantes da tutela cada vez estão mais longe das figuras paradigmáticas do homem das letras ou das artes. O mérito literário ou artístico não é relevante. Mas a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade, pelo que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor.

II — O homem, à semelhança do animal, imita. Como a capacidade criativa é limitada, a cultura de consumo vive em grande parte da imitação.

Mas o Direito de Autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. A repressão da imitação poderá fazer-se por recurso a vários ramos do direito, como a concorrência desleal. Só entra porém no domínio do Direito de Autor quando o objeto da imitação for uma verdadeira obra literária ou artística.

III — A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular.

Deste modo se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo. Todo o direito intelectual é assim acompanhado da consequência negativa de coarctar a fluidez na comu-

nicação social, fazendo surgir barreiras e multiplicando as reivindicações.

A liberdade de utilização de bens culturais, mesmo que não movida por fim lucrativo, fica assim entravada, porque contende com o exclusivo de exploração. Compreende-se por isso que semelhante exclusivo só possa ser transitório: passado o período calculado como necessário para compensação do autor, prevalece o princípio da liberdade¹. Por outro lado, reforça-se a necessidade de não admitir obras sem valia intrínseca como criação literária e artística, pois de outro modo vai-se restringir a comunicação social sem que em contrapartida tenha havido um contributo criativo que haja que recompensar.

2. Preliminares da proteção do autor

I — Uma breve panorâmica histórica é fundamental para esclarecer os termos do problema.

Como se sabe, durante muitos séculos não houve disciplina jurídica de qualquer ordem das realidades cobertas pelo hodierno direito de autor — muito embora nada impedisse em abstrato o seu surgimento, nomeadamente nos aspectos pessoais.

O mais remoto antecedente surge com a invenção da imprensa, mas com o fito de outorgar tutela à empresa. Dá-se um privilégio, ou monopólio, ao impressor. O que significa que a *ratio* da tutela não foi proteger a criação intelectual mas sim, desde o início, proteger os investimentos.

A tutela do autor só surge com o estatuto da rainha Ana, na Grã-Bretanha, em 1710. Então, o autor apodera-se do privilégio da indústria. Hoje, teremos de perguntar se no final a indústria se não apoderou da tutela do autor.

Na realidade, o que esta lei concedeu foi um privilégio de reprodução: “shall have the sole right and liberty of printing such books”. Surge assim a visão anglo-americana do *copyright*, que nunca

¹ Para uma defesa paradoxal da vantagem económica do exclusivo em si, como garantia de que o seu objeto será usado tão eficientemente quanto possível, cfr. Lehmann, *Property Rights*, 6 e *passim*. A posição é contraditória, porque a consequência só poderia ser a perpetuidade do exclusivo, o que o autor também não admite (págs. 14-15).

foi abandonada. Na base, estaria a materialidade do exemplar e o exclusivo da reprodução deste.

No mesmo século XVIII, porém, no continente europeu caminhou-se noutra direção. Embora se recorresse também à figura do privilégio, centrou-se a tutela na atividade criadora em si, mais que na materialidade do exemplar. Foi esta a situação que encontrou a Revolução Francesa, que pretendeu a abolição de todos os privilégios.

Como tutelar então os autores? O caminho seguido foi o da afirmação de uma propriedade do autor sobre a obra, aproveitando a sacralização que àquele direito se outorgara. O direito de autor seria até a mais sagrada de todas as propriedades.

Mesmo assim, a confusão entre a obra e a sua materialidade subsistiu durante muito tempo. Ainda hoje, quer em instrumentos internacionais quer nas leis se continuam a referir “os livros, folhetos e outros escritos”², sem se reparar que o que se protege é a obra literária e não as modalidades variáveis da sua materialização; e que a obra literária pode ser reduzida ou não a escrito.

Só no final do séc. XIX os juristas alemães levaram até ao fim a idéia da imaterialidade da obra literária. Surge assim a concepção pura dos direitos sobre bens incorpóreos. E como a criação é só individual, só se reconhecem direitos a pessoas físicas. A categoria da obra coletiva é desconhecida. Hoje, a doutrina assenta numa noção de propriedade espiritual (*geistiges Eigentum*) que é mantida perfeitamente distinta, quer da materialidade da obra, quer da atividade empresarial.

II — De toda a maneira, o sistema continental europeu é o sistema chamado de direito de autor, assente na tutela do criador. Este sistema coexiste no plano internacional, mediante composições muitas vezes semânticas, com o sistema anglo-americano do *copyright*. Porque centrado na tutela do exemplar, o sistema anglo-americano admite largamente que o direito de autor seja atribuído à empresa, embora só a lei americana acolha a noção de obra coletiva.

Também no continente europeu há divisão quanto à admissibilidade da categoria da obra coletiva. Não a conhecem os países de língua alemã, mas é acolhida em todos os países latinos, na Holanda e noutros países ainda. Só pode ser definida como a obra

² Art. 2/1 da Convenção de Berna.

da empresa; aquela cuja autoria seja logo de início de imputar à empresa.

Daqui já resulta que há que perguntar se, mesmo no interior do sistema do direito de autor, não teremos afinal que distinguir já hoje entre a tutela da empresa e a tutela da criatividade.

3. Os direitos conexos

I — A atividade intelectual do homem provoca o aparecimento de novos bens na sociedade. São bens culturais; distinguem-se dos outros bens por serem incorpóreos, mas têm também uma existência objetiva, como todos os bens.

Durante muito tempo não se sentiu a necessidade de uma proteção particular da criação intelectual³. Enquanto destinada ao círculo dos presentes, a obra não reclamava um estatuto próprio. Se reproduzida num exemplar, a proteção da propriedade do exemplar surgia aos olhos de todos como suficiente para tutela dos interesses implicados. A cópia era atividade penosa, exemplar a exemplar, e caíria aliás freqüentemente na categoria do uso privado⁴.

II — A possibilidade técnica de comunicação a ambiente diferente fez surgir os chamados direitos conexos, afins ou vizinhos do direito de autor. Examinaremos mais tarde esta matéria, mas desde já convém verificar a relação destes direitos com as obras literárias ou artísticas.

Poderá afirmar-se que as atividades protegidas através de direitos conexos acompanham sempre a utilização de uma obra literária ou artística, protegida ou não?

Essa ligação ainda se encontra no que respeita aos artistas, pois só se protegem os artistas intérpretes ou executantes⁵, mas não em relação a outros beneficiários. Assim os produtores de fonogramas

³ Sobre a evolução histórica, cfr. Visconde de Carnaxide, *Tratado*, nº 6 e segs.; Cunha Gonçalves, *Tratado*, V. IV, tomo I, nº 450.

⁴ Sobre a evolução neste domínio cfr. Walter Moraes, *Artistas*, nº 2 e segs.

⁵ Por isso não são tutelados os artistas de circo e os de variedades que não desempenham obras literárias ou artísticas. De Sanctis menciona ainda neste sentido a obra caída no domínio público (*Diritti connessi*, 432), mas aí o fenómeno não é probatório. Não deixa de haver obra executada — o que não há é obra protegida, por terem cessado os direitos exclusivos.

e de videogramas e os organismos de radiodifusão são protegidos, mesmo quando nas suas gravações ou emissões não se utilizam obras literárias ou artísticas.

Mais categoricamente ainda, temos o direito de arena, que é um verdadeiro direito conexo relativo a espetáculos desportivos (art. 100): a atividade do atleta não implica nenhum desempenho de obra literária ou artística.

4. A evolução recente. A tutela jurídica de bens informáticos

I — A evolução da técnica, incessantemente mais acelerada, continuou a impor a evolução neste domínio.

O aperfeiçoamento dos meios de reprodução acompanhou já a expansão do Direito de Autor no séc. XIX.

Novos meios técnicos de comunicação e difusão alteram hoje a base deste ramo do Direito.

À situação artesanal do autor que isoladamente cria e individualmente autoriza esta ou aquela utilização sucede a cultura de massas, em que os produtos são lançados para difusores e consumidores anônimos, sem hipótese nenhuma de se processar a autorização individual e prévia que as leis pressupõem. Toda a estrutura legal do Direito de Autor está hoje obsoleta.

Os meios técnicos provocam novos problemas. Temos a comunicação por satélites de radiodifusão direta, a “reprografia”, possibilitando a reprodução incontável e em massa de documentos, a utilização de obras por computadores, as formas cada vez mais aperfeiçoadas de reprodução de gravações sonoras e/ou audiovisuais... Por todo o lado a técnica faz surgir uma nova problemática que transborda dos quadros clássicos.

II — Particularmente importante é o que respeita à *informática jurídica*.

A revolução informática deixa marcas importantes no Direito de Autor.

Há uma pressão cada vez mais acentuada para conseguir a proteção de bens informáticos através da tutela ampla do direito de autor.

Vão-se desenvolvendo grandes capítulos, já perfeitamente definidos entre si:

— o estatuto da obra criada por computador

- a tutela do próprio programa de computador
- a utilização informática de obras literárias ou artísticas
- a proteção da própria base de dados.

No que respeita aos programas de computador, a tutela pelo direito de autor está já assegurada por lei especial, que examinaremos.

Para além de tudo isto, surge a problemática das técnicas “multimédia”, que permitem a utilização simultânea de várias categorias de obras. São ainda reforçadas pelo que se chama pomposamente as “auto-estradas da informação”. Anuncia-se a *sociedade da informação*. E também aqui se pretende obter a tutela vasta do direito de autor.

O estudo do direito de autor não pode assim hoje deixar de conter também um capítulo sobre direito da informática, na medida em que a utilização de bens informáticos implica o recurso ao direito de autor ou a instrumentos neste inspirados. Mas não há uma assimilação total.

Por isso, a última parte deste livro é dedicada ao relacionamento da informática jurídica com o direito de autor.

5. Determinantes econômicas

I — A associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a setores muito poderosos da atividade econômica marca também profundamente a nossa época. O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca de atividade editorial. Hoje, porém, podemos dizer que um sistema de direito de autor eficiente “é um pré-requisito para a criação e a sobrevivência de certos setores da indústria atual, entre os quais a indústria editorial”⁶. Esses setores não param de crescer. A extensão ao domínio da informática é bem elucidativa.

A contribuição deste sistema para o produto interno bruto é crescente. Na Suécia, calculou-se que ele atingia em 1978 6,6%, atendendo-se à produção por vários setores da comunidade de obras e outras contribuições a que o direito de autor se aplica⁷.

⁶ Olsson, *The economic impact*, nº 1.

⁷ Ob. cit., nº 3.

Isto implica que os objetivos empresariais do Direito de Autor sejam cada vez mais nítidos, e o significado efetivo do criador intelectual cada vez mais modesto. Nova manifestação deste fenómeno se verificou com a adesão dos Estados Unidos da América à Convenção de Berna. Nem por isso o direito pessoal de autor encontrou na lei americana o acolhimento que seria lícito esperar⁸. Na visão desta lei, continua a ser o direito de reprodução (*copyright*), seja quem for o seu titular, que está quase exclusivamente em causa.

II — A situação económico-social do autor não corresponde hoje à visão clássica do criador independente, como que artesanal na elaboração da obra.

Estudos recentes a nível europeu permitiram concluir que os autores profissionalmente autónomos representam sempre uma franca minoria, que vai de 8 a 22%, consoante o tipo de atividade em causa, enquanto todos os outros estão pelo menos economicamente dependentes⁹. Porém, as leis sobre direito de autor praticamente em nada refletem esta integração empresarial do autor e da criação literária e artística.

III — Frequentemente, o autor, quanto mais criador, menos capaz é de prosseguir economicamente os seus interesses. Por outro lado, a vastidão da tutela autoral faz aguçar as cobiças. Intermediários e empresas de exploração multiplicam-se, considerando que o rendimento do direito de autor é algo de demasiado importante para ser deixado aos autores.

Assim, as entidades de gestão, a que em muitos casos o autor é forçado a aderir, formulam contratos de adesão para gestão das obras.

As empresas da indústria de comunicação social consideram que a remuneração do criador é o custo sempre comprimível, para manterem um bom nível de lucros.

As leis protecionistas do autor tornam-se ambíguas. Falam do autor, mas autores são os adquirentes de direitos, e pelo autor agem os mandatários. Essas leis protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual.

IV — Por outro lado, a sociedade industrial avançada, própria dos países de ponta, traz consigo sempre novas reivindicações de

⁸ Cfr. A. Dietz, *Die USA und das "droit moral"*.

⁹ Como resulta dos estudos empreendidos em 1976 por Fohrbeck/Wiesand/Wolterek, *apud* A. Dietz, *Urhebervertragsrecht*, nº 2.

tutela ou de participação nos proveitos obtidos com a exploração de bens intelectuais.

A prosperidade geral e a complexidade crescente fazem com que constantemente surjam novas categorias de pessoas que reclamam uma parte acrescida na repartição do bolo social. E a melhor maneira de o conseguirem é obterem o reconhecimento de uma contribuição intelectual. Passam então a ter automaticamente jus a uma participação na utilização do produto.

Estas pressões fazem-se sentir em todos os países. Mas só naqueles em que há uma grande massa de riqueza a distribuir é possível dar-lhes maior satisfação. A progressão da tutela não pode ser olhada em abstrato, tem de corresponder ainda às possibilidades de cada país.

6. Antecedentes da tutela do Brasil

I — No Brasil, mesmo após a independência, permaneceu-se longamente no regime dos privilégios de impressão¹⁰.

Todavia, logo nos primeiros tempos encontramos duas leis que têm significado para o nosso tema.

A Lei de 11 de Agosto de 1927, que criou os Cursos de Direito em Olinda e São Paulo, atribuiu aos lentes um privilégio, com duração de 10 anos, sobre os cursos que publicassem¹¹.

E o Código Criminal de 16 de Dezembro de 1830 proibia no seu art. 261 a reprodução de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros durante a vida destes, e ainda 10 anos após a morte se deixassem herdeiros.

II — Tardou a instauração do estatuto civil do direito de autor.

10 Sobre a evolução da lei brasileira cfr. Samuel Martins, *Direito Autoral*, pág. 17 e segs.; Telles Netto, *A Criação Literária*, pág. 67 e segs.; Cunha Gonçalves, *Tratado*, v. IV, tomo I, nº 450, nota; Antônio Chaves, *Direito de Autor* — I, págs. 27-41; Hammes, *Elementos Básicos*, págs. 149 e segs.

11 É este o texto do art. 7 “Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém à aprovação da Assembléia-Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos”.

Malograram-se as tentativas para o fazer vingar durante o império, embora já então se encontrem decisões judiciais a consagrar direitos dos autores¹².

Coube a primeira a Aprígio Guimarães, professor da Faculdade de Direito do Recife. O Projeto reduz-se a oito artigos, o último convenção literária com Portugal. Garante a "propriedade intelectual" aos autores brasileiros, estendendo-se a proteção *post mortem* por 30 anos (art. 1). Os estrangeiros só são protegidos se imprimirem as suas obras no Brasil: o enfoque unilateralmente posto na obra literária é evidente. A proteção do direito de autor estava ainda condicionada a várias formalidades.

O projeto foi depois analisado em comissão conjuntamente com um outro, da autoria de Gavião Peixoto¹³, mas ficou por aí.

Outros projetos, da autoria de José de Alencar e Diogo Velho Cavalcante, não tiveram melhor sorte.

III — Desencadeia-se entretanto o movimento internacional em matéria de direito de autor. O Brasil vota a Convenção de Montevideu de 1889, mas não a ratifica¹⁴.

No mesmo ano de 1889 foi assinado um acordo com Portugal, introduzido na ordem interna pelo Decreto nº 10.353, de 14 de Setembro de 1889. Cada país concedia o tratamento nacional aos autores do outro país¹⁵. Daqui resultou pois a garantia de proteção para os autores brasileiros em Portugal, mas para os autores portugueses no Brasil o acordo representou quase somente uma norma em branco, salvo no respeitante à proteção penal.

Proclamada a República, o primeiro desenvolvimento legislativo em matéria de direito de autor surgiu com o Código Criminal de 1890.

Logo a seguir, em 1891, a matéria ganha nível constitucional. A Constituição da República, no art. 72 § 26, consagra o direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção dos herdeiros.

¹² Cfr. por exemplo, um acórdão de 1873, publicado anexo à obra de Samuel Martins, *Direito Autoral*.

¹³ A quem Aprígio Guimarães acusa implicitamente de plágio, com boas razões: *Estudos*, págs. 173 e segs.

¹⁴ Cfr. Antônio Chaves, *Rádiodifusão*, nº 9, contra Telles Netto, *A Criação Literária*, pág. 69.

¹⁵ Cfr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, v. IV, nº 450, nota.

Com pequenas alterações, é este o texto que tem comandado toda a evolução do Direito de Autor no Brasil e consta ainda da Constituição vigente. Só a Constituição de 1937 o omitiu.

IV — Enfim, no 1º de Agosto de 1898, surge a Lei nº 496, que “define e garante os direitos autorais”. Baseia-se em Projeto da autoria de A. Montenegro e teve como relator Medeiros e Albuquerque. A proteção é concedida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil.

A partir daí cresce o movimento legislativo interno, em paralelo com o movimento de contratação internacional¹⁶.

O grande marco é representado a seguir pelo Código Civil, que regula sistematicamente este domínio, sob a epígrafe. “Da propriedade literária, científica e artística”, nos arts. 649 a 673. A matéria é tratada com a firmeza científica própria do diploma em que se integrou. O direito do autor é protegido durante a vida deste, e ainda por um prazo de 60 anos em benefício dos herdeiros.

Mas apesar da segurança do texto o movimento legislativo intensificou-se, através de intervenções casuísticas.

O Decreto nº 4.790, de 2 de Janeiro de 1928, “regula os direitos autorais”: mas na realidade a sua intervenção restringe-se ao domínio das sanções.

A matéria dos direitos conexos ao direito de autor é regulada pela Lei nº 4.944, de 6 de Abril de 1966, regulamentada pelo Decreto nº 61.123, de 1 de Agosto de 1967.

7. A evolução de 1973 até hoje

I — O período decorrido de 1973 até hoje não foi particularmente fecundo no que respeita à produção legislativa brasileira em matéria de direito de autor. No entanto, sempre há legislação a anotar, com influência direta ou reflexa sobre esta matéria.

Temos antes de mais a própria Constituição de 1988. O texto fundamental é o do art. 5 XXVII, segundo o qual “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodu-

¹⁶ Vários autores têm procedido ao elenco da legislação. Cfr. Telles Netto, *Criação Literária*, pág. 69 e segs.; Antônio Chaves, *Direito de Autor* — I, págs. 27-32; Almeida Fischer, *Direito de Autor*, págs. 85-99; J. Pereira, *Esborço histórico sobre o Direito Autoral*.

ção de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

O texto é mais compreensivo que o texto da Constituição anterior, mas não é sensivelmente diferenciado. Dele resulta que o direito de autor deve ser no seu núcleo um direito exclusivo e hereditável, mas limitado no tempo. De resto, deixa uma grande margem à lei ordinária na sua concretização.

O propósito da previsão é antes de mais o de consagrar a “garantia institucional” do direito de autor. O direito de autor não poderá ser suprimido da lei ordinária, nem ser objeto de equivalente vicissitude.

Outros trechos da Constituição têm também interesse. O art. 5 XXIX, relativo à propriedade industrial, pelo seu paralelismo; e o art. 5 XXVIII *a*, que assegura a proteção “às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Também o art. 5 XXVIII *b* assegura “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

Veremos adiante as conseqüências que daqui haverá que retirar.

II — É particularmente importante a legislação no domínio da informática.

O diploma fundamental é a Lei nº 7.646, de 18 de Dezembro de 1987¹⁷, sobre a proteção dos programas de computador.

A matéria dos direitos intelectuais sobre obras informáticas será, pela sua importância, objeto da parte final deste livro, como dissemos.

III — No que respeita a outra legislação, encontramos numerosos diplomas com incidência indireta sobre esta matéria.

Assim, as *cláusulas contratuais gerais* (que mais corretamente deveríamos designar cláusulas negociais gerais) foram disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor¹⁸.

O Código de Defesa do Consumidor, na realidade, ateu-se ainda ao esquema, já ultrapassado, do contrato de adesão. Mas passou a conter uma disciplina positiva deste (art. 54), que poderá ser extrapolada para a categoria mais vasta das cláusulas negociais gerais.

¹⁷ D.O.U. de 22.12.87.

¹⁸ Lei nº 8.078, de 11.09.90.

A influência desta disciplina no Direito Autoral poderá fazer-se sentir particularmente por duas vias.

1) O Código protege o consumidor como destinatário final de produto ou serviço (art. 2). O autor aparece freqüentemente nesta situação, em particular quando negocia com empresas mediante as quais realizará a exploração das suas obras. Essas empresas impõem-lhe para lhe facultar os seus serviços um clausulado geral, muitas vezes deixando-o limitado a apor a sua assinatura ou desistir. Poderá agora beneficiar da proteção legal.

2) Semelhante é, afinal, a sua posição perante as entidades de gestão coletiva do direito de autor. Está sujeito, sem defesa, às condições gerais que aquelas entidades praticam para exercer o seu mandato. Também aí é muito importante o amparo que pode encontrar no Código.

8. A contratação internacional

I — É típica do Direito de Autor a grande influência dos instrumentos internacionais. Ao contrário do que acontece noutros ramos de direito, essa contratação internacional não consolida o estado normativo atingido pelas leis internas. Frequentemente as antecipa, representando um instrumento de pressão sobre estas. A evolução da lei brasileira só se compreende assim plenamente à luz da evolução dos instrumentos internacionais. Mas desta matéria nos ocuparemos em capítulo posterior.

II — O desenvolvimento dos direitos intelectuais, e portanto a multiplicação de exclusivos, passou a encontrar um óbice nos movimentos de integração econômica. Descobre-se que o direito de autor pode representar um obstáculo à concorrência e que dele podem resultar posições monopolísticas intoleráveis.

Um outro grande tema atual do Direito de Autor está assim na sua compatibilização com os movimentos tendentes a estabelecer a livre concorrência. Será também posteriormente examinado.

III — Devemos porém antecipar imediatamente alguns dados fundamentais.

Até há pouco, os grandes instrumentos multilaterais nesta matéria eram a Convenção de Berna de 1886, para o direito de autor, e a Convenção de Roma de 1961, em matéria de direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

Para além de numerosas outras alterações, a recente assinatura do tratado que criou a Organização Mundial do Comércio ameaça, no seu âmbito, subverter a base internacional neste domínio. Embora se trate de um acordo comercial, contém um instrumento dedicado aos direitos intelectuais (direito de autor e propriedade industrial). É conhecido por TRIPS; deveríamos designá-lo APIRC, traduzindo a epígrafe, que é "Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio".

Para além de várias disposições gerais, o Acordo contém previsões específicas sobre a proteção de programas de computador e compilações de dados, sobre o direito de aluguel, a duração de proteção, limites, isenções e proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

Para além disso, o Acordo contém regras de aplicação, sancionatórias e processuais, que descem a um pormenor impressionante.

Nenhum país pode hoje em dia pensar em deixar de participar do comércio internacional. O que significa que o Acordo APIRC acaba por ser, no seu domínio, um instrumento muito mais efetivo de imposição internacional da proteção do direito de autor que as convenções clássicas: os países não se podem sujeitar a sanções no domínio comercial por não protegerem efetivamente aqueles interessados.

Perante isto, a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) administradora da Convenção de Berna¹⁹ e co-administradora da Convenção de Roma, procura determinar os domínios em que se justifique ainda um papel essencial nesta matéria.

Tudo isto são pontos que serão mais tarde desenvolvidos.

9. Terminologia

I — A lei brasileira impõe a distinção entre Direito de Autor e Direito Autoral.

Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas.

O Direito Autoral abrange além disso os chamados direitos conexos do direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

¹⁹ Além da Convenção de Paris sobre propriedade industrial.

Direito Autoral passou pois a ser designação de gênero. Trata-se de curiosa evolução, pois “direito autoral” é um neologismo, que foi introduzido por Tobias Barreto²⁰ para corresponder à palavra alemã *Urheberrecht* — ou seja, justamente direito de autor.

A expressão tem amplitude suficiente para passar a abranger também a proteção de bens informáticos, quando esta for outorgada em termos análogos aos que caracterizam o direito de autor.

II — Da destrição entre Direito Autoral e Direito de Autor como ramos da ordem jurídica transita-se para a destrição entre direitos autorais e direitos de autor, para designar os direitos subjetivos concedidos por esses ramos da ordem jurídica. Assim procede a Lei nº 5.988, no art. 1, ao proclamar que regula os direitos autorais, entendendo-se por tal os direitos de autor e os direitos que lhe²¹ são conexos.

Já não tem porém sentido, quando se querem referir ramos da ordem jurídica, falar em Direitos de Autor ou em Direitos Autorais, porque o plural se adequa à multiplicidade dos direitos subjetivos mas não já à singularidade de um ramo da ordem jurídica²².

A expressão *direitos de autor*, ou *direitos autorais*, é ainda usada, em sentido impróprio, para designar as quantias que ao titular devem ser pagas em contrapartida da utilização por outrem da obra, ou do bem a que o direito se refere: veja-se o art. 117 IV. Se bem que corresponda a expressões utilizadas em outros setores da ordem jurídica, como *direitos aduaneiros*, semelhante terminologia não tem qualquer precisão e deve por isso ser evitada.

CAPÍTULO II O DIREITO AUTORAL COMO DIREITO CIVIL

10. A autonomia científica

I — O Direito Autoral é um ramo ainda em desenvolvimento, mas cuja importância é crescente.

²⁰ Cfr. *Direito Autoral*, pág. 256.

²¹ Deveria dizer *lhes*, porque se refere aos direitos de autor, e não ao autor.

²² Pela mesma razão por que se fala em Direito das Obrigações ou Direito Tributário, por exemplo, e não em Direitos das Obrigações ou Direitos Tributários.

É um ramo jovem da ordem jurídica. A sua autonomia legislativa só surgiu com a Lei nº 5.988: até lá, a matéria tinha a sua sede fundamental no Código Civil, nos arts. 649 a 673, sob a epígrafe “Da Propriedade Literária, Científica e Artística”, como sabemos. Veremos depois se o direito de autor representa realmente uma propriedade; por agora, observemos que, dada esta colocação do Código, a maioria dos autores a estudava integrada no Direito Civil. Após a Lei nº 5.988, alguns tratadistas sistemáticos do Direito Civil deixaram de referir a matéria²³.

Um pouco penosamente, este ramo vai também ganhando autonomia didática, embora sejam ainda raras as escolas em que se ministra o Direito Autoral²⁴.

O estudioso da matéria encontra também grandes dificuldades bibliográficas. Não há nenhuma obra de exposição genérica do Direito de Autor. Todavia, os últimos tempos têm visto aparecer o que já poderemos hoje chamar uma escola de direito de autor brasileira. Indicamos as obras publicadas na bibliografia final.

Recordamos que é nessa bibliografia final que se encontram as indicações completas de todas as obras citadas no texto.

II — O Código Civil não reconhecia o Direito de Autor como um ramo autônomo do Direito. A “Propriedade Literária, Científica e Artística” estava regulada nos arts. 649 a 673, como uma propriedade entre outras²⁵.

Mas esse obstáculo foi afastado com a vigente lei dos direitos autorais, que suprimiu a referência à propriedade. Nenhuma razão há hoje para integrar o Direito Autoral no Direito das Coisas.

O Direito Autoral ganhou assim autonomia legislativa²⁶. Como por outro lado a expressão não indica qual a natureza dos “direitos autorais” que regula, deixa o caminho aberto para uma qualificação doutrinária.

III — Mas o Direito de Autor representará materialmente um ramo autônomo do direito?

²³ Assim fizeram Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira.

²⁴ Cfr. o nosso *O ensino do Direito de Autor em Portugal e no Brasil*.

²⁵ Sobre esta matéria, cfr. Clovis Bevilacqua, *Direito das Coisas*, 1º § 55 I, que defende posição diversa da que ficou realmente consagrada.

²⁶ Embora o legislador brasileiro não tenha aceitado a qualificação da lei como Código, que constava do Código do Direito de Autor português de 1966. Quiçá com razão, porque alguns aspectos fundamentais do Direito Autoral ficaram por regular.

Sabemos das dificuldades que se suscitam a propósito da delimitação dos ramos do direito uns em relação aos outros. Apresenta-se normalmente como critério para a individualização dos ramos do direito a existência de princípios próprios e autônomos de cada ramo.

Esta busca de princípios é normalmente tormentosa: recorde-se o que se passa com o Direito Agrário. Mas o caminho, tomado por si, não parece errado. Será possível apresentar princípios que justificam uma autonomização do Direito Penal ou do Direito de Trabalho.

Acontecerá assim com o Direito de Autor? É evidente a índole ou fisionomia específica deste setor, a que está ligada uma grande complexidade. Mas já não é evidente a existência de princípios próprios, porque a doutrina não tem tido a preocupação de demarcá-los.

Refletindo sobre este fenômeno, chegamos à seguinte observação: a impressão inegável de especificidade deste ramo do direito resulta, não da demarcação de princípios próprios, mas tão-somente da índole do objeto. É por força desta particular índole, nomeadamente do caráter imaterial do bem, que se aceita que represente um ramo autônomo do Direito.

11. Posição na enciclopédia jurídica: a integração no Direito Civil

I — De fato, o Direito de Autor representa um ramo autônomo. As suas fronteiras são delimitadas com precisão muito superior à dos demais ramos do direito, pois abrange tudo o que respeita à disciplina da obra literária ou artística. A única instabilidade vem de o Direito de Autor ter tido de alargar o seu âmbito para acolher também o setor, ainda indefinido, dos direitos conexos, e agora, de novo, para o domínio da informática jurídica. Deu-se assim o trânsito do Direito de Autor para o Direito de Autor e Direitos Conexos²⁷ que, com maior ou menor entusiasmo, os autores acabam por admitir. Mas na prática usa-se ainda muito a designação antiga, Direito de Autor.

Mas qual a posição do Direito de Autor na enciclopédia jurídica? Qual a natureza jurídica deste ramo?

²⁷ Ou *Direito Autoral*, no Brasil. Que hoje se abre a um Direito da Comunicação.

II — Deveríamos começar por perguntar se o Direito de Autor se integra no Direito Público ou no Direito Privado. Sabemos que a distinção padece da insegurança dos critérios utilizados, mas não vale a pena aprofundar a análise porque é patente que o Direito Autoral respeita à situação dos particulares e não, de qualquer maneira, à estrutura e funcionamento dos órgãos públicos. Regras de índole pública, como as respeitantes à competência de órgãos administrativos, são meramente complementares em relação ao núcleo da disciplina, e são aliás em muito menor número que as que se encontram hoje em qualquer ramo do Direito Privado, exceção feita talvez ao Direito das Obrigações.

É pois claro que o Direito de Autor pertence ao Direito Privado ou, como preferimos dizer, a um amplo Direito dos Particulares, que regula a situação dos particulares no seio da sociedade²⁸.

III — Assente esta observação, lancemos agora a análise para outro setor. Sendo Direito Privado, o Direito de Autor integra-se no Direito Privado comum, ou Civil, ou será um Direito Privado especial? Sabemos que são estas as grandes divisões que se estabelecem. Todo o Direito Civil é Direito privado comum. O Direito Comercial, o Direito do Trabalho, possivelmente o Direito Agrário e outros cuja qualificação exata ainda se discute, como o Direito Previdenciário, são predominantemente apresentados como direitos privados especiais.

A relação que medeia entre Direito Civil e Direitos Privados especiais é uma relação de especialidade. Os direitos privados especiais especializariam os princípios do Direito Comum para as situações particulares que contemplam. O Direito Comercial adaptaria o Direito Civil às situações particulares do comércio; o Direito do Trabalho especializaria o Direito Civil, mais particularmente o Direito das Obrigações, para a situação de trabalho subordinado, tendo em vista particularmente proteger o trabalho prestado em empresa; e assim por diante.

IV — Realizará o Direito de Autor a especialização, para certo setor, de princípios de Direito Civil?

A resposta deve ser negativa. O Direito de Autor não adapta, cria de novo. Não há nenhum instituto do qual possamos dizer que representa a adaptação a um setor particular de regras de direito comum.

²⁸ Cfr. o nosso *O Direito*, nº 195 i.

Não sendo um ramo especial, o Direito de Autor não pode ser um direito privado especial. É Direito comum, ou civil.

Que posição ocupa, dentro do Direito Civil?

Representa um novo ramo de Direito Civil, a juntar àqueles que foram delimitados por Savigny.

A classificação germânica dos ramos de Direito Civil, apesar da sua aceitação prática, não pode na verdade ser considerada como um tabu. Críticas certas se lhe dirigiram já, demonstrando a falta de caráter científico do critério que lhe está subjacente²⁹.

Por outro lado, há já hoje outro ramo cuja inclusão insistentemente se reclama: os Direitos de Personalidade, ou o Direito da Personalidade. Pois também o Direito de Autor deve ser incluído, como o sexto ramo especializado do Direito Civil.

Ocupa-se este de um setor da atividade normal dos particulares, centrado na criação literária e artística. Tem uma unidade tão grande como a do Direito da Família, que se funda na instituição familiar, ou o Direito das Sucessões, que se funda no fenómeno sucessório. Por outro lado, respeita a direitos que se distinguem profundamente dos direitos reais ou das obrigações, como veremos, ou até dos direitos de personalidade. A especificidade evidente que apontáramos ao Direito de Autor implica a abertura de um novo termo na classificação do Direito Civil.

O Direito de Autor regula pois um setor diferenciado da vida dos particulares. Tem assegurada a sua autonomia como ramo de Direito Civil.

12. O Direito Industrial (Propriedade Industrial)

I — Há um ramo, paralelo ao Direito de Autor, que deveremos referir mais de uma vez: é a Propriedade Industrial. A sua proximidade é tanta que freqüentemente se unificam Direito de Autor e Propriedade Industrial sob a designação de “Propriedade Intelectual”. A organização internacional especializada nesta matéria chama-se mesmo Organização Mundial da Propriedade Intelectual (O.M.P.I.).

Na verdade, a chamada Propriedade Industrial (a que melhor se chamaria Direito Industrial) refere-se também a bens incorpó-

²⁹ Cfr. o que dissemos nos nossos *Reais*, nº 7.

reos, bens que se não deixam esgotar na materialidade das coisas que eventualmente lhes dêem o suporte material.

A Propriedade Industrial refere-se a diferentes bens, como as marcas e os inventos. Neste último caso é máximo o seu parentesco com o direito de autor, pois o autor da invenção também é protegido. De fato, há uma analogia no tipo de direito aqui e além considerados. Em todo o caso, a obra literária ou artística é uma criação, a invenção é uma descoberta. Isto tem importância na caracterização dos direitos que a uma e outra se referem.

Noutros casos pode haver dúvidas sobre a atribuição de certa matéria ao Direito de Autor ou à Propriedade Industrial. O exemplo mais nítido é o da obra de arte aplicada. Veremos porém seguidamente qual a posição tomada pela lei a este propósito.

II — A Propriedade Industrial, ou Direito Industrial tem a sua sede legislativa na Lei nº 9.279, de 14 de Maio de 1996³⁰. Esta regula as patentes e modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas, as indicações geográficas e a concorrência desleal. A firma ou nome comercial e o nome ou título do estabelecimento não são contemplados.

A semelhança de situações levará a ter em atenção as soluções de um dos ramos quando se proceder à análise do outro. Assim, o problema da obra de encomenda, no direito de autor, será resolvido considerando também o que sobre a invenção de empregado dispõe a lei da propriedade industrial (art. 6 § 2)³¹.

13. Fontes admissíveis

I — A conclusão a que chegámos quanto à natureza deste ramo do direito tem desde logo implicações quanto às fontes admissíveis.

Se o Direito Autoral é Direito Civil, caberá à União legislar sobre ele, por força do art. 22 I da Constituição.

E a forma adotada para esse efeito deve ser a de lei em sentido formal³². Não pode ser a de decreto, ou de qualquer outra fonte regulamentar. Estes não poderão ser utilizados, inclusive, invocan-

³⁰ D.O.U. de 15.05.96.

³¹ Sobre estas matérias cfr. as nossas lições de *Direito Comercial* — vol. II - *Direito Industrial*.

³² Sobre estas noções, remetemos para o nosso *O Direito*, nº 146.

do-se o art. 8 III, como instrumentos para a fiel execução das leis sobre o direito de autor. O decreto serve para a estruturação de órgãos públicos ou de atividades executivas, mas já não para definir a situação jurídica dos particulares. Não servirá nomeadamente para concretizar uma lei muito vaga, ou para suprir lacunas desta. Isto está reservado para a lei em sentido formal. O contrário seria inconstitucional.

II — Estes princípios gerais ganham muita atualidade perante o Conselho Nacional de Direito Autoral, de que falaremos mais desenvolvidamente no último título deste livro.

Ao Conselho, que é definido como um órgão de fiscalização, consulta e assistência no que diz respeito a direitos autorais (art. 116) são outorgadas amplas atribuições no art. 117. E entre estas há atribuições de caráter normativo: cfr. por exemplo os arts. 117 IV e 115, prêmio e § 2º.

Mais especificamente nos interessa o art. 117 I, que comete ao Conselho “determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais...”.

Pode-se perguntar se se consagra aqui uma competência normativa, ou de mera execução. Na prática, o Conselho tem entendido que lhe cabe o poder de concretizar os princípios estabelecidos nas leis de direito autoral, através de disposições genéricas. Fá-lo pelas chamadas resoluções, que são publicadas no *Diário Oficial da União* (art. 5 do Decreto nº 76.275, de 15 de Setembro de 1975, e arts. 13 e 15 da Portaria nº 248, de 9 de Abril de 1976).

As Resoluções do Conselho Nacional de Direito Autoral são pois concebidas como fontes de Direito Autoral.

III — Esta posição legal não poderá porém chocar-se com o princípio atrás recordado, da reserva das matérias de Direito Civil à lei em sentido formal?

As Resoluções do C.N.D.A. não suscitam nenhuma objeção quando se referem a matérias verdadeiramente executivas ou à estruturação dos serviços. É então nítida a sua natureza regulamentar.

Se se destinarem porém a demarcar a situação jurídica dos particulares, fixando a estes direitos e deveres, exorbitam do seu domínio e têm de ser consideradas inconstitucionais. Não cabe à administração definir o estatuto dos particulares. Este resulta da lei em sentido formal, e perante as dúvidas e lacunas que surgirem só os tribunais, caso por caso, se poderão pronunciar.

14. Fontes atuais e trabalhos de reforma

I — Como dissemos, a principal fonte vigente é a Lei nº 5.988, de 14 de Dezembro de 1973, que “regula os direitos autorais e dá outras providências”.

O art. 134 dispôs: “Esta Lei entrará em vigor a 1º de Janeiro de 1974, ressalvada a legislação especial que com ela for compatível”.

O que estará então em vigor?

É ressalvada a legislação *especial*. A legislação geral era a constante do Código Civil, particularmente nos arts. 649 a 673. Essa legislação está revogada, por efeito de revogação global³³. Só poderá eventualmente ter subsistido algum preceito que se conclua não respeitar afinal ao direito de autor, pois a revogação se faz por matérias e não por fontes. De todo o modo, não caberia na nossa disciplina.

Subsistem porém diplomas especiais, na medida em que forem compatíveis com a nova lei. Nesse caso, só pode haver revogação tácita, por incompatibilidade dos preceitos antigos com os resultados da nova lei, ou por substituição.

É disto manifestação a Lei nº 4.944, de 6 de Abril de 1966, sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão³⁴.

Quanto porém à indicação individualizada dos preceitos especiais que possam ter subsistido, será feita a propósito das matérias respectivas.

II — Legislação extravagante.

Após a Lei nº 5.988 surgiu numerosa legislação extravagante.

A principal foi já enunciada quando falámos na evolução posterior a 1973³⁵. Em vez de tratar um longo elenco, é mais produtivo referi-la a propósito das matérias a que respeita.

Alguma dessa legislação altera a própria lei dos direitos autorais.

É significativa a Lei nº 7.123, de 12 de Setembro de 1983³⁶, que revogou os arts. 93 e 120, I, da Lei dos Direitos Autorais, sobre o domínio público remunerado.

³³ Sobre esta categoria, cfr. o nosso *O Direito*, nº 160: é a revogação resultante de a nova lei regular globalmente um determinado domínio.

³⁴ Cfr. *infra*, nº 344.

³⁵ *Supra*, nº 7.

³⁶ D.O.U. de 13.09.83.

Mas também as alterações à lei dos direitos autorais serão referidas nos lugares respectivos.

III — Trabalhos de reforma legislativa.

Há ainda que contar com trabalhos de reforma legislativa geral da matéria do direito de autor.

Antônio Chaves, ele próprio presidente da comissão encarregada de proceder à reforma da legislação sobre direitos autorais, dá-nos conta do que foram os trabalhos iniciais³⁷.

No desenvolvimento dos trabalhos, foram apresentados dois Projetos de Lei dos direitos autorais. Um do Senador Luiz Viana (nº 249/89 do Senado). Outro, do Deputado José Genoíno Neto (nº 2.951/92).

Este último projeto apresenta-se como revolucionário. São os seguintes os pontos principais da inovação:

- 1) Abole o instituto dos direitos conexos
- 2) Toma como básica a figura do “criador intelectual”, em que engloba o autor e o intérprete e executante
- 3) Suprime a parte especial
- 4) Limita a titularidade dos direitos às pessoas físicas
- 5) Suprime a categoria de obra coletiva, mediante o entendimento da expressão como referida à obra de colaboração
- 6) Proíbe as cessões, quer totais quer parciais
- 7) Suprime o enunciado exemplificativo das obras intelectuais (ou como melhor se diria, das obras literárias e artísticas)
- 8) Autonomiza os contratos de direito autoral
- 9) Suprime a referência à categoria do direito moral ou pessoal de autor
- 10) Tutela extremamente o autor e silencia sobre o artista
- 11) Restabelece o domínio público remunerado

Sobre este projeto recaiu a nossa crítica, em “O Projeto de Lei dos Direitos Autorais do Deputado José Genoíno Neto³⁸”. A crítica foi severa, por o sistema proposto não oferecer condições mínimas de funcionamento.

IV — Pelo contrário, o outro projeto tramita atualmente pela Câmara dos Deputados.

³⁷ *Direito de Autor* — I, págs. 44 - 47.

³⁸ ABERT (Rio de Janeiro), 1993.

15. Razão de ordem

Por motivos pragmáticos, vamos centrarmo-nos inicialmente apenas no direito de autor. Só mais adiante examinaremos *ex professo* os direitos conexos, e consideraremos globalmente os problemas que eles suscitam.

Vamos seguir nesta exposição em princípio o seguinte itinerário:

Depois das noções introdutórias examinar-se-ão ainda, como problemas prévios, a posição do Direito de Autor na Enciclopédia Jurídica, e o Direito Internacional de Autor.

Fixaremos depois a nossa atenção na obra literária e artística, como o bem que justifica o instituto do direito de autor, e atenderemos também aos problemas suscitados por figuras recentes.

Por razões pragmáticas aí se consideram também problemas ligados à atribuição do direito de autor e à publicação. Mas o núcleo desta parte estará na análise do próprio conteúdo do direito de autor, nomeadamente no referente aos chamados direitos pessoal e patrimonial.

Principiamos por uma análise estática. Ainda incluimos os modos de utilização, em que distinguiremos os direitos de remuneração dos exclusivos de utilização da obra, e dentro destes as faculdades instrumentais (relativas ao exemplar) das de apresentação pública da obra.

Enfim, temos o tema de duração e, em conexão com ele, o do domínio público.

Na dinâmica estudaremos as principais vicissitudes que atingem o direito de autor. Os problemas da transmissão e da sucessão têm aqui o seu lugar próprio. Mas também estudaremos a publicidade e as formalidades.

Uma matéria de grande significado é a da incidência da autonomia privada. Colocaremos o problema em geral e examinaremos depois em especial contratos como a edição, a representação, a fixação fonográfica e a tradução.

Será então a vez, como dissemos, dos direitos conexos. Haverá que considerar o estatuto dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, e ainda outros direitos. Procuraremos ainda fixar aspectos comuns a estes vários direitos.

A Parte Especial referirá os regimes específicos que são suscitados por certas categorias de obras. Consideraremos o regime da obra de arte aplicada, da obra fotográfica e da obra cinematográfica, bem como situações novas, ligadas à informática, que se traduzem também por regimes especiais.

A proteção dos bens informáticos, na sua ligação com o Direito Autoral, será autonomizada num capítulo próprio.

Segue-se a análise da tutela do direito de autor. Poderia ser apresentada como um capítulo de um dos títulos anteriores, mas a autonomização é aconselhada, não só pela sua importância, como pelo fato de respeitar simultaneamente ao direito de autor e aos direitos conexos.

A natureza jurídica do direito de autor é um dos problemas clássicos da ciência jurídica. Preferimos só o tratar após os outros aspectos, dentro da nossa convicção de que a natureza de um instituto tem de ser traduzida pelo regime jurídico. Ainda distinguimos a estrutura do direito e a sua natureza jurídica, como problemas diversos.

A gestão coletiva do direito de autor, como fenómeno de importância crescente — que chega até à gestão coletiva obrigatória — será objeto de atenção especial.

Uma última parte é dedicada aos aspectos do Direito Autoral na sua relação com países terceiros. Teremos assim o Direito Internacional de Autor e os reflexos da integração económica internacional sobre o Direito Autoral.

Um índice ideográfico permitirá aos interessados seleccionar rapidamente os temas que procurarem.

TÍTULO II

A OBRA LITERÁRIA OU ARTÍSTICA

16. A criação do espírito

I — Incluiremos um capítulo sobre o objeto; sem compromisso com a questão doutrinária de ao fim aceitarmos tecnicamente que a obra seja o objeto do direito de autor. Basta-nos dizer que o direito de autor pressupõe uma obra, que não há direito de autor sem obra, seja essa obra ou não tecnicamente o objeto do direito; ou dizer, mais vagamente ainda, que a obra é o objeto da proteção no Direito de Autor.

O art. 6 ensina-nos que “são obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas”, e insere depois uma longa lista de tais obras. De modo análogo procede a Convenção de Berna, em que aquele preceito se inspira, ao englobar nas “obras literárias e artísticas” todas as produções do domínio literário, científico ou artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão (art. 2 al. 1).

II — O Direito de Autor tutela necessariamente criações do espírito.

Deste simples ponto de partida já se retiram orientações fundamentais.

Antes de mais, toda a obra relevante é uma obra humana. Uma forma natural, por mais bela que seja, não é obra literária ou artística; não o é o quadro pintado por um animal; ou o ferro retorcido encontrado nos destroços de um avião; ou formas caprichosas moldadas pela neve. Por mais sugestivos que sejam, não são obras humanas, e não podem, pois, usufruir da proteção do Direito de Autor³⁹.

Tudo isto resulta diretamente do art. 1, que fala em criações intelectuais, por qualquer modo exteriorizadas. Admitindo a identidade entre criações intelectuais e criações do espírito, a referência às criações do espírito deve ser cuidadosamente analisada.

III — Conseqüentemente, a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura. Só se capta através do espírito. Um animal é completamente opaco à obra literária ou artística, só chegando

39 Cfr. Ulmer, *La notion d'oeuvre*.

à percepção de manifestações físicas dispersas, como cores, sons ou movimentos.

Logo, todo o Direito de Autor é necessariamente Direito da Cultura. A componente cultural tem de ser aqui muito forte, não se deixando absorver por preocupações comercialistas ou egocêntricas, por exemplo.

IV — A criação e a descoberta.

Enfim, a referência à criação permite-nos uma divisão fundamental, que dissociará o domínio do Direito de Autor de todos aqueles que lidam com a atividade de descoberta de leis ou processos objetivamente preexistentes, mas não conhecidos até então.

As descobertas do domínio científico são realmente descobertas. Por mais geniais, representam sempre o progresso no conhecimento numa ordem objetiva, que sempre existiu, mas a que o espírito humano só gradualmente se vai elevando.

Pelo contrário, as criações que nos interessam são verdadeiras criações. Não havia o filme cinematográfico, por exemplo, no conjunto das significações objetivas da sociedade. O seu autor criou-o, lançando a sua marca pessoal, de tal modo que nenhum outro idêntico haverá. Há uma verdadeira criação, que enriquece o patrimônio cultural.

17. Idéias, processos, temas

I — Criações do espírito são as idéias.

Mas sustenta-se categoricamente que não há propriedade ou exclusividade de idéias⁴⁰. As idéias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade. É inimaginável um sistema em que as idéias de alguém fossem restritas na sua utilização.

O problema tem grande importância prática. Certos países, e a antiga União Soviética em primeiro lugar, buscaram por meios indiretos a *proteção dos inventores ou autores de descobertas científicas*.

Esta posição suscitou porém reações tão vastas que nenhum progresso foi durante longos anos obtido. Finalmente, chegou-se a um Tratado em 7 de Março de 1978, em Genebra⁴¹. Mas limita-se

⁴⁰ Só em raros autores, como De Sanctis, *Autore*, § 40, encontramos a admissão de uma certa tutela das idéias.

⁴¹ Cfr. o nosso *Direito Industrial*, nº 59.

a instituir um registro internacional, que marca somente a data da comunicação pública. Não se atribuem nenhuns direitos especiais ao autor da descoberta. Se não se sair deste caminho, não se porá em risco o princípio da liberdade das idéias.

Já as aplicações industriais das descobertas científicas podem ser protegidas através das patentes de invenção, de que falaremos a seguir.

II — Processos.

Também não podem ser tutelados os processos, seja de que gênero forem.

Assimilam-se-lhes os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios e as descobertas.

A obra não é uma idéia de ação. Um plano de estratégia militar não é a obra que nos interessa. O problema tem sido muito discutido a propósito de esquemas publicitários, de guiões para concursos de televisão, etc. Aqui a idéia comandaria uma determinada execução, que se visaria proibir. Mas esta proteção, ou cabe em qualquer dos quadros da propriedade industrial, ou não se admite⁴².

A idéia em si, quer seja ou não reitora de atividade humana de execução, não é objeto de proteção em termos de direito de autor⁴³.

Muitos casos têm surgido na jurisprudência. Assim, foi rejeitada a acusação de que o programa de televisão “Você decide” seria plágio do programa “O Povo é o Juiz”⁴⁴.

III — Temas

Enfim, também não são protegidos os temas.

Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. Uma Inês de Castro não preclui todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede a erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema.

42 Cfr. Desbois, *Le droit d'auteur*, 2ª ed., n.º 20 bis. Refere também Brugi, *Lecita appropriazione*, págs. 122 e segs., a recusa de proteção ao autor de um projeto de reforma legislativa, que foi convertido em lei, e afirma com itálica ênfase: “Falar de uma propriedade das idéias é talvez o maior absurdo que jamais tenha sido pronunciado”.

43 É desta natureza o caso do sistema de publicidade, referido e analisado por Hermano Duval, em *Obra Protegível*, n.º 5.

44 Ac. de 17.04.96 do TJERS, proferido na Apelação Cível n.º 5.731/95.

18. A exteriorização dum criação de espírito

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

II — Se a obra não é pois meramente a criação do espírito, temos de fazer realçar a segunda parte do preceito legal: a criação deve ser de qualquer forma exteriorizada.

De fato, a criação do espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável pelos sentidos. Esta exteriorização pode realizar-se das mais diversas maneiras, e os avanços técnicos permitem cada dia descobrir novos processos de expressão de criações do espírito. A idéia, para se comunicar, tem pois de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão. Essa maneira de expressão pode ser designada a *forma*, utilizando o sentido jurídico precípua segundo o qual por forma se entende sempre um modo de manifestação. Recordemos que, nos atos jurídicos, a forma é o modo de manifestação da vontade.

Assim, a obra literária ou artística é uma criação intelectual exteriorizada. Pode essa manifestação fazer-se por um texto escrito, ou até oralmente, como nas conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; pode fazer-se pelo desenho, pela fotografia, pelo cinema; pode ser uma obra musical ou uma carta geográfica. Em qualquer caso, ela representa a exteriorização de uma criação do espírito.

III — Mas há que ir mais longe, através de uma reflexão sobre a criação do espírito que está na base da obra literária ou artística.

Essa criação do espírito não é a idéia pura, como seja a verdade filosófica, a captação dum estado de espírito, a visão dum princípio estético e assim por diante.

A criação do espírito, desde o início, está associada necessariamente à forma. É uma idéia formal; deverá revestir-se de uma forma, que é a essência da obra.

Pode não haver nada, no plano das idéias substantivas, e todavia haver obra literária ou artística. O Compêndio de Filosofia 100%

nulo como contributo científico não deixa por isso de ser obra literária. O desenvolvimento formal dum tema clássico pode não trazer nenhuma acessão à problemática básica. Na música ou na pintura não há que indagar de nenhuma idéia que não seja a idéia estética como antevisão da forma.

Isto significa que a própria criação do espírito a que se faz apelo na obra literária ou artística é desde o início uma criação no domínio da forma.

19. A materialização no exemplar

I — Se repudiamos a tentação idealística e distinguimos a obra da idéia, devemos repudiar também a tentação materialística, não confundindo a obra com o suporte material que a encerra. A este se chama o *corpus mechanicum*, mas parece-nos a expressão inadequada e dispensável, pelo que a vamos evitar.

A obra musical não é a partitura musical: por isso não se perde, se se destruírem todos os exemplares, enquanto houver a possibilidade de ser reconstituída. A obra arquitetônica não é o prédio: ainda que este seja demolido, a imitação não se tornou livre, pois a traça pode ser reconstituída⁴⁵.

II — Esta distinção só penosamente se foi impondo. No século passado ainda se consideravam objeto da proteção os “livros” e outros objetos. Isso foi acolhido na Convenção de Berna e nela se manteve por efeito da inércia: no art. 2/1 exemplificam-se como obras “os livros, folhetos e outros escritos”. Por sua influência, o art. 6 I da lei brasileira tem redação análoga. Mas o que é a obra é o texto literário, como obra imaterial, esteja ele materializado ou não num exemplar⁴⁶.

A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos. Por isso, o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.

III — A Convenção de Berna permite expressa e genericamente, no art. 2/2, o condicionamento da tutela de qualquer obra, pelas

45 Por isso nos parece de repelir a afirmação de Algardi, *Il plagio*, 32 e segs., de que o bem incorpóreo só é tutelável quando é também substância sensível.

46 É doutrina amplamente aceite. Cfr. por exemplo Larenz, *Parte general*, § 16 iii.

legislações nacionais, à fixação num suporte material. Serão os Estados que, por preocupações de segurança, terão de determinar quando se justifica esta exigência.

Os sistemas de *copyright*, justamente porque se baseiam na possibilidade de reprodução, exigem a fixação material como condição de proteção. É o que se passa ainda hoje na lei americana do Direito de Autor, que exige um meio tangível de expressão.

20. Significado do suporte material

I — O princípio é o de que a obra é *independente de qualquer fixação ou materialização*. Mas este princípio sofre exceções.

As implicações relacionadas com a transmissão da obra conjuntamente com o exemplar serão examinadas quando falarmos das vicissitudes⁴⁷.

O art. 6 IV inclui no elenco “as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por qualquer outra forma”. Neste caso, a fixação condiciona realmente a proteção.

II — Para além dos casos expressos na lei, supomos que *há obras que, por natureza, estão dependentes de uma fixação*. Assim acontece com a obra cinematográfica: se se perderem todos os filmes, não há mais uma obra que possa ser utilizada. O mesmo diremos da obra fonográfica que nasce e morre com a gravação; da obra fotográfica⁴⁸, embora esta não esteja dependente do negativo; da obra radiofônica; da obra televisiva e da videográfica; e ainda com a generalidade das obras de arte plástica, como as pinturas, em que não há obra sem uma primeira encarnação. A estas últimas voltaremos quando tratarmos do regime especial da obra de arte plástica⁴⁹.

Pode é falar-se nestes casos, mesmo após a destruição do suporte material, na subsistência de uma espécie de proteção negativa. Por ela seria vedado nomeadamente o plágio.

III — O que dissemos permite-nos reduzir a um enunciado triplo a independência entre direito de autor e o suporte material. Em princípio:

47 Cfr. *infra*, nº 229.

48 Assim, expressamente, para as obras artísticas, e em particular as fotografias, Antônio Chaves, *Direito de Autor* — I, 55.

49 Cfr. *infra*, nº 493.

— o direito de autor não depende da existência de suporte material;

— o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor (art. 38);

— o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar. Falta referir especificamente o último princípio.

O direito de autor não é afetado se se produzem ou multiplicam exemplares. Quer a propriedade caiba ao autor ou, mesmo originariamente, a terceiros, não se multiplica o número de obras. Nem o autor pode pretender quaisquer direitos sobre o exemplar. Aliado um quadro, a propriedade é mesmo do comprador, não obstante o direito de autor continuar a pertencer ao pintor.

Como um afloramento destes princípios temos o art. 9, que dispõe, de modo não inteiramente feliz, que “à cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original”. Em todo o caso, em matéria de obra de arte plástica há que contar com o regime particular constante do art. 80. Examinaremos esta matéria no capítulo dedicado à obra de arte plástica, e veremos qual o estatuto jurídico, nessas obras, do exemplar original⁵⁰.

As implicações que, em casos especiais, pode haver entre direito de autor e exemplar serão examinadas nos lugares respectivos. Atenda-se particularmente ao que se dirá quanto ao direito de pôr em circulação.

21. O direito sobre o exemplar

I — Sobre o exemplar da obra recai, em princípio, uma propriedade como qualquer outra.

O proprietário do exemplar não participa, como tal, do direito de autor. O art. 38 dispõe genericamente que a aquisição “de exemplar de instrumento ou veículo material de utilização de uma obra” não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais de autor.

Mas em certos casos há uma ligação mais estreita entre exemplar e direito de autor.

O art. 56 determina que a tradição do negativo ou de meio de reprodução análogo induz à presunção de que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia. Embora apresentado como

⁵⁰ *Infra*, nº 301.

uma presunção, cria um nexo entre veículo material e direito de autor. Repare-se que se afasta a regra do art. 53, de que a cessão se deveria fazer sempre por escrito.

II — Para além disso há toda a problemática da *obra de exemplar original*, ou tendencialmente tal, como a obra das artes plásticas. A ela se refere também o art. 38. Mesmo então são separáveis obra e exemplar e a obra continua a não depender necessariamente — salvo falta de prova — do destino do exemplar.

Mas o original ganha um valor muito particular. Embora esse valor seja essencialmente histórico, pois muitas vezes só por processos científicos é possível apurar qual a obra original e qual a copiada, em todo o caso esse interesse pode repercutir-se no direito. Mas o problema será mais proveitosamente examinado a propósito das obras das artes plásticas.

22. Forma e conteúdo. Forma interna e forma externa

I — Tradicionalmente, fazia-se a distinção entre a forma e o conteúdo da obra. Só a forma seria vinculada, enquanto que o conteúdo seria livre.

Esta distinção é posta em causa pela figura do plágio. *Plágio* não é cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente. Por isso se distinguem a usurpação e a contrafacção. Na usurpação apresenta-se sob próprio nome a obra alheia. A contrafacção permitiria já abranger os casos em que a obra não é simplesmente reproduzida mas retocada, de maneira a parecer obra nova.

Não há porém plágio se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objeto, tiverem uma individualidade própria. O critério da individualidade prevalece sobre a semelhança objetiva. Mas individualidade tem aqui o exato sentido de criatividade. Decisivo é que nada se acrescenta à criação alheia a que se recorreu.

Já sabemos que a essência criativa não é a idéia pura, que como tal é livre. Esta funcionará como *tema*: mas um tema pode ser milhares de vezes aproveitado sem haver plágio. Pode ser um tema histórico, um tema de ficção, como o de Romeu e Julieta, ou qualquer outro⁵¹. O plágio só surge quando a própria estruturação

⁵¹ Por exemplo, não haveria plágio se um autor retomasse um tema de Zola, para o apresentar porém sob uma luz espiritualista e não naturalista. Também

ou apresentação do tema é aproveitada. Refere-se pois àquilo a que outros autores chamam a *composição*, para distinguir quer da idéia quer da forma⁵².

Pensou-se todavia que a noção de *forma* teria extensão suficiente para abranger também esta realidade. Antes se deveria distinguir da forma externa a forma interna: a estrutura da obra deveria considerar-se a forma interna, que não pode igualmente ser apropriada⁵³.

II — A doutrina alemã moderna põe em dúvida a adequação da antinomia forma/conteúdo. Em certas obras, como as musicais ou de arte abstrata, não seria sequer possível fazer a distinção⁵⁴; noutros casos a proteção não poderia deixar de se estender ao conteúdo, como no caso da adaptação cinematográfica de um romance que evitasse reproduzir os diálogos. Assim, não pode ser considerada contrafação a apresentação sob próprio nome do argumento dum filme que se baseou em idéia alheia, se o ideador não lhe deu forma literária. Se não há forma, não há obra preexistente, logo não há apropriação. O problema só se poderia colocar se pertencesse a outrem a forma interna, compreendendo a seqüência das cenas, a interação das personagens e os outros elementos que a caracterizam.

Suscita-se assim a necessidade de traçar uma nova fronteira. E esta vai ser buscada na contraposição entre os elementos pré-dados e o contributo criador. Haverá ainda obra, apesar da utilização de elementos precedentes, desde que haja um espaço de criação individual⁵⁵. E assim se chega a noção de *individualidade* como a

o tema de “O Marinheiro”, de Fernando Pessoa, pode ser aproveitado para qualquer outro drama, mas a sua estrutura não.

52 Cfr. Hermano Duval, *Plágio*, 197.

53 Corretamente Eduardo Manso, *Obra Encomendada*, pág. 52. Muito certo, San Tiago Dantas observou que a antiga expressão “objeto formal” permite abranger o fenómeno de a um mesmo tema ser atribuído tratamento diverso e original por outro autor: há um objeto material comum, mas a cada obra “corresponde forma própria, não no sentido exterior dessa palavra, via de regra aplicada aos meios de manifestação do pensamento, mas no de ideação, de arcabouço interno, definição de situações, de personagens, sua interação na perspectiva do tempo”: *Divulgação clandestina*, pág. 411.

54 Também a dicotomia não permitiria traçar os limites da utilização da obra alheia, pois haveria casos em que a forma seria utilizável, e casos em que o conteúdo não o poderia ser: Ulmer, *Urheber*, § 19 vi.

55 Neste sentido Ulmer, *Urheber*, § 19 V 2.

decisiva para a caracterização da obra; tal como a referência ao espaço em branco (ou *Spielraum*) se tornou básica neste domínio.

III — Aprofundaremos adiante esta característica da individualidade da obra. Por agora, diremos que preferimos falar de individualidade, e não de personalidade da obra.

Antes de mais, porque a *obra não é uma qualidade do autor*.

Ela é de fato uma criação do espírito e tem portanto necessariamente uma atividade humana na sua origem. Mas tem de ser exteriorizada, e uma vez exteriorizada já é um elemento estranho ao seu autor. O autor de uma poesia pode recitá-la, mas qualquer outra pessoa a pode recitar também; pode modificá-la, mas com isso não suprime a forma anterior que cada um de nós terá todo o direito até de preferir.

Quer dizer, isto já bastará para distinguir o direito de autor e os bens da personalidade. Como veremos, houve quem quisesse considerar o direito de autor um direito de personalidade, mas essa teoria parece não resistir a uns momentos de reflexão.

Mas falar em *personalidade* da obra prestava-se ainda a outro equívoco. Pareceria exigir-se que a obra fosse tão personalizada que através dela o autor fosse reconhecível. Mas, se isso acontece nas obras de maior nível criativo, não pode ser generalizado como condição de proteção. Pode haver autonomia e criatividade mesmo quando a obra não seja suficiente para retratar o autor.

Por tudo isto, centraremos a nossa pesquisa subsequente na noção de individualidade da obra.

23. A qualificação “literária ou artística”

I — Prestemos agora atenção a outro aspecto.

Fala-se muito freqüentemente, a propósito do direito de autor, em obra intelectual: assim procede a lei dos direitos autorais.

A noção é porém demasiado vasta. Obras intelectuais são também a generalidade das obras protegidas pela propriedade industrial. São obras intelectuais as marcas, são obras intelectuais as patentes. Estas últimas são efetivamente modelos para a ação, enquanto representam processos de fabrico. A sua proteção convém à índole da Propriedade Industrial, mas não à do Direito de Autor que não protege processos, protege a formalização das idéias.

Surgem problemas de fronteira a propósito das *obras de arte aplicada*. Há legislações que as relegam exclusivamente para a

propriedade industrial: a proteção outorgada por aquela excluiria qualquer outra proteção. A lei brasileira não recusa porém a proteção própria do direito de autor. O art. 6 XI engloba “as obras de arte aplicada, desde que o seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas”. Neste caso, é-lhes inteiramente aplicável a proteção conferida pelo direito de autor.

Para distinguir o nosso domínio da Propriedade Industrial não devemos por isso falar em obra intelectual, mas em obra literária e artística.

II — O proêmio do art. 6º contém a definição de obra intelectual: são as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas.

Este trecho suscita numerosas observações. Para o que interessa aqui, acentuaríamos que melhor seria ter dito que obra é a *exteriorização dum criação do espírito* que uma criação intelectual, por qualquer modo exteriorizada.

É certo que é a fórmula legal a que se aparenta com congêneres estrangeiras. Mas tem o defeito de apresentar a exteriorização como uma espécie de requisito extrínseco da tutela da criação do espírito. Não é assim: a forma é o próprio objeto da tutela.

É claro que à forma só se chega com a criação intelectual. Mas há que evitar toda a confusão entre a criação que conduz às idéias puras e a criação que levou àquela forma. Justamente essa confusão se evita se falarmos na forma, ou na exteriorização da criação do espírito, e não na criação intelectual de qualquer modo exteriorizada.

III — No que respeita às obras em si, elas só são de duas categorias: literárias ou artísticas.

No início deste século generalizaram-se, mesmo em diplomas oficiais, referências à “propriedade literária, científica e artística”. Mesmo afastando a qualificação como propriedade, derivaria daqui uma tripartição das obras tuteladas.

Mas não é assim, como bem distingue o art. 2/1 da Convenção de Berna. As obras, na sua forma, são sempre ou literárias ou artísticas. Podem é provir do domínio literário, científico ou artístico, o que é realidade diferente. A obra científica não é a teoria, é a forma literária (e eventualmente artística) que a exprime. A lei dos direitos autorais, não só toma como conceito básico “obra intelectual”, como continua a utilizar por vezes a qualificação “obra literária, artística ou científica”: cfr. o art. 4 XII, por exemplo. Seria preferível a qualificação técnica das obras como literárias ou artísticas, a exemplo da Convenção de Berna.

24. A tutela dos projetos

I — Ocorre perguntar se os meros projetos de atuação futura, por qualquer modo exteriorizados, podem ser protegidos como obras literárias ou artísticas.

A resposta é negativa. O projeto em si não merece tutela. O Direito de Autor tutela exteriorizações, abstraindo da sua qualificação possível como projetos ou esquemas de ação.

Assim, o roteiro dum filme, se for protegido, é-o como obra literária por si, e nunca como etapa na realização da obra cinematográfica final. O roteiro não é seguramente obra cinematográfica, e o plano de realização do filme não cai na tutela do Direito de Autor.

II — O art. 6 X inscreve porém, entre as obras intelectuais, “os projetos, esboços e obras plásticas” concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência.

A referência ao projeto de engenharia é a que cria as maiores dificuldades. Teremos oportunidade de retomar este ponto mais tarde.

Considerando agora o problema em geral, pareceria que por esta previsão se imiscui uma tutela específica do projeto, que afinal sempre mereceria proteção. A diferença estaria em que o projeto seria protegido quando a obra final (a obra de arquitetura, por exemplo) fosse protegida. Mas sempre um esquema para a ação acabaria por merecer a tutela do Direito de Autor.

Não cremos que seja assim.

Basta pensar que o mesmo art. 6 refere como obras “as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza” (IX), que distingue do projeto. Há assim diferença entre a tutela da obra e a tutela do projeto.

O que representa então o “projeto” que, juntamente com os esboços e obras plásticas, é referido no inc. X?

A lei quer prever aqui, não meros esquemas para a ação, mas elementos preparatórios ou auxiliares que possuam valia estética por si. Estes trabalhos, como é da experiência corrente, oferecem por vezes um elevado nível estético. A lei não tutela então a manifestação da obra de arquitetura nem o esquema para a ação, mas uma nova obra, pela valia estética que apresente.

Isto nos permite concluir que, em todos os casos, não se consideram os esquemas para a ação, mas as obras literárias ou artísticas, ainda que simultaneamente os incorporem.

III — O art. 2/1 da Convenção de Berna refere também os planos, esboços e obras plásticas relativas à *topografia*. O art. 6 X procede do mesmo modo.

Mas a conclusão não pode ser diferente daquela a que chegamos para a obra de engenharia.

Também na topografia não há uma obra final tutelável por direito de autor.

Se considerássemos o projeto tutelado por si, acabávamos por, indirectamente, outorgar proteção ao resultado final, que é indissociável daquele projeto.

Para evitar esta contradição, temos de concluir que a Convenção está a referir elementos preparatórios ou acessórios duma realização topográfica final, que tenham por si valia estética.

São estes que podem ser tutelados, em situação análoga à que deparamos atrás.

IV — Concluimos assim que o projeto ou categorias análogas nunca são autonomamente tuteladas pelo Direito de Autor.

Podem porém receber uma tutela reflexa:

1) quando são por si obras, caracterizadas pela valia estética (ex., um projeto de arquitetura) ou literária (ex., um livro de instruções);

2) quando são o estágio inicial duma obra e têm a mesma natureza do que esta, dentro do princípio de que o direito de autor tutela a obra logo desde os seus estádios iniciais. É o caso do esboço duma pintura. Mas é então claro que o estágio do projeto só recebe tutela se a obra final for tutelada.

25. A exclusão dos modos de expressão vinculados

I — O Direito de Autor tutela a criação do espírito, no que respeita à forma de expressão.

Já sabemos que isso não acontece quando a obra se situa no limite do óbvio. Não teria sentido outorgar um exclusivo em contrapartida de uma “criação” que representa a mera aplicação de idéias comuns.

Prolongando esta linha, vamos chegar a uma conclusão que tem já considerável importância para o nosso tema.

II — Não há a criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, *quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a idéia.*

O matemático exprime a sua descoberta numa fórmula matemática. Esta fórmula é modo de expressão; mas é modo de expressão obrigatória, não livre. Não há criatividade no modo de expressão. Logo, não há obra literária ou artística.

O químico também se comunica através de fórmulas. Mas essas fórmulas são obrigatórias, pelo que não são tuteladas. Houve descoberta, mas não criação de um modo de expressão. Estas referem-se sempre a mera "notação", se podemos recorrer a este termo.

Generalizando agora, diremos que a expressão das descobertas é sempre livre, enquanto represente apenas a forma obrigatória de expressão da realidade.

Mas o princípio não se aplica apenas ao domínio das descobertas. Todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade e não há, portanto, obra literária ou artística. Esta, repetimos, situa-se no domínio da expressão, e não no da idéia.

Esta posição terá fecundas conseqüências na qualificação dos programas de computador, quando se tratar de apurar se são obras literárias. Preferimos porém concentrar tudo o que respeita à informática em capítulo próprio, pelo que abstrairemos agora desta figura.

26. Obras dramáticas e dramático-musicais. Encenação

I — O art. 6º III prevê as obras dramáticas e dramático-musicais. A sua característica é serem em si textos, como tal protegidos, mas terem a potencialidade de serem atualizados mediante representação cênica. Surge assim a representação como forma típica de utilização desta categoria de obras. Dela falaremos entre os direitos patrimoniais.

E a encenação? Encenador é o diretor ou realizador teatral, aquele que dirige a representação. Poderemos incluir entre as obras literárias ou artísticas a encenação doutras obras?

O problema tem sido discutido. Vários autores se pronunciaram neste sentido, como Troller⁵⁶; mas mais freqüentes são as pronúncias em sentido contrário⁵⁷.

⁵⁶ *Immaterialgüterrecht*, i, § 21 iii 8.

⁵⁷ Cfr. Desbois, *Le droit d'auteur*, nºs 184 a 186 bis; Ulmer, *Urheber*, § 28 iv, que excepciona compreensivelmente a hipótese de haver uma verdadeira transformação da obra preexistente.

II — Nos casos normais, acenar-se-á para o carácter criador da atividade do encenador, que provocará vivências que não estavam implicitamente contidas na obra que ele leva à cena.

Mas para que a encenação representasse uma obra literária ou artística, teríamos de encontrar uma obra de encenação, diferente da obra dramática ou dramático-musical que está a ser representada. O que não é o caso.

A encenação não cria uma nova obra dramática. Se há alteração da obra dramática preexistente teremos verdadeiramente uma transformação desta, mas então nada nos autoriza a falar de uma obra de encenação.

Também a encenação não é uma obra de natureza diferente. Se se pretender ver esta nas instruções para a apresentação em cena, defrontamos o princípio de que as instruções não são tuteladas por si.

Se virmos essa obra no próprio espetáculo teatral, teremos uma realidade diferente, que é atingida pelo direito ao espetáculo, que não é atribuído ao encenador. Daquele falaremos entre os direitos conexos.

Poderá ripostar-se que o mesmo acontece afinal na obra cinematográfica, em que o realizador é considerado autor.

É verdade. Mas justamente a obra cinematográfica é uma obra diferente da obra preexistente. É uma obra cinética, não um texto. Ora, em relação à obra dramática ou dramático-musical não se encontra um novo gênero que seja diferente do texto em que se baseia.

III — Concluimos assim que se não encontra espaço para a inclusão da encenação entre as obras literárias ou artísticas.

O fato de a sua interpretação poder ser criadora também não traz nenhuma dificuldade insuperável. Demonstraremos ao considerar a interpretação artística que o carácter criador duma interpretação não implica que ela seja tutelada por um direito de autor.

E isto está de acordo com os princípios. Como diz Ulmer, o encenador é o primeiro entre aqueles a quem é devida a interpretação artística da obra. É protegido pois pelo direito conexo dos artistas⁵⁸. Noutras ordens jurídicas, determina-se que os atores são representados pelo encenador, o que implica a integração na categoria dos artistas. O fato de eles não serem por si intérpretes ou executantes

⁵⁸ *Urheber*, § 28 iv 2.

não é obstáculo. Veja-se o art. 95 § único que determina que quando na interpretação ou execução participarem vários artistas, os seus direitos serem exercidos pelo diretor do conjunto. Parece que é neste mesmo sentido que deve ser interpretado o art. 95 § único: o encenador é o diretor do conjunto dos intérpretes⁵⁹.

27. O problema das obras fonográficas e de radiodifusão sonora

I — Poderemos individualizar uma categoria de obras fonográficas e radiofónicas?

Só nos poderá interessar a radiodifusão sonora. A radiotelevisão estará na origem de obras audiovisuais: é-lhe referível a problemática própria destas.

O art. 83 da lei dos direitos autorais referia a utilização do fonograma, o que pressupunha a categoria das obras fonográficas. Fonograma é a fixação, exclusivamente sonora, em suporte material (art. 4 VII)⁶⁰. Esse artigo foi porém vetado.

Da Convenção de Berna tal como da generalidade das leis ou convenções, não consta referência à obra fonográfica nem à obra radiodifundida.

II — E compreende-se porque o não fazem. O fonograma ou a emissão de radiodifusão são meros suportes ou veículos dum conteúdo. Não criam uma nova obra, fixam ou transmitem (quando o fazem) obras preexistentes.

Suponhamos a gravação de um concerto. Usam-se hoje processos técnicos extremamente aperfeiçoados. Consegue-se na fixação uma pureza quase total.

Isto significa que a gravação é uma obra em si? Não, porque não é criação, é reprodução — permita-se-nos usar o sentido amplo do termo. Basta pensar que quanto mais perfeita, menos criativa é; a perfeição está na imitação total da realidade. Até se pode dizer — mais perfeito que a realidade —, querendo-se com isto significar que se podem afastar, por exemplo, impurezas sonoras. Mas em qualquer caso persegue-se um modelo preexistente, não se cria.

⁵⁹ O art. 6 X refere os projetos, esboços e obras plásticas respeitantes à cenografia. Mas não se tem aqui em vista a encenação mas os próprios cenários, ou quando muito a formulação plástica da encenação.

⁶⁰ Veja-se o art. 3 b da *Convenção de Roma* de 1961.

Por isso o fonograma é técnica, e não criação. Os produtores de fonogramas tentaram fazer atribuir a si mesmos o qualificativo de autores fundando-se na arte de que se revestiria a sua intervenção. Mas mesmo abstraindo da circunstância de essa “arte” não ser do produtor, mas do realizador, em todo o caso continua a não haver nova obra, além daquela que é gravada.

III — Mas não serão nunca admissíveis, nem a obra fonográfica, nem a radiofônica?

Temos de afastar a grande maioria dos casos em que é inadmissível que se encontre uma obra nova. Se um discurso é gravado e depois radiodifundido, não há três obras, há só a obra literária, que foi proferida, fixada em suporte material e comunicada pela radiodifusão.

As previsões legais têm de se cingir aos raros casos em que se possa dizer que, para além do veículo, há a criação duma obra.

Isso acontecerá quando, para além da obra preexistente, e até por vezes sem obra preexistente, se possa dizer que há uma essência criadora nova.

A hipótese é mais imaginável na radiodifusão. Pode haver peças que só possam vir à vida com o meio de expressão “radiodifusão”. Há então um recorte de sons que, abandonando o caráter meramente reprodutor duma realidade preexistente, ganha uma própria essência criativa.

Esse mesmo recorte pode fazer-se no fonograma, e assim se poderá falar — rarissimamente — numa obra fonográfica.

Mas mesmo nesses casos temos de fazer uma reserva. Podemos falar então em obras necessariamente de expressão sonora. A sua essência não muda se fixadas ou radiodifundidas. O que acontece é que há obras que vivem dum recorte de sons que, não reproduzindo a realidade, as torna verdadeiramente criativas.

O fonograma e a emissão de radiodifusão são sempre, afinal, veículos. Mas a lei, com a sua referência às obras radiofônicas e fonográficas, quer referir estas obras só possíveis pelo recorte de sons que é dado pelo seu veículo.

28. Obra audiovisual

I — O art. 6º VI refere as obras cinematográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia. O mesmo esquema consta do art. 91, que generaliza o disposto sobre a

utilização da obra cinematográfica às obras produzidas por processo análogo à cinematografia.

Para além da análise desta fórmula, a que procederemos adiante, observaremos agora que a Convenção de Berna também refere as obras cinematográficas, “às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da cinematografia” (art. 2/1).

Fala-se por outro lado no videograma. O art. 4 VIII define videograma como a fixação de imagem e som em suporte material.

Mas a tendência é a de tudo englobar uma nova categoria de obras, as audiovisuais, e a partir desta procurar o regime respectivo.

Para citar apenas alguns diplomas recentes, a Lei nº 8.401, de 8 de Janeiro de 1992, dispõe sobre o controle de autenticidade de cópias de *obras audiovisuais* em videogramas postas em comércio.

O art. 2 I, seguindo a má técnica de elencar definições “para os efeitos desta Lei”, considera obra audiovisual “aquela que resulta da fixação de imagens, com ou sem som, que tenham a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-las, bem como dos meios usados para sua veiculação”.

A Lei nº 8.685, de 20 de Julho de 1993, cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Há legislação subsequente, como o Dec.-lei nº 974, de 8 de Novembro de 1993, e a Port. nº 113, de 24 de Maio de 1994, esta relativa à obra audiovisual publicitária importada.

Também a Lei nº 8.401, de 8 de Janeiro de 1992, de que depois falaremos, acrescentou um inciso XIII à lei sobre propriedade industrial (de 1945), de maneira a qualificar como crime de concorrência desleal formas de infração no domínio do audiovisual.

II — O videograma é também o mero veículo. Não é pelo fato de se fixarem imagens num suporte material que passa a haver uma obra videográfica. Pode o produtor do fonograma ser protegido pela mera produção da fixação; mas não é por isso que se pode falar em obra videográfica.

A verdadeira categoria é a das *obras audiovisuais*. Aqui sim, temos uma nova categoria de obras caracterizadas como obras cinéticas. Isto acontece quando não há uma mecânica apreensão de imagens e portanto quando não é o objeto que se impõe. Supõe uma criação: o criador é o realizador.

A obra audiovisual tem a sua manifestação paradigmática na obra cinematográfica. Há ainda a obra televisiva, que é a obra

audiovisual que só se diferencia da cinematográfica por ter sido criada para as condições especiais da radiodifusão visual. Um filme passado na televisão não se torna com isso numa obra televisiva. Quais as implicações desta distinção na autoria e no regime, teremos ocasião de ver nos lugares respectivos.

III — Com isto podemos já concluir que a pseudo “obra videográfica” é simplesmente audiovisual, delimitada pelo suporte material. Um videograma pode conter uma obra audiovisual ou conter imagens (e sons) que não sejam obra audiovisual. Também, se uma obra cinematográfica é encerrada num videograma, não muda de natureza por isso.

Uma outra conseqüência importante da unidade das obras audiovisuais encontra-se no que respeita à duração da tutela. A unidade das obras audiovisuais tem conseqüências na fixação do regime. O art. 91 aplica o regime da obra cinematográfica às obras “produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia”. Deve entender-se que com esta fórmula, não particularmente feliz, se querem abranger todas as obras audiovisuais, pois a *ratio* é exatamente a mesma.

Chamaremos depois a atenção para a fórmula extensiva da lei: “obras *produzidas* por qualquer processo análogo à cinematografia”. A Convenção de Berna, no art. 2/1, acentua antes a resultante: obras *expressas* por um processo análogo à cinematografia.

Isso não quer dizer que o modo de exploração normal a que a obra audiovisual se destine não tenha influência no regime. Este especifica-se, consoante essa exploração se faz pela exibição, pela radiodifusão ou pela comercialização de videogramas. Mas isso respeita aos regimes especiais e como tal será examinado no título respectivo.

29. Obras formadas a partir de obras preexistentes

I — A enumeração das obras literárias e artísticas consta no art. 6 da Lei nº 5.988, e é expressamente indicada como exemplificativa. Através de ilustrações, já tivemos oportunidade de referir as várias espécies. Acrescentamos agora apenas que também as transformações de obras originárias, como as traduções, os arranjos e as adaptações, são obras protegidas. Sobre uma obra originária desenvolve-se uma atividade intelectual que permite que a obra derivada se apresente “como criação intelectual nova” (art. 6 XII).

O art. 4 VI *f* define, um tanto inutilmente, como obra originária a criação primígena; e na al. *g* define-se obra derivada como “a que, constituindo criação autônoma, resulta de adaptação de obra originária”. Também se lhe chama obra *compósita*.

Veremos depois em que condições são admissíveis as transformações de obras preexistentes.

A transformação de uma obra do domínio público atribui a quem a faz direitos sobre a própria transformação; mas não os atribui sobre a obra caída no domínio público. É muito correto o art. 8, que esclareceu que quem assim faz não pode “opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia sua”.

II — Edições críticas.

Procurou-se ultrapassar esta barreira em ordens jurídicas estrangeiras, através da proteção das edições críticas. Aquele que fixasse o texto autêntico de obra caída no domínio público poderia opor-se à reprodução por outrem.

É porém um puro abuso dar este poder, à imagem do direito de autor, sobre obras do domínio público. Até porque se não faz nenhuma criação de obra, mas apenas a descoberta do texto autêntico. Uma descoberta nada tem que ver com o direito de autor.

III — O art. 7 considera como obras intelectuais independentes as coletâneas ou compilações, sem prejuízo dos direitos dos autores das obras originárias. Destas falaremos em breve.

Alterações, tal como a mudança de dimensões de obra de arte plástica preexistente, não acarretam a criação de uma nova obra, no sentido do direito de autor.

Também a não acarretam as modificações de obra preexistente. A lei protege a modificação, se feita ou autorizada pelo autor. Mas, se um autor publica uma 2ª edição revista, ou se um músico altera a orquestração da sua composição, não passa a correr um novo prazo de proteção, uma vez que para a lei não há obra nova. Só a haverá quando a essência criadora for outra.

Isto tem importância, não só para evitar que se pratiquem atos conflitantes sobre a obra original e sobre as obras modificadas, com a alegação de que se trata de obras diferentes, mas também para a fixação do *terminus a quo* do prazo de proteção, quando este se conta da divulgação da obra.

IV — Colaborações acessórias.

Menos ainda representam obras as colaborações acessórias prestadas à produção ou apresentação de obra alheia.

O princípio resulta com segurança do art. 14 § único, que não considera colaborador quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra intelectual ou da sua apresentação pelo teatro, cinema, fotografia ou radiodifusão⁶¹.

30. Compilações

I — A enumeração das obras literárias ou artísticas do art. 6 é expressamente apresentada como exemplificativa. Mas logo o art. 7 considera como obras intelectuais independentes, também, as coletâneas ou compilações. Essa proteção é dada “sem prejuízo dos direitos dos autores das partes que as constituem”.

A dificuldade está em determinar o critério de proteção.

O problema não se põe para as compilações anotadas, pois a anotação é uma obra. Nem para os sumários, se não são índices mas condensações protegidas da matéria. Se porém se fizer a mera compilação, onde está a obra?

II — É necessário que, pelos critérios de seleção e organização, constituam criação intelectual.

Não bastaria assim que a publicação fosse nova, mesmo que constasse de obras descobertas pelo investigador. É necessário que haja uma seleção e ordenação criativa que permita concluir que há uma nova obra. Só nesse caso, de fato, a compilação, como obra de conjunto, se distingue por um elemento criador do conjunto das obras compiladas.

O preceito não é de muito fácil aplicação. Parece que a originalidade do critério tem de significar que foi criado para aquela compilação. O recurso a um critério conhecido, embora esse critério seja criativo, não basta para tornar todas as compilações que a ele recorram criativas.

De todo o modo, o art. 7 faz uma larga lista de coletâneas: seletas, compêndios, antologias, etc.

E o § único esclarece que o autor conserva o direito sobre a sua produção parcial e poderá reproduzi-la em separado.

⁶¹ Não pode assim ser aceita a posição de Limongi França, emitida antes da vigência da Lei nº 5.988, que atribuía direitos autorais a quem realiza a seleção, revisão e leitura de artigos, bem como o seu “preparo” para publicação numa revista: *Questões*, págs. 207 e segs.

III — É importante saber se a lei só tem em vista as coletâneas de obras ou também as compilações de outros elementos.

Parece serem só as coletâneas de obras. São estas que permitem a formação da obra de conjunto, sobre a qual recairá também um direito de autor, embora sem prejuízo dos direitos de autor sobre as partes.

E é por isso que o § único permite a reprodução em separado.

O que acontece é que as obras singulares não necessitam de ser obras protegidas. Assim acontece em coletâneas de textos literários clássicos, ou até de textos legais.

Pelo contrário, compilações de outros elementos, como dados climatéricos, não merecem a proteção pelo direito de autor.

31. Classificações

I — Embora exemplificativa, a lista das obras do art. 6 é muito longa. Para progredirmos no seu conhecimento necessitamos de uma classificação.

Os critérios de classificação são inúmeros. Assim, uma vez que a obra é destinada à comunicação, pode distinguir-se *consoante o sentido humano que a poderá captar*. Assim teríamos obras captáveis:

— pela vista

— pelo ouvido

— pela vista e pelo ouvido simultaneamente.

Assim, uma fotografia só pode ser captada pela vista.

Poderá ainda falar-se em obras apreensíveis, ao menos limitadamente, pelo tato.

Mas não há aqui propriamente uma classificação das obras, mas antes uma classificação dos modos de apreensão. Basta pensar que a obra literária pode ser apreendida pelo ouvido na recitação e pela vista na leitura, sem mudança de natureza.

II — Também poderíamos classificar as obras segundo o *veículo de comunicação utilizado*.

Podem ser usados veículos para a comunicação da obra. Assim, uma obra pode ser transmitida a outro ambiente por alto-falante, fonograma ou ondas hertzianas.

Mas isto também nos demonstra que não se está ainda perante uma verdadeira classificação das obras. Uma representação teatral não se altera como obra pelo fato de ser apresentada presencialmente ou ser radiodifundida.

Isto já nos põe no encalce de uma distinção importante. Se o meio técnico é o mero veículo, não há uma obra nova. Assim, se há um concerto transmitido pela televisão teremos uma obra musical e não uma obra televisiva, porque a televisão é mero veículo. Não assim se houver uma essência criadora que permita dizer que a realização pela televisão criou uma obra de gênero diferente da obra radiofundida.

Em princípio, vamos desinteressar-nos dos problemas da veiculação das obras literárias e artísticas.

III — Procurando uma classificação verdadeiramente referente às obras, podemos dizer que, atendendo aos *modos de expressão*, elas são de expressão:

- linguística
- musical
- plástica
- cinética.

Esta classificação desenvolve a clássica distinção das obras em literárias e artísticas. As obras de expressão linguística são as obras literárias. Os outros termos distinguem obras genericamente incluídas nas obras artísticas.

As obras musicais são em si bem definidas.

Obra plástica é aquela em que é decisiva a forma exterior em sentido estrito, portanto uma posição espacial fixa dos seus elementos (a duas ou três dimensões). A maior parte das obras enumeradas no art. 2 são assim obras plásticas, das fotográficas às cartas geográficas.

Fundam-se no movimento as obras a que chamamos *cinéticas*, ou de expressão cinética. Essa pode ser corpórea, como na dança ou na pantomima⁶² ou fundada na captação de imagens em movimento, como nas obras cinematográficas, videográficas e televisivas.

Esta classificação parece esgotar a realidade, mas não exclui formas mistas. Uma obra cinematográfica pode incorporar todas as restantes categorias de obras. A dança combina obra musical e cinética.

⁶² A obra dramática, sendo embora literária em si, é também caracterizada por uma destinação ou susceptibilidade abstrata de expressão cinética.

32. Obra e divulgação

I — Para que haja obra, é necessário que tenha sido divulgada? Poderíamos ser tentados a responder afirmativamente, considerando que a obra é uma exteriorização... Não haveria exteriorização se a obra não tivesse sido divulgada.

Mas não é assim. Exteriorização é a concretização formal. Está exteriorizado sem dúvida o quadro que o pintor completou mas não mostrou a ninguém, ou a poesia que está fechada na gaveta. O que falta não é a exteriorização, é a comunicação.

Mas não é só a obra que surge com a exteriorização. É o próprio direito de autor, que como veremos não está dependente da divulgação⁶³.

II — Temos agora os elementos bastantes para fazer a caracterização da obra literária ou artística.

Só nos interessa porém a caracterização da obra em si, e não a delimitação das condições da proteção. Assim, não incluiremos entre as características da obra a *licitude*. Pode ser que a lei não tutele, ou não tutele da mesma forma, a obra ilícita; mas não deixa de haver uma obra, pelo que a caracterização não nos interessa, neste momento em que atendemos apenas ao objeto da tutela.

33. Criatividade

I — Se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o caráter criativo.

É difícil determinar o *quantum* desta criação. Não podemos confundir obra com obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser um obra protegida. Mas tem de haver um mínimo de criatividade ou originalidade, que por vezes se torna até essencial para determinar se há violação de direito de autor preexistente⁶⁴.

Teremos a seguir uma demonstração deste asserto, ao falar da paródia. E a lei exige efetivamente a criação intelectual em vários lugares: vejam-se por exemplo os arts. 6 XII e 7.

Em casos extremos a ausência desse caráter não pode deixar de sobressair. Assim, um texto contendo a mera descrição de um

63 Cfr. *infra*, nºs 84 e 85.

64 Neste sentido Zara Algardi, *Il plagio*, págs. 49 a 52; contra, Mario Are.

processo não tem o caráter criativo que se exige, como não o tem a locução comum de um jogo de futebol ou outro acontecimento. Quer dizer, quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor — saímos do âmbito da tutela. A presunção de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objeto que se impôs ao autor, que afinal nada criou.

II — Com isto afastamos já numerosas figuras do âmbito do Direito de Autor.

Assim uma comunicação comum dum fato não tem esse significado. Enquanto é comandada pelo próprio objetivo, reflete a realidade e não é criação do autor.

Por isso, o art. 49 I *b*, ao determinar que não constitui ofensa aos direitos de autor a reprodução “na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, sem caráter literário, publicadas em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos” fará, pelo menos na maior parte do seu conteúdo, aplicação deste critério. Se não há criatividade na expressão, mínima que seja, não há obra literária. Por isso, o art. 2/8 da Convenção de Berna exclui da proteção convencional “as notícias do dia e os relatos de acontecimentos diversos que tenham o caráter de simples informações de imprensa”.

Por isso, dissemos já também que, se alguém deixa uma câmara de filmar aberta sobre o público, o filme daí resultante não é uma obra, é a tradução servil da realidade, sem haver marca pessoal na sua captação.

34. Individualidade

I — Tradicionalmente, exige-se a individualidade ou personalidade como requisito da obra. Quer-se significar que, sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor. Por isso reconhecemos numa pintura o dedo de Dürer, a garra de Stravinski, e assim por diante.

O movimento de banalização do Direito de Autor, que temos referido, levou a pôr em causa também este requisito.

Dos EUA vem o *slogan* pragmático — tudo o que é digno de ser copiado é digno de ser protegido.

Mas o Direito de Autor, recordemo-lo, não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade. Por isso atribui uma tutela tão significativa.

Strömholm propôs recentemente que se abandonasse a apreciação positiva da individualidade⁶⁵ e nos limitássemos a verificar se havia um *Spielraum* em que a obra se tivesse desenvolvido, portanto um espaço em branco em que ocorresse uma criação. Assim, o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra.

II — Concordamos com esta última observação, como concordamos que a busca da individualidade atinge um patamar mínimo. Parece-nos de fato impossível condicionar a tutela à verificação da marca da personalidade de determinado autor, impressa numa “obra”. A cultura de consumo leva a que a personificação seja mínima em grande número de casos.

Mas fica sempre a exigência de que haja uma criação. Essa é imposta por lei e marca a diferença. Se se não exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que se reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. Um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo. Este é o fundamento da atribuição do Direito de Autor.

III — Justamente porque é necessário que haja um mínimo de criatividade, não se pode prescindir de um juízo de valor. A proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração⁶⁶ para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a atividade não criativa. Porque a alternativa seria ter de se afirmar que é uma pintura tudo o que está envolto num caixilho e é apresentado como tal pelo autor — mesmo que se reduza a um risco no meio de uma tela.

É interessante que Ulmer, que repudia a exigência do mérito, configurado no nível artístico, literário ou científico ou na qualidade de obra, observa que isso não afasta a questão de haver uma criação espiritual personalizada: “Nessa resposta como em especial

65 Nega, *Was bleibt*, 17, quer que se espelhe a individualidade na obra, quer que a obra tenha uma individualidade.

66 Veja-se a elaboração que destes faz Are, *L'oggetto*, nºs 28 e segs.

na delimitação da tutela dos modelos (pelo Direito Industrial) e do Direito de Autor em obras da arte aplicada, não se podem evitar completamente os juízos de valor. Também para a demarcação do âmbito da proteção há que ponderar o caráter literário ou artístico. Um juiz que fosse insensível à literatura ou à arte seria um mau juiz em matéria de Direito de Autor”⁶⁷.

Podemos concluir assim que o Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação. Na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor.

IV — Noutro sentido se pode encontrar a relevância da individualidade.

A cultura de massa faz com que a criação se traduza, não numa obra singular, mas em séries, quando não em dispositivos que propiciam a produção de obras.

Na pintura, nomeadamente, vemos os artistas realizarem uma pluralidade de obras, que representam como que variações sobre o mesmo tema. A idéia fundamental é repetida depois de modos um tanto diferentes.

Mas o direito de autor recai sempre sobre a criação individual. Não há um direito sobre a série, o que representaria já um processo ou maneira de fazer. E menos ainda há direito de autor sobre dispositivos, que representariam secamente o processo de produção.

V — Personagens

Aparentada e problemática é a proteção das personagens, que não são por si obras⁶⁸.

A tendência é no sentido da sua proteção⁶⁹.

É porém difícil encontrar na personagem em si a individualidade característica da obra literária e artística.

35. O “folclore”

I — Do requisito da individualidade deriva por outro lado que não podem ser atingidas pelo Direito de Autor as criações coletivas.

67 *Urheber*, § 21 III 2.

68 Sobre esta matéria cfr. Antônio Chaves, *Obras protegidas*, RT, 266 e segs.; *Direito Autoral*, 188-193.

69 Implícito neste sentido é o Ac. STJ de 4.5.90, R. Esp nº 19.866-0 (RSTJ, a. 5(46), jun./93, 260). No caso, referente às figuras Disney, haveria ainda que questionar a caducidade da eventual tutela, dada a ancianidade da criação de algumas daquelas figuras.

Há certas manifestações culturais que podem ser referidas ao espírito coletivo. Baseiam-se necessariamente em atos individuais de criação, pois só o espírito de cada homem cria, mas esses contributos dissolvem-se no conjunto de modo inextrincável. Não podem ser isoladas para ser atribuídas individualmente, nem permitir a afirmação de autoria sobre a criação coletiva.

II — Cabe aqui o chamado *folclore*.

A matéria que genericamente se vai designando como a do *folclore* tem sido repetidamente considerada a propósito do direito de autor.

Os textos fundamentais sobre direito de autor não a contemplam. Já, porém, na revisão de 1967 da Convenção de Berna os países africanos, sobretudo, apresentaram propostas tendentes a incluir também na proteção da obra literária e artística este elemento do seu património cultural. Queixavam-se eles das “rapinas” de que este era objeto. Os pesquisadores europeus e americanos faziam recolhas, principalmente dos cantares, que eram depois editadas em discos fonográficos e exploradas comercialmente, sem que os seus povos tivessem qualquer participação nos resultados obtidos.

Os países industrializados objetaram que a matéria não respeitava ao direito de autor, pois este supõe uma criação individualizada, um titular determinado a quem se pode atribuir a gestação da obra, enquanto que o folclore trazia uma manifestação genérica do espírito de um povo que exorbitaria da Convenção de Berna. Apesar de tecnicamente terem razão, não satisfaziam o interesse dos países implicados, que insistiram na sua pretensão. Acabou por se acordar numa vaga referência, à margem da Convenção.

O tema tem interessado posteriormente os países americanos⁷⁰.

III — A lei brasileira não o contempla abertamente. O único trecho que poderia ter interesse a este propósito é o art. 48, que integra no domínio público as obras de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral. E isto porque um dos processos de enquadramento do problema nas leis de direito de autor estaria na assimilação destas criações às obras do domínio público, conseguindo-se assim uma remuneração a título de domínio público remunerado.

⁷⁰ Foi debatido na 1ª Conferência Intercontinental de Direito Autoral (S. Paulo, 1977).

O art. 48 II não se reporta simplesmente à obra anônima, pois essa está abrangida pelo art. 41. Trata da obra já desindividualizada, que através da tradição oral se tornou patrimônio comum do povo. Em relação a ela não há que colocar o problema de prazos de proteção, pois a obra está no domínio público. É enquadrada pois pelo art. 93, no que respeita ao pagamento a fazer em consequência da utilização pretendida.

Porém, a supressão do domínio público remunerado, de que falaremos posteriormente, fez perder significado a esta possível recepção da figura.

IV — É possível que várias manifestações do folclore sejam aqui abrangidas⁷¹. Assim se passa, antes de mais, com as narrativas populares, que parecem cobertas pela expressão — transmitidas pela tradição oral. Englobam-se as histórias divulgadas pelos contadores do Nordeste, por exemplo. Mas também a expressão é adequada para abranger os contos tradicionais, que se comunicam pela tradição oral. Aqui já não tem importância que a obra tenha alguma vez sido protegida, ou que não tenha um autor individualmente determinável: o art. 48 II quer abranger estas manifestações do espírito coletivo.

Mas não se compreendem outras realidades englobadas no folclore, como as danças tradicionais. Seria ir longe demais querer empurrá-las para a previsão legal. Pelo que teremos sempre de concluir que a matéria do folclore, como tal, está omissa da lei brasileira. Seria por isso adequada uma consideração global do assunto, uma vez que o Brasil, com as suas ricas tradições culturais, aparece como um país exportador de folclore.

Na regulamentação a que eventualmente se chegasse não parece desaconselhável que a matéria do folclore, ainda que tecnicamente não seja de direito de autor, seja atribuída também ao Conselho Nacional de Direito Autoral. Este tem uma estrutura já montada, que é tecnicamente apetrechada para a solução de problemas da índole dos que o folclore suscita⁷².

71 Eduardo Manso, *Domínio Público*, pág. 50, parece distinguir obra de autor desconhecido e obra folclórica, mas o art. 48 não comporta este entendimento.

72 Sobre as vicissitudes, algo desencontradas, deste tema, cfr. Antônio Chaves, *Direito de Autor*, I, 66 e segs., a propósito do índio brasileiro, e 80-93, em que refere também o âmbito internacional.

36. Destinação ou objetivo

I — Acentua-se hoje generalizadamente que a obra é protegida independentemente da sua destinação ou objetivo. Com isto se pretende fazer entrar as obras utilitárias no âmbito do direito de autor. Este é um dos aspectos da banalização do Direito Autoral a que modernamente assistimos.

O Direito de Autor não toma em consideração a destinação para a outorga da tutela, ao contrário do que acontecia no século passado⁷³. Obras utilitárias são igualmente protegidas por ele. O determinante é que nelas se possa encontrar a exteriorização duma criação do espírito.

A evolução tem sido aliás no sentido de cada vez mais procurarem guarida no Direito de Autor obras utilitárias, com o fito de alcançarem a tutela mais forte outorgada por este ramo do Direito.

Chega-se assim a uma situação paradoxal. O Direito de Autor é propugnado apelando-se para a nobreza da criação; e afinal procuram-se fazer passar produções de dignidade nula ou quase nula!

II — Mas na medida em que acolhe obras utilitárias, abre-se um problema de fronteiras com outros ramos do Direito Intelectual. Vamos agora referir a que respeita às obras das artes aplicadas.

São estas expressamente referidas no art. 6 XI. Mas reserva-se a admissão: “desde que seu valor artístico possa dissociar-se do carácter industrial do objeto a que estiveram sobrepostas”.

Vamos deixar o estudo destas obras para momento posterior. Aqui observamos que a lei não exclui a destinação utilitária, mas impõe o mérito artístico, de que depois falamos.

Mas como os critérios de proteção pelo Direito Industrial são diferentes dos do Direito de Autor, não ficamos com isto dispensados de verificar se há ou não situações de incompatibilidade, alternatividade ou acumulação de formas de tutela.

III — A destinação não exclui a tutela pelo Direito de Autor; mas também não é irrelevante. Pelo contrário, há vários preceitos legais que associam a uma destinação utilitária um estatuto diferenciado, menos favorecidos até.

Noutros casos, a lei não retira a proteção mas condiciona-a a um requisito especial, que não surge em geral.

⁷³ Ainda exige, parece, uma criação desinteressada Kummer, *Kunst*, V.

Pensamos que esse requisito pode ser genericamente designado como o mérito. É o que vamos verificar nos números seguintes.

37. Caráter estético

I — Começemos por perguntar se a obra literária ou artística deve ser caracterizada genericamente pela esteticidade⁷⁴.

Aparentemente, a resposta negativa impõe-se. A obra com destinação científica é ainda uma obra literária. É muito difícil qualificar um compêndio de lógica como uma obra estética...

C. A. Bittar tem defendido porém que são as obras de caráter estético que se incluem no âmbito do Direito de Autor, distinguindo-se das de cunho utilitário. “As primeiras atendem a exigências puramente intelectuais (de esteticidade ou de conhecimento). Possuem valor estético autônomo, independentemente de sua origem, de sua destinação ou de uso específico”⁷⁵.

Procedendo assim, porém, já faz incluir no valor estético o valor do conhecimento. O que nada tem que ver com a estética.

O recurso à categoria “estética” para afinal abranger outras realidades, confunde, não esclarece.

II — O problema da esteticidade só surge com autonomia na obra artística.

Deixando por momentos entre parênteses a obra utilitária, a que depois voltaremos, encontramos a imprescindibilidade de qualificar estas obras à luz da estética — para as qualificar como arte.

Sem dúvida que isto não significa que os juristas se possam perder nos difíceis meandros da estética, condicionando à sua visão a tutela jurídica. O juiz que conteste a arte abstrata não pode por isso recusar proteção a uma obra de Vieira da Silva; e quem odiar Shostokovich nem por isso deixará de incluir as suas peças entre as obras musicais. Para já, isto nos demonstra que a apreciação terá de ser de caráter objetivo e não subjetivo: o jurista não interrogará o seu gosto, mas valorará de harmonia com padrões sociais.

Nos casos normais, não há problema. A exigência de caráter estético basta-se com a demonstração da existência de criação artística; a exigência de criação artística basta-se com a demons-

⁷⁴ Cfr. Fromm-Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, 6.

⁷⁵ Cfr. por último *Direito de Autor*, n^{os} 17 a 19.

tração de que a obra em causa pertence a determinada arte. Assim, se um jurista puder afirmar que uma obra pertence à pintura, não precisa de valorar mais. Mas não o fará perante uma tela em branco — ou uma tela em preto — ou com uma simples circunferência.

Essa apreciação é sempre imprescindível para nos dar os limites das atividades protegidas. O que quer dizer que os problemas se concentram nos casos de fronteira, em que a verificação do caráter estético é indispensável para a admissão de uma obra pertencente ao setor das artes em causa.

III — Um mínimo de caráter artístico nos parece ser de exigir por exemplo na hipótese do art. 6 IX: “as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza”.

Trata-se de obras com finalidade técnica. Se não obstante caíssem no âmbito do Direito de Autor haveria uma contradição, pois estender-se-ia este para além do seu limite natural, o da criação formal.

Temos de concluir que essas obras plásticas de destinação prática, por analogia com as obras das artes aplicadas, só encontram proteção quando vão além da mera execução dum projeto e revestem caráter artístico.

38. Mérito

I — Aparentada com esta, mas dela distinta, é a problemática da exigência de mérito da obra, como requisito de proteção.

A dispensa do requisito do mérito foi realizada pela lei francesa, mas a lei italiana toma posição mais prudente, à luz da qual se conclui que a obra deve “ter sempre algum mérito, mesmo que modesto”⁷⁶.

A exclusão da valoração de mérito suscita, mesmo em França, grandes problemas. Caroline Carreau demonstra que esse juízo intervém afinal de forma inelutável. As sentenças acabam por o exigir, mais ou menos abertamente. É critério indispensável na obra de colaboração e estaria implícito na exigência da originalidade⁷⁷.

⁷⁶ De Sanctis, *Autore (diritto di)*, pág. 383.

⁷⁷ *Mérite*, 29, 233, 276, 317, 323-324 e *passim*.

No ponto de vista de política legislativa, a depreciação do mérito tem outro significado. O Direito de Autor é propugnado como exigência da criação cultural. Mas a sua prática, orientada por sociedades gestoras a quem só interessa aumentar o fluxo de caixa, é a de uma banalização progressiva. A obra sem nenhuma valia intrínseca é enfaticamente reclamada, pelos rendimentos que assegura. O Direito de Autor como negócio tem por isso de alijar essa barreira sem contrapartida pecuniária — o mérito.

II — A exigência de mérito não se poderia referir a toda a obra literária: uma obra científica não está certamente dependente, para a sua proteção, de uma apreciação estética.

No que respeita à obra artística, a lei exige expressamente a criação artística para a obra fotográfica (art. 6 VII). No caso da obra de arte aplicada, mesmo havendo “valor artístico” não haverá proteção, desde que aquele valor não possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que se aplica (art. 6 XI).

Daqui se poderia concluir que a proteção dependerá sempre de uma valoração estética.

Encontram-se todavia obras que caem dentro do âmbito da obra artística, seguindo-se aquela classificação fundamental, e todavia não têm caráter estético. O art. 6 X tutela “projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência” (art. 6 X). São obras produzidas, salvo as de cenografia e arquitetura, com mera finalidade técnica, pelo que a proteção que lhes é assegurada independente do valor artístico. Deu-se assim uma extensão do direito de autor para além do seu domínio natural, para que estas obras pudessem gozar do regime geral das obras literárias e artísticas.

III — No ponto de vista técnico, há que conciliar a exigência de caráter criativo com a exclusão do mérito.

Essa conciliação faz-se mediante a determinação dum ponto de equilíbrio. É impossível um juízo de mérito que represente uma apreciação estética ou literária da obra. Os juristas não têm nenhuma superioridade em relação aos outros quando se trata de determinar quais são as obras que valem ou não valem. Posso considerar Drummond de Andrade um zero como poeta que nem por isso deixa de ter produzido obras literárias. Tal como o é a monografia que se entenda errada da primeira à última página.

Mas por outro lado, a obra é essencialmente uma criação. E se só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a

gente para chegar a algo de novo, a obra há-de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal.

39. Obra utilitária e mérito

I — Estes dados são suficientes para nos permitir retomar a obra utilitária.

Nos casos normais, basta apurar que uma obra se situa efetivamente no domínio tutelado. Tem de se qualificar como obra literária ou artística, mas dispensa-se uma valoração particular do mérito.

Retomamos agora aqueles casos em que a lei faz uma especial exigência de criação artística, para admitir a tutela de obras utilitárias. É o que se passa, como vimos, nas fotografias e nas obras de artes aplicadas. Haverá ainda possivelmente que ter em conta o título, que a lei exige que seja “original” (art. 10), diferenciando este requisito da inconfundibilidade.

Nas obras de destinação utilitária temos antes de mais essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar automaticamente essas obras transpor o limiar do direito de autor. Só o poderão fazer se como resultado de uma apreciação se concluir que, além do seu caráter utilitário, têm ainda um mérito particular que justifica que as consideremos também obras literárias ou artísticas.

Considerando estas figuras, vemos que nas obras artísticas de destinação utilitária a lei reclama que sejam criação artística, o que não faz para as outras categorias de obras artísticas. Isto só pode significar uma exigência reforçada para efeitos de proteção.

Não há que ser particularmente indulgente nesta avaliação. Uma criação da moda “elegante”, por exemplo, não equivale a uma criação “artística”. Quanto à moda, em si, como estilo, não é protegida.

A proteção típica destas obras não cabe ao Direito de Autor. Afiguram-se poder recorrer ainda à fórmula de que o mérito literário ou artístico deve por ser dissociado da finalidade utilitária. Ou à fórmula da jurisprudência alemã para as obras das artes aplicadas, devidamente generalizada: desde que, segundo as concepções domi-

nantes, ainda se possa falar de arte⁷⁸. De todo o modo, são fórmulas que se destinam a ilustrar o critério fundamental da existência de mérito literário ou artístico da obra utilitária.

II — Daqui concluímos o seguinte: não é por haver uma forma que essas obras são consideradas artísticas. Há, necessariamente, formas que não entram no domínio do Direito de Autor. Só entrarão se constituírem criação artística.

A preocupação da lei é, pois, delimitar o objeto utilitário (que não pode aspirar à tutela especial do Direito de Autor apesar de também se exteriorizar numa forma) e as verdadeiras criações artísticas.

Haverá, porém, que perguntar a seguir se esta exigência, que não figura nas outras alíneas, representa apenas a afirmação para aquele caso particular da necessidade mínima de mérito que está implícita no caráter criativo da obra, ou se exprime uma exigência reforçada de caráter estético no que respeita às obras de artes aplicadas, *lato sensu*.

Tem sido entendido que se trata de uma exigência particular, e também assim o pensamos. Esta indicação é-nos dada pela própria especificidade da referência. Por outro lado, a lei tende a arredar do Direito de Autor as obras de mero caráter utilitário, que são suficientemente tuteladas pelo Direito Industrial, com as suas valorações próprias.

Isso significa que a lei só permite a entrada no Direito de Autor das obras de artes aplicadas quando o seu caráter artístico prevalecer claramente sobre a destinação industrial do objeto.

III — É elucidativo o que se passa com as fotografias.

De fato, a mera tomada automática de imagens não é uma obra artística. A realidade retratada prevalece sobre a criação. Pode a fotografia valer milhões, como quando se trata da única imagem dum fato histórico. Mas se não for artística não é objeto do Direito de Autor.

Em países como a Alemanha, a mera fotografia é protegida através de um direito conexo ao direito de autor. No Brasil, ou passa o crivo do art. 6 VII, ou não tem proteção. Mas vê-se que continua a ser uma obra decaída em relação às restantes, por isto surge este requisito adicional de proteção.

⁷⁸ Melhor do que a fórmula da existência de nível artístico, que parece levar a considerações quantitativas que não permitem traçar uma fronteira. Cfr. Ulmer, *Urheber*, § 25 III 4.

40. Novidade. A originalidade

I — Há que verificar se é ainda característica da obra a novidade. Nesta expressão confundem-se dois aspectos distintos. A novidade pode ser:

- subjetiva
- objetiva.

Para melhor distinção, poderíamos designar a novidade objetiva “caráter distintivo” e a subjetiva “originalidade”. Mas omitiremos este último termo para evitar confusão com a utilização que dele é feita a propósito da obra literária; e o primeiro, para não confundir com a caracterização do título, em que este requisito surge necessariamente.

Em qualquer dos seus aspectos, será característica da obra literária ou artística a novidade?

II — Novidade subjetiva.

A novidade subjetiva é indispensável. Mas não representa característica adicional, além das já indicadas, pois está implícita na exigência de individualidade.

Com efeito, a tarefa de criação, sempre pessoal, implica que o contributo do espírito fique impresso na obra criada. Nisto consiste a originalidade. Tarefas mecânicas, servis ou banais de conjugação de elementos não representam criação e neste sentido não apresentam originalidade. A obra não se pode resumir a um trabalho de dedução ou à arrumação de dados preexistentes.

III — Novidade objetiva.

E a obra deverá ter novidade objetiva, no sentido de que não deverá haver já nenhuma obra idêntica, valorativamente?

O problema coloca-se perante as chamadas coincidências fortuitas na criação, que vamos examinar em especial.

41. As coincidências fortuitas na criação

I — Teremos de admitir que mais de um autor possa chegar a obra essencialmente idêntica?

Aplicando a distinção estabelecida a propósito da novidade, verificamos que de “criação” se pode falar em sentido objetivo ou subjetivo. Numerosos autores seguem o primeiro sentido⁷⁹. Teria

⁷⁹ Cfr. Valerio de Sanctis, *Autore*, pág. 383-1

de se trazer algo de novo para a cultura. Haveria então um paralelismo entre o direito de autor e a patente de invenção, que exige a novidade como condição primária da sua concessão⁸⁰.

Mesmo adotando este ponto de vista, teria de perguntar-se de quem é a prioridade. Poderia esta ser marcada pelo registro e até se poderia invocar o art. 20, que estabelece a presunção de autoria resultante de registro. Porém, o registro não é constitutivo, não altera a situação preexistente, e portanto a prioridade substantiva não se perde com a inversão registral das prioridades.

Pode então afirmar-se que a prioridade resulta da publicação ou divulgação da obra. Assim faz Lucchesi⁸¹: a obra criada em primeiro lugar perderia valor em proveito da obra primeiro difundida. A verdade é que nada na lei nos permite atribuir à publicação ou difusão de uma obra a virtude de criar direitos que não existiam. Veremos mais tarde que nada autoriza a considerar a publicação momento constitutivo do direito de autor.

Sendo assim, a única posição coerente para quem exija o caráter objetivo da criação estaria em ver o momento decisivo no da própria gênese da obra. Se existia já obra idêntica não se adquire direito, se não, o direito é definitivamente adquirido.

II — Há porém ainda a outra posição, para quem a criação é de entender em sentido exclusivamente subjetivo. Considerará arbitrária a desproteção de um verdadeiro ato de criação, pelo simples fato casual de conduzir a uma obra idêntica a uma obra anterior⁸². E concluirá pela atribuição de verdadeiros direitos de autor a cada um dos criadores. Não haverá nada no Direito de Autor que equivalha à exigência de novidade em matéria de patentes.

A seguir-se esta posição, é necessário entrar em conta com um jogo de presunções que limitam consideravelmente o impacto prático da doutrina. Antes de mais, temos a presunção do art. 20,

80 Cfr. o voto do vencido do Des. Semy Glanz, no Ac. de 20 de Setembro de 1994 do TJERJ, proferido na Apelação Cível nº 6.216/92 (RDTJERJ, vol. 23, Abr.-Jun./95, 170-173). No caso, porém, a situação é obscurecida por não estar em causa a prioridade na criação, mas o próprio caráter criativo do argumento que se discutia.

81 Dentro da posição, sustentada por este autor, de que a exteriorização é elemento constitutivo do direito: cfr. *Beni immateriali*, págs. 141 e segs.

82 Cfr. por exemplo Algardi, *Plagio*, pág. 47, e também Tít. II, cap. IV, A.

resultante do registro. Se há uma obra constante do registro, e surge obra igual ou coincidente, será necessário vencer-se a presunção resultante do registro para se poder concluir que o autor não é afinal quem levou ao registro a obra.

Para além do registro, a divulgação ou publicação dá uma presunção *facti*, mas relevantíssima, da falta de originalidade da obra surgida em segundo lugar. É o pretense autor da obra análoga que terá de fazer a prova, e difícil prova, de que ele também realizou um ato criador e não se apropriou da obra surgida em primeiro lugar. Isto limita muito consideravelmente a possibilidade de admissão de encontros casuais na criação, e o bom-senso diz-nos que é bom que aconteça assim.

Em todo o caso, isto não impediria que, em linha de princípio, se continuasse a afirmar que a proteção se baseia exclusivamente na criação, entendida esta de modo subjetivo estrito.

42. Posição adotada

I — Tomando uma posição, diremos antes de mais que pareceria de negar a própria figura da coincidência fortuita na criação.

Se a obra é uma criação personalizada e traz a marca daquele autor, é impossível haver outra criação idêntica. Não podemos imaginar que alguém crie agora uma pintura que se descubra posteriormente ser exatamente igual a uma pintura desconhecida da antiga Grécia...

Na realidade, a problemática das coincidências fortuitas na criação é um outro aspecto de banalização do Direito de Autor. É só em relação a obras cujo contributo criativo orça pelo zero que esses encontros se podem imaginar. Duas composições musicais, de autores diferentes mas igualmente feitas a metro para apresentação numa revista, poderão então coincidir, mesmo que parcialmente. Dois lemas publicitários podem justapor-se. Mas então justamente não há originalidade subjetiva. Quer dizer, não há obra.

Com isto não entramos em conta com o caráter normalmente fraudulento de semelhantes repetições. Nem precisamos de observar que, quando alguém compõe de boa fé uma fuga e depois verifica que é igualzinha a outra de Bach, a hipótese da reminiscência é de longe a mais provável.

II — A supor porém que houvesse verdadeiras coincidências, como as interpretar?

Interessa saber se aí haveria uma ou mais obras. Basta o contributo criativo ou será ainda necessária a novidade do resultado?

Se bastasse o ato de criação, o problema seria afinal, não de delimitação da obra, mas de tutela. Haveria duas obras, tendo de se determinar então qual seria protegida.

Mas não é assim. Há uma obra só, pois a obra é tomada objetivamente, com independência do seu autor. Embora tenha havido dois atos de criação, o segundo não acrescentou nenhuma obra ao mundo da cultura, porque aquela obra já existia.

Como escreve De Sanctis, “a primeira, ainda que inédita, teria já concretizado aquela representação intelectual”⁸³. O problema passa assim a ser de prova. Por mais difícil que seja, ultrapassa a fase que nos ocupa aqui, que é a da demarcação da obra.

III — Observemos em todo o caso que a proteção não poderia deixar de recair sobre a obra em primeiro lugar criada. Basta pensar que a coincidência se poderia dar com obra já caída no domínio público. Seria impossível voltar ao exclusivo de um só. A obra pertence à comunidade; e não deixa de pertencer se porventura se desenrolou, subjetivamente, outro ato de criação.

Concluimos assim que parece de negar haver coincidências de criação. Se as houver, há que afirmar que a obra literária representa, não só uma criação subjetiva, mas objetiva também. A novidade (objetiva) seria em qualquer caso característica da obra literária ou artística; a prioridade na criação nada acrescenta à obra mas seria requisito para a atribuição da tutela por parte da ordem jurídica.

43. Paráfrases e paródias

I — Paródia

É muito interessante o que se passa com as paródias. É lícito parodiar uma obra anterior (art. 50), e assim acontece com grande freqüência em réplicas de representações dramáticas ou de filmes; os programas cômicos da televisão, ou o teatro ligeiro, vivem disto em grande parte. Mas a paródia não pode limitar-se ao mero aproveitamento do tema anterior. Tem de se apreciar o seu próprio grau de criatividade, para julgar daquilo a que se chama o “tratamento antitético do tema”.

⁸³ *Autore*, 383.

Por aqui se vê que o caráter criador não pode deixar de estar presente. Aliás, a paródia não é sequer uma transformação da obra preexistente, pois nesse caso esta teria de ser autorizada. A obra anterior dá só o tema, mas a paródia faz uma criação peça por peça de que resulta um novo conjunto; por isso se fala no tratamento antitético do tema.

II — Paráfrases

Também as paráfrases não representam violação de direito de autor, por determinação expressa do art. 50.

Paráfrase é o desenvolvimento de um texto que funciona como tema para trabalho posterior.

Este preceito provém do art. 665 § único do Código Civil. Rui Barbosa criticou o projeto em que se referiam as paródias, considerando não poder haver paródia que seja verdadeira reprodução da obra parodiada; à paráfrase se deveria antes referir o texto⁸⁴. A crítica foi aceita, uma vez que se substitui a palavra *paródia* por *paráfrase*. O art. 50 juntou os dois termos e com razão: há paródias que são verdadeiras reproduções da obra original, como hoje se vai tornando muito freqüente em películas que a pretexto de parodiar se apropriam de essência criadora de obra preexistente.

Exige ainda a lei que a paródia ou paráfrase não impliquem descrédito à obra originária. Obviamente, foi a consideração da paródia que impôs esta segunda limitação. O não implicar descrédito não condiciona porém propriamente a liberdade da utilização, mas a licitude da obra criada. Se não satisfizer este segundo requisito ela poderá ser retirada da circulação (art. 22).

III — A paráfrase é figura que oferece certo perigo. Através do desenvolvimento em que ela consiste pode-se utilizar exaustivamente a obra em causa, matando até o interesse por ela, sem se ficar devendo nenhuma remuneração ao autor; a paráfrase não depende de qualquer autorização. Parece por isso acertado⁸⁵ aproximar este preceito do art. 32, e exigir que os desenvolvimentos sejam publicados em separado da obra originária. Só assim não terá de acontecer se a obra originária ficar necessariamente englobada na paráfrase, como se uma poesia servir de mote a outra poesia.

⁸⁴ Referido em Carvalho Santos, *Código Interpretado*, sub art. 665, n^o 7.

⁸⁵ Cfr. Carvalho Santos, *lug. cit.*, n^o 6.

A lei exige que a paráfrase ou a paródia não sejam verdadeira reprodução da obra originária⁸⁶. Que significa isto? Que não haja plágio. Não basta que não haja reprodução literal, é necessário que não concorra nenhum dos elementos que integram o plágio. A obra que, a pretexto de desenvolvimento, se aproprie do elemento criador de outra obra e centre nesse o seu interesse é plagiária, e não pode invocar em seu abono o art. 50.

A colocação dada pela Lei nº 5.988 a esta matéria não é particularmente feliz. Não há uma limitação ao direito do autor da obra originária, antes se aponta uma atividade que não representa utilização duma obra. Estes artigos não trazem pois exceção, mas manifestações do princípio da livre comunicação das idéias, que só pára quando esconder uma fraudulenta apropriação da obra alheia.

44. Manuscrito e carta-missiva

I — Manuscrito

Indicamos noutro lugar⁸⁷ o estatuto do exemplar original de uma obra. Mais afastado ainda da obra literária ou artística é o *manuscrito*. Este já não é o exemplar único ou original, mas simplesmente o primeiro exemplar, em que figura a caligrafia do autor⁸⁸. Não tem interesse estético, como aquele, mas simplesmente interesse histórico. E não há quem defenda que o direito de um autor esteja dependente do manuscrito, que pode até não existir, e cada vez existe menos.

Não obstante, o manuscrito não deixa de ter a sua influência em matéria de direito de autor. O art. 39 interessou o autor nas alienações posteriores dos seus manuscritos, dentro do direito de seqüência, que depois examinaremos.

O art. 5º § único atribui às pessoas políticas a propriedade dos manuscritos existentes em seus arquivos, bibliotecas ou repartições, mas isso não implica o direito de autor sobre as obras respectivas, nos termos do art. 38. Pode-se mesmo perguntar qual a utilidade

86 Cfr. Pontes de Miranda, parecer publicado na RF, 110, págs. 49-53.

87 *Infra*, nº 301 (no capítulo dedicado à obra de arte plástica).

88 Diferente ainda é o primeiro texto datilografado, que pode oferecer ainda interesse histórico.

de semelhante regra⁸⁹. Parece que a preocupação da lei, reafirmando a propriedade, será dupla:

a) evitar que, por invocação da propriedade que fizesse derivar do direito de autor, o autor ou seus sucessores reivindicassem o manuscrito

b) evitar que, por quaisquer regras sobre direito de autor, o autor impeça as utilizações normais do manuscrito, como dá-lo a conhecer a interessados ou figurar em exposições.

II — Carta-missiva

Enfim, mais longe ainda da figura da obra literária ou artística está a carta-missiva. Esta é um veículo, manuscrito ou não, e não se confunde com a obra que porventura encerre⁹⁰. A proteção da lei é uma proteção da pessoa do autor, que pode limitar faculdades genericamente reconhecidas. Disso se faz eco o art. 33, proibindo a publicação das cartas-missivas sem permissão do autor, muito embora possam ser juntadas em autos oficiais.

Parece que a figura da carta-missiva merece uma pormenorização maior⁹¹. Em todo o caso, ela deve ser feita a propósito do Direito de Personalidade, e não do Direito de Autor.

89 Bruno Jorge Hammes, *Direito de Autor*, pág. 48, põe o problema e aventa a possibilidade de o preceito estar outorgando a titularidade ao ente político para o efeito de defender a integridade da obra, nos termos do art. 25 § 2. Na realidade, porém, a regra do art. 25 § 2º basta-se a si mesma, e nada tem que ver com o fato de o manuscrito da obra a defender se encontrar em arquivo público.

90 É por isso deslocada a limitação às cartas com valor literário, a que procede Walter Moraes, *Questões*, pág. 72.

91 Desde logo, parece indispensável a distinção entre cartas missivas confidenciais e não confidenciais.

TÍTULO III O AUTOR

CAPÍTULO I A CRIAÇÃO ISOLADA

45. O “autor” em técnica jurídica

I — Juridicamente, quem é o *autor*?

Sabendo-se que para haver autor tem de haver obra literária ou artística, verificamos que aquela pergunta tão simples esconde três problemas diferentes:

- 1) A quem é atribuída originariamente a titularidade duma obra?
- 2) O que se entende por *autor*, nas freqüentes referências legais a esta categoria?
- 3) Como se identifica o autor duma obra?

Começamos pela segunda interrogação.

II — “Autor” é palavra ambígua. Mesmo juridicamente, ela pode designar:

- a) o criador intelectual da obra
- b) o titular originário desta
- c) o titular atual.

Esta terceira hipótese resulta da possibilidade de o direito de autor passar do titular originário a outras pessoas.

Podemos dizer que, quando a lei tem em vista a criação, refere o criador intelectual. Assim, o art. 21 diz-nos que o autor é titular de direitos sobre a obra intelectual *que produziu*.

Mas pode haver adquirentes derivados. Quando a lei refere o conteúdo do direito — por exemplo, quando fala na autorização do autor — abrange-se qualquer titular. Da mesma forma, quando se permite ao autor a defesa judicial do seu direito, abrange-se qualquer titular, e não apenas o titular originário.

Mas a explicatividade dum princípio tão genérico é escassa. Caso por caso temos de verificar, à luz da sua lógica e da sua teleologia, se o entendimento não deverá ser diverso. Assim, quando no art. 34 se prevê a hipótese de o autor ter dado à obra versão definitiva, é apenas o criador intelectual quem é referido.

Mesmo quando se conclui que o titular derivado está excluído, ainda haverá que determinar se está em causa o criador intelectual ou o titular originário. Porque estas qualidades podem não coincidir.

Deve entender-se que a lei se refere ao criador intelectual quando prevê efeitos que supõem uma valoração do próprio ato de criação. Assim, o direito de retirada (art. 25 VI) só pode caber ao criador intelectual, porque se funda em razões éticas que só pela criação se podem justificar. Noutros casos, pelo contrário, poderão incluir-se todas as pessoas a quem foram originariamente atribuídos direitos sobre a obra.

A destriça só poderá assim fazer-se caso por caso.

III — Para além de tudo isto, a análise da lei permite-nos chegar ao enunciado, em vastas zonas, de um princípio de sentido contrário.

Verificaremos⁹² que quando teve em vista a negociação no domínio autoral, a lei se preocupou exclusivamente com o que se chama o “contrato primário” de Direito de Autor, que é aquele em que intervém o titular originário, ou até só o criador intelectual, e não atendeu a ultradisposições. As referências ao autor, neste domínio, só abrangem aqueles sujeitos; é agora a extensão a adquirentes derivados que deve ser provada caso por caso.

Na nossa análise, vamos fazer uma distinção básica. Consideramos primeiro a obra em que esteja em causa apenas o criador intelectual, pois essa nos dá o modelo simples; e veremos depois como o problema se coloca quando houver pluralidade de intervenções.

46. Autor e criador intelectual

I — O princípio deve ser fixado com toda a clareza: *autor é o criador intelectual da obra.*

A obra literária ou artística exige uma criação, no plano do espírito: autor é quem realiza essa criação. Há exceções, como veremos, mas nem por isso o princípio deve deixar de ser proclamado com nitidez.

É o que faz o art. 21 da Lei nº 5.988, com toda a generalidade. O autor é titular de direitos sobre a obra intelectual que produziu. Não se pode supor que *autor*, aqui, deve ser entendido em sentido formal, de molde a abranger todo o titular de direitos sobre a obra intelectual. Isso seria uma tautologia. Equivaleria a dizer: o titular dos direitos é titular de direitos. Na realidade, a lei ocupa-se com o problema substancial da determinação do beneficiário do direito

⁹² *Supra*, nº 268.

de autor, e resolve-o atribuindo este ao criador intelectual. Por isso se diz que o autor tem direitos sobre a obra intelectual *que produziu*. Quem produz é sempre e só o criador intelectual. A referência do art. 21 ao autor é necessariamente dirigida ao criador intelectual.

II — Este artigo faz já uma determinação substancial; não estabelece uma mera presunção. Quando se demonstrar que um é o que criou a obra, e outro o que vem nela designado como autor, ou anunciou essa qualidade, ou utilizou a obra não identificada, a presunção de autoria que destes fatos se desprende cai e o direito que há definitivamente a tomar em conta é o direito do criador intelectual. Isto tem muita importância, até como antídoto contra abusos que se podem cometer levando à apropriação de obras alheias.

Na Alemanha, o princípio é absoluto: o direito é atribuído sempre e só ao criador intelectual⁹³. Não se passa assim no Brasil, como veremos: mas nem por isso deixa de ser importante que assinalemos à partida a tendencial coincidência entre criador intelectual e titular do direito de autor.

Por isso, o direito à paternidade da obra, de que falaremos mais adiante a propósito dos direitos pessoais do autor, permite ao criador intelectual, a todo o momento, declinar a sua qualidade e reivindicar a autoria (art. 25 I); e o direito à menção da designação ainda o reforça (art. 25 II).

47. Determinação do autor

I — Identificação

A determinação do autor supõe sempre uma identificação.

Essa identificação pode fazer-se de qualquer modo. É assim que o art. 12 dispõe que, para se identificar como autor, o criador da obra intelectual pode usar do seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer sinal convencional⁹⁴. Este preceito tem um caráter misto, pois respeita quer ao direito das pessoas, no capítulo do nome, quer propriamente ao direito de autor.

⁹³ § 7º da lei alemã sobre direito de autor: "Autor é o criador da obra".

⁹⁴ Para Antônio Chaves, *Nova Lei*, 13, trata-se de dispositivo óbvio e portanto dispensável. Todavia, basta consagrar-se a suficiência do sinal convencional para não ser dispensável. A lei de imprensa, que é posterior, parece excluí-lo: mas sempre subsistiria para as obras de arte plástica.

Mas podemos ir mais longe, e admitir qualquer outra forma de identificação. O autor pode identificar-se, por exemplo, pela sua fotografia.

Por mais paradoxal, a identificação do autor pode não dar a conhecer a sua identidade. Se a identificação não deixar nenhuma dúvida sobre a identidade do autor, como se exprime o art. 15/1 da Convenção de Berna, estamos na situação normal. Caso contrário, teremos uma obra de autor não-determinado, que cai na previsão do art. 41. Suscitam-se então problemas no exercício de direitos sobre a obra, que serão examinados adiante.

II — Mas importante é o art. 13, que considera autor quem tiver, em conformidade com o uso, indicado essa qualidade, ou a anunciar na utilização realizada. Esclarece-se ainda, no § único, que na falta de qualquer destas indicações se presume autor aquele que tiver utilizado a obra. De fato, o mais natural é que a utilização de obra não identificada seja feita pelo seu autor; isso leva a lei a tecer esta última presunção que permite, em qualquer caso, determinar alguém como autor.

Pela primeira regra, o direito de autor seria atribuído a quem viesse designado na obra da maneira universalmente adotada. Por exemplo, se na capa de um romance figuram apenas o título e um nome, todos concluem que o nome designa o autor. Esta impressão é corroborada pelo art. 15/1 da Convenção de Berna, em que se dispõe que, para que os autores sejam protegidos *iure conventionis*, basta que os seus nomes sejam indicados sobre a obra da maneira habitual.

Com esta regra se relaciona o art. 14, que atribui a autoria da obra de colaboração aos colaboradores cujo nome figurar na utilização da obra. Mas esta matéria deverá ser retomada quando estudarmos a obra de colaboração.

III — O 13 § único contém uma segunda presunção: a de que é autor quem for anunciado como tal em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público. Isto é muito importante para as obras não-publicadas.

Poderia ter-se acrescentado uma última presunção: a de que, na falta de qualquer destas indicações, se presume autor aquele que tiver atuado como tal. De fato, o mais natural é que a utilização de obra não-identificada seja feita pelo seu autor. Isso fundaria uma terceira presunção legal que permitiria, em qualquer caso, determinar alguém como autor⁹⁵.

⁹⁵ Na falta desta pode suscitar-se como presunção *facti*.

A seguir focaremos alguns aspectos da relação do nome com o Direito de Autor.

IV — Mas repare-se: deixando de lado o art. 14, trata-se em todos os casos de presunções. Já no corpo do artigo se dizia expressamente que se considera autor, até prova em contrário... Isto quer dizer que a lei não se preocupa aqui com a determinação substancial do autor, mas com a prova dessa qualidade. Sendo assim, subsiste o primeiro enunciado: substancialmente, a quem é atribuído o direito de autor?

48. Direito de autor e tutela do nome

I — A atribuição originária dá ao criador o direito à *paternidade da obra*, que é um dos direitos pessoais do autor. É esse aliás o conteúdo do art. 25 I, um pouco desfocado por o preceito pôr o acento na reivindicação, quando o deveria pôr no próprio direito de paternidade.

Por outro lado, há uma incidência de um dos direitos de personalidade, o direito ao nome, no art. 25 II, que já conhecemos; ainda que se pudesse falar antes num direito amplo de identificação, pois o preceito não trata só da identificação pelo nome.

II — A propósito dos direitos pessoais do autor teremos oportunidade de referir o direito à menção da designação e direito de paternidade.

Relacionado com este direito, e instrumental em relação a ele, está o da *escolha, pelo autor, da designação que deverá ser utilizada* na divulgação da obra. A lei abre todo o leque de possibilidades (art. 12): pode usar o seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, pseudônimo ou mesmo qualquer sinal convencional. Se bem que haja aqui uma manifestação do direito ao nome, ou à expressão da identidade, como direito geral de personalidade, não deixa de ser um direito que é conferido ao autor como autor. O caráter amplamente permissivo da norma (toda a escala de possibilidades de identificação é aberta ao autor) em nada impede que encontremos aqui mais uma faculdade de caráter pessoal.

Mas a lei não integra esta faculdade entre os direitos morais de autor. Mais que no art. 25 II, regula-a no art. 12, a propósito da autoria das obras intelectuais, por a forma normal como se exprime a autoria ser representada pela aposição do nome. Logo

os arts. 13 e 14 vão tirar conseqüências do enunciado de modos de expressão da identidade. Todavia, é claro que o art. 12 é igualmente instrumental em relação a este direito à menção da designação; e o art. 25 II acolhe a enumeração do art. 12.

49. A cedência do direito ao nome

I — Começemos por distinguir três figuras:

1) A convenção pela qual alguém usa em obra sua o nome doutro autor;

2) A convenção pela qual obra alheia é apresentada sob o próprio nome;

3) A obra de encomenda.

A primeira convenção é nula. O criador intelectual poderá sempre revelar a sua paternidade, como o podem fazer aqueles que tiverem interesse no deslindar da situação. Há um interesse público na rejeição destes enganos.

No que respeita à 2ª e 3ª categorias, poderia pensar-se que se confundem, pois também o comitente se poderia apresentar como o titular originário da obra. Mas não é assim. O comitente tem a disponibilidade da obra encomendada, mas não tem a possibilidade de se fazer passar por criador intelectual dela. Aqui, está em causa justamente a hipótese de alguém ceder originariamente as suas obras, de tal modo que elas surjam juridicamente como criações de outra pessoa.

II — Será válida a convenção segundo a qual a autoria da obra será desde o início atribuída a pessoa diferente do real criador? O milionário que contrata um escritor sem mercado para lhe escrever contos que ele publicará como seus tem originariamente o direito de autor? Problema análogo se coloca na obra de colaboração: será válida a cláusula segundo a qual a obra de colaboração será afinal atribuída só a algum ou alguns dos co-autores? O art. 14 atribui a autoria da obra em colaboração àquele (?) ou àqueles colaboradores em cujo nome for utilizada, mas também aqui se poderá tratar de uma presunção, paralela à do art. 13 § único; não se tomaria posição quanto à validade de um pacto denegador de direitos a um dos colaboradores.

III — Este efeito poderia obter-se de duas maneiras: antes ou depois da criação da obra.

Se é antes da criação, haverá uma verdadeira atribuição originária do direito de autor a terceiro; pois o direito, ao constituir-se,

pertencerá já ao terceiro. O criador intelectual nunca chegará a ter qualquer direito de autor.

Se é depois criação, então o direito é originariamente atribuído ao criador intelectual, pelo que a aquisição que o terceiro realizar é já uma aquisição derivada.

Este problema teve todavia no Brasil um grande relevo, em consequência de o Código Civil ter admitido expressamente a cedência do direito ao nome.

O art. 667 do Código Civil dispunha: “É susceptível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais”.

Este trecho foi introduzido na Câmara dos Deputados, por iniciativa de Arthur Lemos, que se propunha assim proteger o “pobres-diabo de algum talento” que adquirisse a subsistência escrevendo para outrem que passava por autor.

Regras destas têm porém apenas por efeito assegurar que os pobres-diabos continuem a ser pobres-diabos. Não admira por isso que a regra tivesse sido genericamente criticada⁹⁶.

O primeiro problema estaria em saber se o proêmio do art. 667 do Código Civil foi revogado pela lei dos direitos autorais. Esta não contém fórmula revogatória expressa. Poderia dizer-se que o preceito regula o direito ao nome, e não propriamente o direito autoral, pelo que teria escapado à revogação global resultante da aprovação da nova lei⁹⁷.

Porém, na medida em que disciplina o âmbito de cessão dos direitos autorais, o preceito integra-se na disciplina destes. Não pode assim deixar de ter sido revogado, ao estabelecer-se uma nova disciplina global⁹⁸.

50. O problema no direito atual

I — E hoje será admissível a cedência do direito ao nome? Derrogado o Código Civil, a nova lei deixou de prever esta figura, mas não a proíbe expressamente. Não se poderá então dizer que

96 Cfr. Clovis Belivaqua, *Código Civil*, sub art. 667; Philadelpho de Azevedo, *Direito Moral*, págs. 155 e segs., historiando o debate; Telles Netto, *Edição*, págs. 112 e segs.; C. A. Bittar, *Encomenda*, págs. 86-97.

97 Sobre o conceito de revogação global cfr. o nosso *O Direito*, nº 260, IV.

98 Sobre o “escritor fantasma”, cfr. Antônio Chaves, *Direito de Autor I*, 127 e segs.

pode o autor, ao ceder a sua obra, ceder também o direito ao nome?

Vamos distinguir consoante o pacto é anterior ou posterior à criação da obra. Começamos pela primeira hipótese.

Aparentemente isso contrariaria o princípio da intransmissibilidade dos direitos pessoais (art. 28). Acabamos porém de ver que a lei só proíbe a transmissão autônoma, desacompanhada da titularidade do direito de autor.

Também se pode objetar que semelhante figura contrariaria o art. 5 XXVII da Constituição, que atribui aos autores o direito exclusivo de utilizar a obra. Acontece porém que, perante textos constitucionais semelhantes, o art. 667 do Código Civil nunca foi considerado inconstitucional. Ter-se-á entendido que *autor*, no trecho constitucional, será o titular dos direitos de autor, e não o criador intelectual.

Poderia ainda dizer-se que semelhante cessão contraria o art. 6 *bis* da Convenção de Berna, que atribui ao autor, independentemente dos direitos patrimoniais e mesmo após a cessão destes, o direito de reivindicar a paternidade da obra... A interpretação deste texto da Convenção vai unanimemente no sentido de que o “autor” referido neste artigo não pode ser um transmissário de direitos. Mas pode-se objetar que a Convenção vigorará para as relações internacionais, não impedindo por isso que na lei interna se admitisse a cedência do direito ao nome⁹⁹.

II — A cedência originária do direito ao nome só nos poderia surgir como uma forma mais radical de atribuição do direito que a da própria obra de encomenda.

Supomos porém que só há um caso em que se poderia encontrar uma analogia com este: é o art. 55, segundo o qual se presume, até prova em contrário, que os colaboradores omitidos na publicação “cederam os seus direitos àqueles em cujo nome foi ela publicada”.

É matéria que versaremos adiante. Mas em qualquer caso, aí quem aparece como autor é verdadeiramente autor, e aqui não é. A base de analogia falha.

⁹⁹ Aqui dissentimos de Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, sub art. 667, que pretende que o art. 667 foi revogado pela Convenção de Berna.

Pensamos que as mesmas razões de ordem pública que impedem a publicação sob nome alheio impedem a publicação de obra lhanete apropriação são nulos, porque o seu sentido só pode ser o de induzir o público em erro.

III — Para se poder verificar uma cedência, teria de se pressupor logicamente que a obra seria criada e atribuída, nos termos normais, ao criador intelectual, para passar depois ao encomendante, acompanhada do direito ao nome.

Mas depois de criada a obra a cessão, mesmo total, não abrange todos os direitos. O art. 52 § único ressalva os direitos de natureza personalíssima e os expressamente excluídos por lei.

Quer isto dizer que o criador intelectual, mesmo que pudesse ceder o direito ao nome, manteria na sua titularidade um núcleo fundamental de poderes ínsitos no direito de autor.

E entre esses poderes está, nos termos que teremos ocasião de precisar adiante, o direito à paternidade da obra (art. 25 I). A ser válida semelhante cláusula, só se poderia pois admitir de modo limitado e revogável a todo o tempo, pois o criador intelectual nunca perderia o direito de reivindicar essa qualidade.

Adiante, a propósito da transmissão em direitos pessoais, veremos o que pensar da validade de semelhantes convenções.

IV — De todo o modo, a conclusão a que chegamos terá de ser negativa no aspecto fundamental. Não pode haver cedência do direito ao nome que importe em renúncia definitiva da paternidade da obra. E devemos acrescentar que pensamos que a própria justificação substancial do direito pessoal, que se encontra na defesa da personalidade através das objetivações desta representadas pelas obras literárias e artísticas, não poderia permitir um desligamento total do autor e da obra.

Só se poderá hoje encontrar uma exceção a estes princípios na obra de colaboração, se se entender que o art. 14 não se limita a uma presunção de titularidade¹⁰⁰.

51. A não dependência de formalidades

I — Nos termos do art. 5/2 da Convenção de Berna, o gozo e o exercício dos direitos não estão subordinados a qualquer formalidade.

¹⁰⁰ Neste sentido, parece, Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 13/1.

Esta é uma das maiores forças do direito de autor, mesmo em confronto com outras modalidades de direitos intelectuais. Como o direito de autor resulta do simples fato da criação, logo que acontecida esta, mesmo desconhecida de toda a gente, a titularidade está assegurada. Pode ser necessária uma prova, até para determinar a data da criação; mas essa data não depende de uma formalidade propositadamente estabelecida para o efeito, como a resultante de um registro.

Isto significa desde logo que o registro, entre nós, não pode ter um genérico efeito constitutivo do direito de autor. E que também não o têm formalidades como o depósito legal, exigido para certas categorias de obras.

II — Aprofundando a regra, diremos que o direito de autor não está antes de mais dependente da materialização da obra, no sentido da corporificação. Como vimos, o princípio geral é o de que a obra existe independentemente do exemplar. Do mesmo modo, a fixação por escrito é irrelevante.

A Convenção de Berna permite todavia que as leis tornem a tutela dependente da fixação em suporte material. O Brasil utiliza essa faculdade para as obras coreográficas ou pantomímicas (art. 6 IV), como sabemos.

Todas as outras formalidades prescritas na lei têm igualmente de ser entendidas como não condicionantes da tutela.

III — A conseqüência deste sistema é a de que o autor não tem de dar a conhecer a obra em contrapartida do reconhecimento do direito. Ao contrário do que se passa nas patentes, em que como contrapartida da outorga da patente o inventor tem de tornar público o seu invento, aqui o autor pode abster-se de qualquer divulgação ou exploração que isso em nada o prejudica, enquanto se fundar no direito ao inédito. Já pode ser diferente a situação dos titulares de direitos derivados, como veremos.

Referiremos ainda as formalidades a propósito da constituição do direito de autor¹⁰¹.

52. Obra não protegida

I — Pode haver obra literária ou artística e não haver direito de autor sobre ela. Assim acontece seguramente em quatro situações principais; em relação a obras:

¹⁰¹ *Infra*, n.º 199.

- 1) que nunca foram protegidas;
- 2) que escapem ao âmbito de proteção da lei brasileira;
- 3) do domínio público;
- 4) que regra especial exclui da proteção.

A primeira categoria não oferece dificuldades. As obras que não chegaram a ser abrangidas pelas leis de Direito de Autor, como as obras do Padre Antônio Vieira, estão nesta categoria.

A segunda é por igual facilmente delimitável. Uma obra publicada por autor estrangeiro em país estrangeiro que não é membro de nenhuma convenção internacional e não protege as obras brasileiras congêneres é uma obra não-protegida. Em relação a ela, qualquer tipo de utilização é livre.

As outras serão objeto especial de atenção. Adiante consideraremos particularmente as obras do domínio público e os problemas por este suscitados.

II — Surge em todo o caso um problema terminológico.

Pode fazer-se coincidir a obra do domínio público com a obra não-protegida.

Ou pode ter-se um entendimento mais restrito de obra do domínio público, em que esta categoria se limitaria às obras que tivessem sido protegidas, mas em relação às quais tivesse decorrido o prazo de proteção.

O art. 48 adota a concepção ampla.

Embora pudéssemos preferir a concepção restrita, pois para a categoria ampla nos basta a referência a obras não-protegidas, vamos acomodar-nos à terminologia legal.

A situação tornou-se menos aguda com a supressão do domínio público remunerado, de que depois falaremos. Deixou assim de haver um regime da obra caída no domínio público diferente da obra não protegida em geral.

Acrescentemos ainda que em qualquer caso a expressão “domínio público”, embora tradicionalmente utilizada, é má, pois cria a confusão com o regime particular de certos bens de entes públicos, também tradicionalmente chamado domínio público. Aliás, o domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público.

III — O art. 48 integra ainda no domínio público duas outras categorias de obras:

— as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

— as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral. Com esta última expressão pretendem-se indicar as obras de “folclore”. Foram já referidas, e serão especificamente consideradas adiante.

A primeira categoria não recebe delimitação perfeita. Basta pensar que estão em situação análoga as obras de autor que deixou sucessores (no sentido do art. 47), se esses sucessores morrerem antes de expirado o prazo de proteção¹⁰².

IV — Mas há ainda situações duvidosas.

Em caso de renúncia do titular dos direitos, a obra não fica não-protegida. A renúncia é admitida, mas só extingue os direitos patrimoniais. A obra continua gravada por direitos pessoais.

A situação da obra ilícita será examinada no final.

Haverá que estudar agora as obras que regra especial exclui da proteção.

53. Obra oficial

I — A outra hipótese é a constante do art. 11. Quaisquer atos oficiais não estão sujeitos ao direito de autor. É por isso que quem quiser pode publicar coletâneas de jurisprudência, por exemplo, sem ter de pedir autorização aos juízes que lavraram as decisões.

Abrangem-se certamente aqui os discursos pronunciados em sessões de assembleias legislativas, pois são atos oficiais. Mas os discursos pronunciados por entidades oficiais fora de sessões de órgãos públicos, em inaugurações ou alocuções pela radiodifusão, por exemplo, não serão também protegidos?

Parece que teremos de distinguir. Se o titular do órgão age nessa qualidade, há ainda um ato oficial. Porém, se ele age como privado, *v.g.*, se apresenta uma comunicação num congresso científico, já se cai no regime normal.

O art. 49 I *c* dispõe ainda que é livre a reprodução, em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza. Mas a situação é muito diferente. Aqui, a obra é protegida, só há limite no que respeita ao direito de publicação. Além, a obra é radicalmente não-protegida, com todas as implicações.

102 *Supra*, nº 26.

Nomeadamente no que respeita ao direito pessoal. Mesmo que haja um autor físico conhecido do texto do ato oficial, não poderá invocar direito pessoal em relação a este. A situação é semelhante em todas as obras não-protegidas.

II — Para melhor compreendermos, há que seguir de perto a Convenção de Berna. O art. 2/4 desta permite que sejam excluídos da proteção os textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judiciário, bem como as traduções oficiais destes textos.

Falando-se embora em textos, entende-se que não se abrangem apenas as obras literárias, mas qualquer categoria de obras que possam merecer a designação de obras oficiais¹⁰³. A mesma interpretação extensiva há que fazer na doutrina brasileira, pois a razão de decidir é a mesma para qualquer categoria de obras — um emblema oficial, por exemplo.

O art. 11 usa uma linguagem menos sintética que a da Convenção de Berna. Equivale, muito simplesmente, às obras de caráter legislativo, administrativo ou judiciário a que se refere a Convenção.

III — A exclusão da tutela é radical. Sobre aquelas obras não recai nenhum direito de autor, quer no plano pessoal quer no plano patrimonial.

A afirmação pode causar estranheza no que respeita à tutela pessoal. Que acontecerá, se um discurso pronunciado numa tomada de posse, por exemplo, for desfigurado, de maneira a dar uma visão distorcida ou ridícula do titular do órgão que o pronunciou? Se esse órgão não vier a público corrigir a situação, resta sempre à pessoa física atingida agir diretamente em defesa do seu bom nome. Mas fá-lo, não invocando a titularidade de um direito de autor, que na realidade não lhe cabe, mas invocando um direito de personalidade. É tão-só na medida em que a sua personalidade for atingida que ele pode reagir.

Supomos que a situação é semelhante à que se verifica naqueles casos, já atrás referidos, em que se dá a atribuição originária do direito a pessoa diversa do criador intelectual. Nem por isso o criador intelectual fica desarmado, pois poderá ainda reagir contra desfigurações graves da obra, que atinjam a sua personalidade. Mas fá-lo no exercício de um direito de personalidade, e não de um direito de autor.

¹⁰³ Cfr. Katzenberger, no *Kommentar* de Schricker, § 5, nt. 13, com toda a doutrina alemã.

Estas considerações são analogicamente aplicáveis em todos os casos em que há obras não-protegidas. O criador não tem por definição direito de autor, mas continua a poder invocar as regras gerais de defesa da personalidade. Essas são bem mais restritas que as previstas a título de direito pessoal do autor.

IV — Esta mesma regra terá ainda de abranger, parece, as traduções oficiais destes atos oficiais: por exemplo, uma tradução em inglês das regras brasileiras sobre exportação. Também elas não são protegidas, podendo ser livremente utilizadas por qualquer pessoa.

54. Obra ilícita

I — Dentro da obra ilícita, ilegal ou antijurídica ainda podemos distinguir a obra:

- contrária a direito de autor alheio
- contrária à ordem pública
- imoral

II — Uma obra pode ser criada com violação de direito de autor alheio?

Poderia parecer que uma hipótese desta ordem se verificaria no caso das traduções realizadas sem autorização. O problema pode ser generalizado a qualquer transformação feita sem o consentimento do autor da obra primígena.

Na realidade, porém, estas não são obras não-protegidas. Como veremos, a tradução, ou a transformação, é em si livre, a difusão é que está condicionada à autorização. Sendo assim, a tradução não-autorizada é obra protegida.

Isto tem a consequência prática de que, se um terceiro se apoderar do texto dessa tradução, o tradutor pode agir contra ele e impedi-lo de utilizar publicamente esse texto, por invocação do direito de autor¹⁰⁴.

III — Obra proibida

Uma obra pode violar proibições do ordenamento. O art. 17 da Convenção de Berna assegura aos governos o direito de permitir,

¹⁰⁴ Neste sentido, Nicola Stolfi, *Diritto di autore*, I, n.º 664, que parte da observação de que uma tradução ilícita pode tornar-se lícita.