

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE
O DIREITO DE AUTOR E O DOMÍNIO PÚBLICO

Pelo Dr. João Miguel de Magalhães Guedes

A — O direito de autor em geral

1 — *Introdução*

Todas as matérias relativas ao direito de autor revestem-se de grande complexidade, proveniente de ainda não estarem suficientemente amadurecidas na Doutrina, e de o Legislador, queixando-se talvez do mesmo mal, ter usado uma terminologia nem sempre clara e não ter evitado inúmeras situações dúbias, quando não mesmo contraditórias, o que obriga a constantes esforços de interpretação.

ADVERTÊNCIA: Apesar de este estudo ter sido elaborado em Maio de 1981, há mais de um ano portanto, e de entretanto já terem surgido alguns novos dados, pensamos que abordar a questão do domínio público pago como fazemos mais adiante é uma tarefa que mantém o seu interesse e actualidade, não só porque o Decreto-Lei n.º 393/80 de 25 de Setembro ainda se encontra em vigor até 1 de Janeiro de 1983, data em que começará a produzir efeitos o Decreto-Lei n.º 150/82 de 29 de Abril que revoga aquele decreto, mas, também, porque certos organismos internacionais têm vindo recentemente a desenvolver campanhas no sentido da generalização do domínio público pago.

2 — *Estrutura do direito de autor*

O Código do Direito de Autor no seu art. 4.º, n.º 1¹ define-o como o *direito* que recai sobre a obra intelectual, qualquer que seja o género ou forma de expressão desta. Todavia, o art. 1303.º, n.º 1, do Código Civil, sob a epígrafe «propriedade intelectual», explicita que «os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial». Assim, desde logo se levanta o problema de saber se estamos perante um único direito — o direito de autor — ou de vários direitos que, sem ligação entre si, são atribuídos ao mesmo sujeito.

Sem grande demora nesta questão, que quanto a nós tem apenas o mérito de fazer luz sobre a estrutura do direito de autor, parece-nos que é de prevalecer a opinião que considera existir um único direito embora este direito tenha várias facetas, da mesma forma que o direito de propriedade engloba os direitos de uso, fruição e disposição.

Quanto à estrutura do direito de autor, diz-nos o art. 5.º que este abrange direitos de carácter patrimonial, como seja a faculdade de conceder autorização para explorar a obra (art. 40.º) e direitos de carácter pessoal, chamados direitos morais, como o poder de se opor a qualquer modificação da obra (art. 55.º).

3 — *Sujeitos do direito de autor*

Regra geral² o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra (art. 8.º, n.º 1); o facto de a obra ser realizada a expensas de outrem, encomendada ou mesmo feita no cumprimento de um dever funcional ou de um contrato de trabalho, não altera esta situação.

¹ Daqui para a frente, sempre que citarmos uma disposição legal sem indicação do diploma em que insere, estaremos a referir-nos ao Código do Direito de Autor vigente.

² Relativamente à titularidade do direito de autor de obras de colaboração colectivas e outras veja-se artigos 10.º e seguintes.

A primeira excepção a esta regra aparece logo no n.º 6 do art. 8.º que permite que seja convencionado o contrário, e o art. 9.º, n.º 2 explicita mesmo que a circunstância de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade que custear a obra ou a publicar. Também, tratando-se de obra fotográfica, o direito de autor pertence à entidade patronal desde que a fotografia tenha sido feita em execução de um contrato de trabalho (art. 148.º, n.º 2), ou pertencerá ao dono dos objectos fotografados se foi este que encomendou a fotografia. Quanto aos trabalhos jornalísticos não assinados produzidos em cumprimento de um contrato de trabalho, o direito de autor sobre os mesmos cabe à empresa proprietária do jornal ou outra publicação em que foram insertos.

O direito de autor é oponível *erga omnes*, embora, como veremos no n.º 5, a partir da publicação da obra existam certos poderes da colectividade sobre ela.

4 — Objecto do direito de autor

Do exposto apreende-se facilmente que a definição de direito de autor se baseia no objecto do direito e quaisquer direitos de autor só podem ser enunciados com referência a esse mesmo objecto — a obra intelectual. «São obras intelectuais as criações do espírito por qualquer modo exteriorizadas» (art. 1.º, n.º 1); convém, no entanto, atendermos a que o objecto do direito é unicamente a forma (coisa incorpórea) da obra intelectual e não a ideia ou conteúdo da obra nem o seu continente: *v. g.* um cientista publica um livro com uma nova teoria: que protecção lhe confere o direito de autor? Sobre a ideia, sobre a nova teoria, não lhe assegura quaisquer direitos, qualquer um poderá servir-se dessa teoria. Sobre o livro em si, o «*corpus mechanicum*,» também não, di-lo expressamente o art. 7.º, n.º 1; «o direito de autor (...) é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de instrumento ou veículo para a sua utilização». Resta, então, ao dito cientista a protecção que é dada à forma, à maneira como a nova teoria foi exposta.

5 — *Extensão do direito de autor*

Mas será, tal como a letra da lei no art. 4.º parece induzir, que qualquer direito sobre a obra intelectual é direito de autor? Não nos esqueçamos do direito de utilizar e fruir da obra que cada particular tem a partir do momento da sua divulgação: ler um romance, ouvir uma música, recitar um poema, representar em privado uma peça de teatro, cantarolar uma melodia, copiar os modelos de arte aplicada publicados nas revistas de modas e decoração, etc. A contemplar este sem número de utilizações da obra intelectual encontra-se na lei francesa do direito de autor, de 11 de Março de 1957, o art. 41.º que não tem correspondência directa na nossa legislação:

«Depois de a obra estar divulgada, o autor não pode impedir:

1 — As exhibições privadas e gratuitas efectuadas exclusivamente dentro do círculo familiar;

2 — As cópias ou reproduções estritamente reservadas ao uso privado do copiadador e não destinadas a uma utilização colectiva, à excepção das cópias de obras de arte destinadas a serem usadas para fins idênticos àqueles para os quais a obra original foi criada;

3 — Sob reserva de ser indicado claramente o nome do autor e a fonte:

Análises sobre a obra e curtas citações (...).

Resumo informativo na imprensa.

A difusão, ainda que integral, pela imprensa ou radiodifusão a título de informação da actualidade, dos discursos destinados ao público, pronunciados em assembleias políticas (...);

4 — A paródia, o «*pastiche*» e a caricatura, atendendo aos preceitos que os regulam.»

Na nossa Lei, no capítulo II do título III, sob a epígrafe «Da utilização livre», encontramos vários regimes especiais (correspondentes aos arts. 2.º, 9.º e 10.º da Convenção de Berna) que consagram as condições de reprodução de discursos

sos, conferências de imprensa, etc.; a livre utilização de certas obras musicais, como hinos patrióticos ou religiosos; o direito de citação e de elaboração de antologias com fins didácticos; o direito de reprodução de polémicas, etc.

Por aqui se vê que desde o momento da divulgação da obra passam a exercer-se sobre ela poderes comuns a toda a colectividade e poderes exclusivos do autor.

6 — *Duração do direito de autor*

Presentemente, na nossa Lei, o direito de autor configura-se como um direito temporário (1). Qual é, então, a duração da protecção concedida pelo Código do Direito de Autor? Relativamente ao conjunto dos direitos de carácter patrimonial é, em geral (2), de 50 anos após a morte do autor, di-lo expressamente o art. 25.º Quanto aos direitos morais a resposta já não é tão simples. Em primeiro lugar é preciso notar que se o art. 25.º se refere unicamente à utilização económica das obras intelectuais é porque, *a contrario* se pretende estabelecer um regime diferente para os direitos de carácter pessoal.

Como o legislador não indicou qualquer outro período de tempo, que limitasse a existência dos direitos morais de autor, restam-nos duas alternativas: ou os direitos de carácter pessoal são perpétuos ou, então, extinguem-se com a morte do autor.

O art. 57.º, n.º 1, diz-nos que o direito moral é inalienável e imprescritível (3), mas isso não nos adianta muito para o problema que estamos a tratar; acrescenta, contudo, no mesmo número, que por morte do autor o seu exercício, enquanto a

(1) Na vigência do Decreto n.º 13 725 de Maio de 1927 era perpétua a duração do direito de autor.

(2) Quanto à duração da protecção concedida a obras de colaboração, colectivas e outras, veja-se art.º 30.º e seguintes.

(3) Já o art.º 54.º estatua: «o direito de autor não pode adquirir-se por prescrição». Provavelmente, neste caso o legislador só se referia aos direitos de autor de carácter patrimonial e portanto viu-se na necessidade desta repetição no art.º 57.º relativamente aos direitos de carácter pessoal. De qualquer forma, parece-nos uma técnica imperfeita.

obra não cair no domínio público, isto é, enquanto durarem os direitos exclusivos ¹ compete aos seus herdeiros e representantes. E, no n.º 2, que depois de a obra ter caído no domínio público, a defesa da integridade e genuinidade desta pertence ao Estado ².

Nota-se, portanto, pelo menos no que respeita à defesa da integridade e genuinidade da obra, uma certa tendência para a perpetuidade. Mas, analisemos um pouco mais em pormenor o que na realidade acontece com três direitos morais típicos: o autor goza do direito de (a) reivindicar a paternidade da sua obra, (b) assegurar a integridade desta, (c) modificar a obra no todo ou em parte.

a) Existe uma diferença nítida entre o direito enunciado no art. 55.º — «o autor goza do direito de reivindicar a paternidade da sua obra» e aquele que aparece na esfera jurídica dos sucessores do autor após a sua morte. É que os herdeiros não podem reivindicar a paternidade da obra, o que é óbvio uma vez que não foram eles o seu autor. Têm unicamente o *dever* de reivindicar *para o autor* a paternidade da obra. Este poder/dever é-lhes atribuído durante o tempo em que têm possibilidade de auferir das vantagens materiais que a obra proporcione e em atenção a essas mesmas vantagens. Quer dizer, cabe-lhes esta obrigação como contrapartida de serem os detentores dos direitos de carácter patrimonial e são responsáveis por ela, mais do que perante a memória do autor já desaparecido, perante a sociedade que, essa sim, tem verdadeiro

¹ Por direitos exclusivos terá de se entender unicamente direitos exclusivos de carácter patrimonial, quando não, numa interpretação literal, incorreríamos num círculo vicioso: a obra intelectual cai no domínio público quando cessam os direitos exclusivos que sobre ela incidem (art.º 37.º) e os direitos morais (exclusivos por força do art.º 5.º) exercem-se enquanto a obra não cair no domínio público (art.º 57.º).

² Por força do art.º 1.º n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 393/80, de 25 de Setembro, a defesa da integridade e genuinidade das obras intelectuais nacionais caídas no domínio público compete à Secretaria de Estado da Cultura e será exercida através da Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor.

interesse em que a obra de um autor não seja atribuída a outra pessoa: — todos os membros da sociedade estariam a ser burlados.

Ainda mais nítida se torna a diferença entre este *direito* do autor e a *obrigação* do Estado nesta matéria quando a obra cai no domínio público.

b) O autor, diz ainda o art. 55.º, goza do direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a qualquer deformação, mutilação ou modificação. Ora, ser-se titular de um direito implica, salvo precisamente o caso especial dos poderes funcionais, o livre arbítrio de o exercer ou não. Embora esta hipótese seja um tanto académica, a verdade é que, pelo menos em teoria, um autor pode não se incomodar que modifiquem a sua obra e não esteja interessado em exercer o seu direito. O mesmo já não acontece em relação aos seus sucessores e ao Estado, a quem incumbe não o *direito* mas o *dever* de defender a integridade da obra.

c) O conteúdo de outro dos direitos morais de autor é a possibilidade de modificar a obra no todo ou em parte¹. É fácil ver que este direito é completamente intransmissível, nem os sucessores nem o Estado têm qualquer poder para modificar a obra, o que de resto estaria em total contradição com a obrigação de assegurar a sua integridade e genuinidade.

¹ Embora o Legislador no art.º 39.º confira aos autores o direito de modificar totalmente a obra, esta é uma faculdade que nunca aproveitará a qualquer autor. Na verdade, como já expusemos no número 5, quando tratámos do direito de autor, a obra uma vez publicada escapa ao completo domínio do seu criador passando os membros da colectividade a ter certos poderes sobre ela. Neste caso, o da modificação total da obra, o autor mais não está a fazer do que uma obra nova, e ser-lhe-á impossível fazer o mundo voltar atrás como se a obra primitiva nunca tivesse existido. Da mesma forma os bons autores não estão livres de edições comparativas em que se apreciem diferenças da primeira edição para as edições subsequentes.

O art. 41.º vai mais longe e é bastante claro a este respeito:

«Quando o autor tiver revisto toda ou parte da sua obra e efectuado ou autorizado uma forma de divulgação *ne varietur*, não poderão os seus sucessores reproduzir as versões anteriores.»

d) Em conclusão, na ausência de uma indicação expressa na Lei (1), afigura-se-nos mais correcta a posição que considera que os direitos morais de autor acompanham o autor só durante a sua vida e que cessam ao mesmo tempo que acaba a sua personalidade jurídica.

Em relação a certas obrigações dos sucessores conectadas com os direitos de autor de carácter pessoal, estas são criadas pelo acto jurídico da aceitação da herança e por inerência aos direitos patrimoniais.

Quanto às obrigações do Estado, é a Lei que lhas atribui e nela, portanto, encontram o seu fundamento. O Legislador português, da mesma forma que considerou o Estado a pessoa mais indicada para defender o património intelectual nacional, poderia ter determinado que a defesa e integridade das obras caídas no domínio público coubesse *v.g.* aos tribunais, às Faculdades de Letras, a uma academia ou a qualquer outra entidade. Em todos estes casos os direitos sobre as obras não se transmitem para nenhuma das referidas entidades, são pertença da colectividade. Porém, dado que o conjunto inorgânico dos cidadãos não consegue zelar eficazmente pelos seus direitos, o legislador viu-se na necessidade de atribuir essa defesa a um corpo organizado.

(1) Na lei francesa n.º 57-298, de 11 de Março de 1957, no art.º 6.º diz-se: «O Autor goza do direito ao respeito do seu nome, da sua qualidade e da sua obra.

Este direito está ligado à sua pessoa.

É perpétuo, inalienável e imprescritível.

É transmissível por morte aos herdeiros do outro.»

7 — *Regime internacional da duração do direito de autor*

Segundo o n.º 1 do art. 4.º da Convenção Universal sobre o Direito de Autor, a duração da protecção da obra é regulada pela lei do Estado contratante em que a protecção é reclamada: não sendo, contudo, nunca inferior a um período que compreenda a vida do autor e 25 anos depois da sua morte, isto por força do n.º 2 do mesmo artigo.

Portugal é também signatário da Convenção de Berna, a qual, por sua vez, estatui no art. 7.º que a protecção concedida será até 50 anos *post mortem* do autor; todavia, no caso de um ou mais países da união concederem durações superiores, a duração da protecção determinar-se-á pela lei do país onde a protecção for reclamada, não podendo contudo exceder a duração fixada no país de origem da obra.

Em conformidade com estes preceitos, o art. 26.º do Código do Direito de Autor determina que a duração da protecção reclamada em Portugal será, para qualquer obra, de 50 anos após a morte do autor, a não ser que esta duração exceda a fixada na lei do país de origem da obra.

Em termos práticos, isto significa que uma obra de um autor italiano, que em Itália goza de um protecção de 80 anos após a morte do autor, em Portugal estará protegida menos 30 anos. Quanto a uma obra de um autor japonês, que no país de origem é protegida por 30 anos após a morte do autor, em Portugal só gozará do mesmo período de protecção.

B — O domínio público

8 — *Domínio público*

Ao tratarmos da duração do direito de autor já tivemos oportunidade de nos referir ao domínio público. Actualmente é prática no Mundo inteiro a consagração do direito de autor como um direito temporário; finda a protecção que a lei concede ao autor da obra intelectual e aos seus sucessores, a obra cai no domínio público: «diz-se que uma obra caiu no domínio

público quando em relação a ela cessaram por qualquer motivo os direitos exclusivos que a lei assegura, em geral, ao autor da obra intelectual ou a seus sucessores, por qualquer título» (art. 37.º).

Normalmente considera-se «domínio público» o conjunto de «coisas imóveis, pertencentes por lei a uma pessoa de direito público e subtraídas ao comércio jurídico privado em razão da sua primacial utilidade colectiva»^{1, 2}. Será neste sentido que se deverá incluir uma obra caída no domínio público?

a) A primeira incompatibilidade entre o domínio público no âmbito do direito de autor e esta definição encontra-se logo no seu objecto: enquanto os bens do domínio público são «coisas imóveis» a obra intelectual, por natureza incorpórea, nunca poderá ser considerada «coisa imóvel». Convém não esquecer neste momento o que se escreveu a propósito do objecto do direito de autor: assim, embora o Estado seja o proprietário de um documento do século xiv que se encontra num seu arquivo, é apenas proprietário do material em si, do *corpus mechanicum*, e qualquer historiador deverá poder servir-se e divulgar o conteúdo desse documento.

b) Contudo a principal razão que afasta a obra intelectual caída no domínio público dos bens do domínio público é a sua titularidade. Repare-se que a definição dada pelo art. 37.º, acima transcrita, emprega a expressão «cessação dos direitos exclusivos»; isto significa que a lei apenas a estes se quis referir e que os direitos não exclusivos, aqueles que como vimos são comuns a toda a colectividade, se mantêm, já que continuam na esfera jurídica de todos os particulares. Enquanto

¹ Citado pelo Prof. Freitas do Amaral in *VELBC*, «Domínio Público».

² A esta definição, no tocante a «coisas imóveis», poderão fazer-se alguns reparos se nos lembrarmos que as pessoas de direito público podem possuir, *v.g.* documentos, quadros, livros, etc., que são coisas móveis subtraídas ao comércio jurídico privado em atenção à sua utilidade colectiva. A esta dificuldade só se poderá fugir se considerarmos não cada uma das coisas móveis em si, mas as universalidades de facto que elas compõem, como sejam arquivos, museus, bibliotecas, etc.

os bens do domínio público pertencem por lei a uma pessoa de direito público, no tocante à obra intelectual esta não é propriedade do Estado nem de qualquer outra pessoa colectiva de direito público; é a própria lei que faz a distinção entre a situação em que o Estado é o detentor do direito de autor e a situação da obra caída no domínio público: «Se decorrerem dez anos sobre a data em que a herança foi declarada vaga para o Estado sem que este tenha utilizado directamente a obra intelectual ou autorizado a sua utilização por terceiros, cairá esta no domínio público» (art. 42.º, n.º 2).

De maneira semelhante à qual o domínio sobre os baldios é um *domínio comum* dos vizinhos que não se confunde com o *domínio privado* de cada um nem com o *domínio público* da pessoa colectiva, quer seja a autarquia local ou o Estado, também a propriedade das obras caídas no domínio público é pertença de toda a colectividade nacional e não de qualquer particular ou do Estado.

É atendendo à função social da obra intelectual e à sua particular utilidade de promoção cultural para todos os membros da sociedade que a lei determina que ao fim de um certo período de tempo se extingam os direitos exclusivos que sobre ela incidiam e a colectividade passe a exercer os seus direitos sem qualquer limitação ¹. De resto a obra não foi criada *ex nihilo* mas sim com a comparticipação de todo o tesouro cultural e social de um povo, e é justo que aquilo que veio do património cultural de um povo volte a ingressar nesse património.

9 — O domínio público pago e os seus fins

O Decreto-Lei n.º 393/80, de 25 de Setembro, determina no seu art. 2.º, al. c) que seja paga uma taxa, quando a utilização ou publicação de uma obra nacional caída no domínio público

¹ Numa primeira aproximação ao problema parece-nos que seria uma medida de justiça que no momento em que uma obra caísse no domínio público fosse paga uma indemnização aos detentores dos direitos calculada,

se fizer com fins lucrativos. Temos portanto instituído em Portugal¹ o controverso regime do domínio público pago.²

Não necessita de grandes explicações um facto que salta aos olhos de todos: com o domínio público pago, o Estado pretende arrecadar mais receitas. A justificação para isso, dada pela letra da lei, é que essa taxa representa a contrapartida da utilização ou publicação pelos particulares da obra caída no domínio público.

Vemos assim que o Governo português optou por uma solução fiscalista para a resolução do problema da natureza do domínio público pago que ao mesmo tempo supõe uma expropriação das obras caídas no domínio público.

Na verdade, um particular só tem de pagar uma taxa pela utilização de uma coisa se essa coisa não for sua. Só tem de pagar uma taxa para transitar numa auto-estrada, porque essa auto-estrada é do Estado. Só tem de pagar a entrada num museu porque esse edifício (bem assim como o *corpus mechanicum* das obras de arte lá expostas, mas não as obras intelectuais em si) é do Estado; só tem de pagar para utilizar uma obra do domínio público se essa for do Estado, ou seja, tenha deixado de ser domínio público. Um vizinho, proprietário em comum com os outros vizinhos, *não* têm de pagar uma taxa quando vai apascentar o gado ao baldio porque esse baldio *não* é do Estado.

Tínhamos visto no número anterior a diferença de situações quando uma obra pertencia ao Estado e quando pertencia à colectividade; pelo Decreto-Lei n.º 393/80 o Estado actua como se se tivesse apoderado do que pertencia à colectividade

por exemplo, na base do rendimento que a obra tivesse proporcionado no último ano.

1 Já o Decreto-Lei n.º 94/80, de Março, tinha criado um regime de domínio público pago; contudo, as críticas a esse diploma foram tantas que o Governo se viu obrigado a revogá-lo por este Decreto-Lei n.º 393/80 que, como veremos, também não está isento de críticas.

2 Apenas mais 12 países no Mundo o consagram.

sem se vislumbrar os fins de utilidade pública^{1, 2} exigidos pela Constituição (art. 62.º, n.º 2) para se proceder a expropriações, e também sem o pagamento de justa indemnização³, direito consagrado igualmente na Constituição no mesmo artigo.

10 — O domínio público pago e a Constituição

a) Liberdade de imprensa

Para além das inconstitucionalidades já apontadas, o domínio público pago representa um entrave à liberdade de imprensa

¹ O art.º n.º 1, do Decreto-Lei n.º 393/80 refere que as receitas percebidas serão aplicadas na protecção e divulgação de obras caídas no domínio público. Esta «utilidade pública» não nos parece justificativa da expropriação porque se por um lado as receitas por este modo obtidas se podem considerar economicamente irrelevantes em relação ao O.G.E. e ao montante que na verdade seria necessário para promover o fim proposto, por outro lado apresenta-se mesmo contraditório uma vez que, com o fim de divulgar as obras caídas no domínio público, taxa essas mesmas obras, aumentando-lhes, naturalmente, o preço e consequentemente dificultando-lhes a sua divulgação.

² Não sendo uma utilidade pública nem estando consagrada na nossa lei, alguns juristas como Carlos Mouchet (*Le Droit d'Auteur*, Setembro 1970, pág. 211), indicam como fins do domínio público pago a criação de uma previdência para os autores. Esta é mesmo a principal razão que move em todo o Mundo as sociedades de autores ao apoio a esta instituição sentindo-se defraudadas quando, como no caso português, a lei as não contempla na distribuição de rendimentos. Considerando, porém, a enorme desproporção existente entre a colectividade nacional e o número dos autores, e também que há milhentas outras maneiras de criar a previdência que os autores necessitam, a criação de uma instituição para corporativa medieval, em que as obras dos autores do passado, em vez de contribuírem livremente para o progresso de toda a sociedade, se encontrem, por qualquer modo, afectas aos interesses do organismo de classe dos autores actuais, não nos parece ainda razão suficiente para expropriar e tributar o património cultural comum, que antes seria usado livremente por todos os membros da sociedade.

³ A dificuldade da representação mental desta indemnização e como seria paga provém, precisamente, do absurdo que é expropriar todos invocando o benefício de todos.

tal como ela está consagrada na Constituição. Na verdade, esta, no seu art. 37.^o, n.^o 5, estatui:

«Nenhum regime administrativo ou fiscal, nem política de crédito ou comércio externo, pode afectar directa ou indirectamente a liberdade de imprensa, devendo a lei assegurar os meios necessários à salvação da independência da imprensa perante os poderes políticos e económicos».

O Decreto-Lei n.^o 393/80, que agora estamos a analisar, vai abertamente contra esta disposição e falseia a liberdade de imprensa por três formas: primeiro, discriminando entre obras com fins lucrativos e não lucrativos; segundo, criando taxas sobre uma certa particularidade de obras — as caídas no domínio público —; terceiro, afectando o produto das taxas bem como o das multas provenientes do não pagamento dessas taxas, à divulgação de obras intelectuais caídas no domínio público ¹. Pergunta-se: e de entre essas, quais? — aquelas que mereçam a simpatia do poder político do momento.

Este dirigismo estatal é tanto mais grave quanto, se agora apenas se revela de uma forma ténue, o poder de alterar as taxas compete ao membro do Governo responsável pela área da cultura através de uma simples portaria ².

Admitindo o princípio de o Estado poder cobrar taxas sobre a utilização de obras caídas no domínio público nada impedirá que hoje se pague 1%, amanhã 10%, depois de amanhã 15% e assim sucessivamente ...³, 4.

¹ Art.^o 3.^o, n.^o 1 do Decreto-Lei n.^o 393/80.

² Art.^o 3.^o, n.^o 4 do Decreto-Lei n.^o 393/80.

³ No México, por exemplo, a taxa é de 2% em cascata, ou seja, em cada operação comercial que um livro sofra o Estado cobra-se de 2%. No caso de o livro passar do editor para o distribuidor e deste para o livreiro e por fim para as mãos do leitor a tributação será bastante superior à que resultaria de uma taxa de 6% ao editor.

⁴ Para Carlos Mouchet, o domínio público pago só teria pleno «sentido» quando a taxa cobrada pelo Estado fosse igual à percentagem normalmente recebida pelos autores vivos a título de direitos; isto para evitar a concorrência que os autores dos séculos passados fariam aos

Ainda antes de chegarmos a taxas tão elevadas, já só se publicará aquilo que o Governo ou os partidos quiserem ...

b) Promoção da democratização da cultura.

As taxas sobre a utilização das obras intelectuais caídas no domínio público vêm aumentar desnecessariamente e em proporções superiores ao montante imposto ¹ os obstáculos de ordem económica à difusão da cultura. Fazendo subir o preço, por exemplo, dos livros ², está-se a criar um limite ao acesso de todos à cultura, o que vai contrariar abertamente o disposto no art. 73.^o, n.^o 2 da Constituição.

II — *Aplicação no espaço*

Por força do art. 2.^o, n.^o 1, do Decreto-Lei n.^o 393/80 só a utilização das obras intelectuais nacionais caídas no domí-

autores actuais. Para além de todos os inconvenientes e inconstitucionalidades apontadas supra e infra, convém não esquecer que o editor, ao publicar um clássico, não o faz por ser mais barato mas em atenção à real qualidade que o imortalizou e às exigências da cultura e do público leitor. De resto, muitas vezes é o menor risco de uma edição de um autor clássico que permite os riscos maiores de lançar um nome desconhecido.

¹ Dizemos «em proporções superiores ao montante imposto» porque, naturalmente, este tributo será incluído no custo de produção e o valor achado irá sofrer a correcção do multiplicador que determinará o preço de venda ao público. Além disto, no caso dos livros, o tributo não incide sobre os livros vendidos mas sim sobre a tiragem, logo, ao marcar-se o preço de um livro terá de se ter em consideração o tempo que vai levar a esgotar a edição ou, e até, o risco de grande número de exemplares poder «ficar no armazém».

² A maioria dos adversários do domínio público livre não têm a ingenuidade de pretender que o custo de um livro sobre o qual recaia uma taxa seja igual ao custo de um livro semelhante não sujeito a essa taxa. Querem fazer crer, porém, que o preço de venda seja o mesmo. Esta afirmação não corresponde ao que se passa na realidade e não tem qualquer justificação científica de ordem económica. É conhecimento elementar que só em situações de monopólio é que o produtor pode fixar o preço a seu belo prazer. Ora, no campo editorial existem várias empresas em concorrência e que até, no caso concreto de obras caídas no domínio público, podem publicar as mesmas obras. Nesta situação é evidente o interesse do editor em praticar sempre o preço mais baixo, preço esse que é infalivelmente determinado pelo custo de produção.

nio público está sujeita a taxas. Esta disposição levanta problemas de vária ordem.

a) Primeiro, cria-se à cultura nacional um regime de nítido desfavor em relação às obras estrangeiras.

b) Segundo, também os editores portugueses são lesados. Como a jurisdição do Estado português não ultrapassa as suas fronteiras, qualquer editor estrangeiro poderá editar uma obra nacional sem nada pagar¹. Imagine-se que um editor brasileiro publica os *Sermões* do P.^e António Vieira, inclusivamente pode mandá-los imprimir em Portugal, não pagando portanto direitos de importação. Essa edição será naturalmente mais barata do que uma edição de um editor português.

c) Se uma emenda a este artigo no sentido de alargar o âmbito de aplicação não só às obras nacionais mas também às estrangeiras caídas no domínio público, resolvia o primeiro dos inconvenientes apontados, não dá qualquer satisfação ao segundo, antes o agrava, e vem levantar uma série de outras questões.

Em termos práticos, com a entrada de Portugal na CEE qualquer editor do Mercado Comum, quer seja de Badajoz, ou de Copenhaga, poderá fazer edições em língua portuguesa de obras caídas no domínio público e, ao exportá-las para Portugal, vendê-las a preço mais baixo que as edições nacionais.

Em termos teóricos, rui a construção jurídica em que o Governo português se apoiou para instituir o domínio público pago. Como vimos no n.º 9, esta, apesar de inconstitucionalmente, supõe a expropriação por parte do Estado das obras *nacionais* caídas no domínio público; mas, como se irá explicar à Inglaterra a expropriação de Shakespeare e à França a expropriação de Baudelaire?

¹ Apesar de o n.º 2 do Decreto-Lei n.º 393/80 parecer sujeitar ao mesmo regime as traduções de obras nacionais, esta disposição não acrescenta nada ao que há muito está consagrado nas convenções internacionais, e é de nenhum efeito quanto à obrigatoriedade de os editores estrangeiros pagarem uma taxa.

Esta questão leva-nos ao último problema que queremos tratar no âmbito deste estudo: o da natureza jurídica do domínio público pago.

12 — *A natureza jurídica do domínio público pago*

Ao longo desta exposição já afluíramos, ainda que indirectamente, algumas teorias tendentes a revelar a natureza jurídica do domínio público pago. São, principalmente, de duas ordens; a que identifica o Estado com o titular do direito de autor e as que conferem um carácter fiscal à obrigação dos particulares em pagar ao Estado uma certa quantia aquando da utilização das obras caídas no domínio público. A solução adoptada na lei portuguesa, embora de natureza fiscal, pode ser considerada como uma teoria intermédia, já que apresenta vários pontos de contacto com a primeira.

a) O Estado como titular do direito de autor.

Para os apoiantes desta teoria, as contribuições recebidas pelo Estado seriam o aspecto patrimonial do direito de autor, o qual seria detido pelo Estado a título de legado. Os herdeiros do autor sucedem a este nos direitos patrimoniais e por sua vez o Estado sucede aos herdeiros.

Esta construção é de rejeitar porque além de não encontrar a mínima correspondência da letra da lei ¹, nem dá explicação para o caso das obras que foram feitas ainda antes de estar consagrado o direito de autor ou mesmo antes de existir o Estado, nem abrange as obras de autores estrangeiros, se for esse o caso ².

¹ Já vimos no n.º 8 que o Código do Direito de Autor distingue no art. 42.º a situação da herança declarada vaga para o Estado e a situação da obra caída no domínio público.

² Pretender que a legislação francesa consagra esta teoria ou outra qualquer relacionada com o domínio público pago é, no mínimo, perfeitamente descabido.

Na verdade a Caixa Nacional das Letras, criada pela Lei de 11 de Outubro de 1946 e modificada pelo Decreto de 17 de Julho de 1961, provém de fundamento completamente diferente. Tem quatro fins prin-

b) *Pagamento de uma taxa pela utilização de obras caídas no domínio público.*

É a solução do Decreto-Lei n.º 393/80 e já tivemos oportunidade de analisar as inconstitucionalidades de que enferma ¹. Escrevíamos há pouco que esta teoria, apresentando aspectos fiscais (pagamento de uma taxa), tem pontos de contacto com a primeira porque, tal como aí, também esta supõe, por parte do Estado, a propriedade da obra intelectual caída no domínio público: na alínea anterior por sucessão, aqui por expropriação. Também a taxa a pagar pelos particulares e determinada pelo Estado se assemelha à percentagem a título de direitos que o Estado exigiria aos particulares se fosse o detentor do direito de autor.

Convém, no entanto, determo-nos mais um pouco e procurarmos determinar a natureza do tributo em causa, se há realmente uma taxa ou antes um imposto.

Uma das características distintivas das taxas dos impostos é o carácter bilateral das primeiras em oposição ao carácter

cipais: encorajar a actividade literária, auxiliar a edição ou reedição por editores franceses de obras importantes (do domínio público ou não) mas de difícil comercialização, conceder pensões aos escritores ou seus descendentes, assegurar o respeito pelas obras literárias. Para levar a cabo estes fins, a caixa conta para além de subvenções do Estado, de montantes provenientes de:

1 — Prolongamento da protecção concedida à propriedade intelectual. Findo o período de tempo (normalmente 50 anos após a morte do autor) durante o qual os sucessores do autor recebem os «direitos» pela utilização da obra, é a caixa que os passa a receber durante mais 15 anos e o seu editor conserva nesse período a exclusividade da edição. Ao fim desses 15 anos a obra cai definitivamente no domínio público. Este sistema só tem aplicação em obras nacionais, e como se vê não sacrifica o princípio do domínio comum por toda a colectividade das obras caídas no domínio público, apenas retarda a sua queda.

2 — Um imposto a pagar pelos editores de 0,2 % sobre o volume de vendas desde que esse volume de vendas ultrapasse em 100 000 FF o do ano anterior.

3 — Um imposto a pagar pelos autores e que os editores «reterão na fonte» de 0,2 % sobre todos os «direitos» a receber. (Os primeiros 5000 exemplares estão isentos.)

¹ Cf. *supra* n.ºs 9 e 10.

unilateral dos segundos. Na verdade, as taxas supõem «a utilização de bens do domínio público ou a prestação de uma actividade pública, ou a remoção de um limite jurídico à actividade dos particulares» e são medidas pelo uso da coisa ou serviço, enquanto que aos impostos não corresponde qualquer contrapartida por parte do Estado: fundamentam-se tão-só no seu poder de tributar e medem-se pela capacidade contributiva (riqueza) do particular.

Fixando-nos, por agora, apenas nas taxas exigidas pela utilização de bens do domínio público, que são as que directamente se prendem com o assunto que estamos a tratar¹, vemos que a utilização que, por exemplo, se faz de uma peça de teatro é representá-la. E esta utilização é sempre a mesma, independentemente do teatro ter muitos ou poucos lugares, estes serem de pau ou estofados, estarem ocupados ou não. De forma idêntica, a utilização de uma obra literária é publicá-la e a utilização que assim se faz é sempre igual, quer o papel seja branco ou amarelo, o livro cartonado ou brochado, a capa atraia os compradores ou não, se venda ou não, quer seja lido ou posto a embelezar uma estante.

Chega-se assim à conclusão que se a utilização que se faz de uma obra intelectual é sempre a mesma (representá-la, publicá-la, etc.) e como é a utilização que determina a medida da taxa, deveria ser o mesmo o preço a pagar. Ora, não é isso que acontece: o tributo incide não sobre a utilização em si da obra intelectual, mas sim sobre o seu suporte material, o *corpus mechanicum*, sobre o uso que se faz da utilização da obra; depende da qualidade do teatro, do número de bilhetes vendidos, da qualidade dos materiais empregues na fabricação do livro, da sua apresentação (se é ilustrado, impresso a cores ou não), da tiragem, etc.

Não estamos, portanto, face a uma taxa pela utilização de

1 No n.º 8 já acentuámos que as obras intelectuais caídas no domínio público não são «bens do domínio público», admitamo-lo, contudo, neste ponto, a fim de esgotarmos o problema da natureza do domínio público pago.

bens do domínio público mas sim perante um imposto sobre o rendimento.

c) Pagamento de uma taxa como contrapartida do serviço prestado pelo Estado de garantir a integridade e genuinidade da obra caída no domínio público.

Nota-se no Decreto-Lei n.º 393/80 uma certa hesitação entre esta teoria e a precedente. Esta justificação para o pagamento de taxas transparece do preâmbulo que, como se sabe, não tem força vinculativa, mas depois não é retomada no decreto-lei propriamente dito.

Já vimos no n.º 6 que a obrigação de o Estado defender a integridade e genuinidade da obra caída no domínio público é uma exigência e necessidade de carácter nacional, e decorre da letra da lei — art. 57.º, n.º 22, independentemente de qualquer contrapartida monetária por esse serviço. O Legislador, ao publicar este decreto-lei, estava tão ciente da verdade e justeza do que acabamos de escrever que não só mantém esta obrigação ao Estado sem este receber qualquer remuneração quando a utilização da obra se fizer sem fins lucrativos, como também dela prescinde quando lhe atribui a obrigação suplementar de «zelar pela integridade e genuinidade das obras que ainda não tenham caído no domínio público, quando aquelas se mostrem ameaçadas ou sejam violadas, e os titulares dos respectivos direitos notificados para exercê-los, o não fizerem sem motivo atendível» (art. 1.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 393/80).

Seja como for, esta construção rodeia a inconstitucionalidade decorrente da expropriação sem justa causa nem indemnização, uma vez que a propriedade das obras não passa para o Estado, mas não evita as inconstitucionalidades que apontamos no n.º 10.

Contudo, este serviço a prestar pelo Estado, e pelo qual os cidadãos pagariam uma taxa, teria de ser um serviço real, algo que representasse uma actividade concreta por parte de um organismo público. Quando não, os particulares estariam a pagar um preço ao Estado e não receberiam nada em troca. Podia-se dizer que o Estado estava a incorrer na figura do «enriquecimento sem causa».

Ora, em termos realistas, o Estado não pode dispor de um serviço público em que se comparem palavra por palavra as edições actuais para ver se estão conforme o manuscrito. Se um perito, quer seja professor universitário ou simples decifrador de caligrafia, fixa um determinado texto para uma editora, não estamos a ver a Secretaria da Cultura a repetir o mesmo trabalho para depois fazer a comparação (e ainda por cima, se fossem diferentes, nada nos garantia que o serviço prestado pelo Estado fosse melhor que o do perito particular).

Em termos realistas, dizíamos, a Secretaria de Estado da Cultura, ou qualquer outro organismo público, não está preparada, não estará, nem é necessário que esteja, para prestar o serviço de defesa da integridade e genuinidade da obra intelectual antes da publicação; bastará, para levar a bom termo o fim que lhe é imputado na lei, que reprima com eficácia os contrafactores ¹

Se uma editora publica uma obra do domínio público (para isso elabora um trabalho de fixação do texto ou limita-se a copiar um texto já fixado, tem a preocupação de mencionar «texto integral» não só por interesse comercial mas também velando pela credibilidade do seu nome empresarial), que serviço lhe prestou o Estado? — Nenhum. Que taxa pode exigir, então, o Estado neste caso?...

Mas, admitindo que o Estado prestava efectivamente esse serviço, os beneficiários não eram unicamente os editores nem sequer só os compradores do livro. Seria um serviço relevante para toda a comunidade nacional, actuais e vindouros, não sendo possível discriminar entre os Portugueses quais os que aproveitariam com esse serviço público e em que quantidade e aqueles que nada teriam a ganhar.

Por aqui se vê que, de novo, este tributo se devia configurar como um imposto, uma vez que os impostos se destinam a

¹ Se, neste caso, nos parece despropositado taxar aquelas obras que os editores por si próprios defenderam quanto à integridade e genuinidade sem qualquer intervenção do Estado, já consideramos natural que os montantes das multas a aplicar aos que deformam a obra revertam para o serviço público encarregado de os reprimir.

financiar os serviços públicos que beneficiam toda a colectividade indistintamente, e não como uma taxa onde é sempre possível determinar o utente do serviço.

Por outro lado, também neste caso é válida a análise que fizemos na alínea anterior: o serviço de defender a integridade e genuinidade da obra é sempre o mesmo independentemente do suporte material com que a obra vem a público. Como o tributo exigido pelo Estado varia conforme o *corpus mechanicum* da obra, estamos sem dúvida nenhuma em presença de um imposto sobre o rendimento, de taxa fixa proporcional à matéria colectável, e não diante de uma taxa.

Na realidade, às várias inconstitucionalidades materiais de que enfermam as construções *b)* e *c)* há a acrescentar, no caso do Decreto-Lei n.º 393/80, a inconstitucionalidade orgânica uma vez que, como vimos, o tributo que lança sobre os utentes das obras caídas no domínio público é um verdadeiro imposto, cuja criação, salvo autorização especial, que neste caso não existiu, está vedada ao Governo ¹.

d) Um imposto (sobre a actividade exercida pelos particulares por meio da utilização de obras do domínio público).

O estudo que temos vindo a fazer sobre a natureza jurídica do domínio público pago encaminha-se para esta solução. Na verdade, só encarando o domínio público pago como um imposto sobre a actividade de editar, representar, etc., é que se evita as críticas que fizemos às teorias que o representam como uma taxa. Também só assim não se estaria exposto ao ridículo, caso o domínio público pago fosse alargado às obras estrangeiras, de o Estado português se arrogar titular do direito de autor da Bíblia, das obras de Goethe ou Cervantes, ou de pretender que presta o serviço de zelar pela integridade e genuinidade de *A Divina Comédia* ou de *Guerra e Paz*.

¹ Contudo, a ratificação concedida a este diploma pela Assembleia da República e publicada a 10 de Junho de 1981 veio suprimir esta inconstitucionalidade.

O domínio público pago é, portanto, um imposto, funda-se no poder de tributar do Estado e na sua jurisdição sobre as actividades dos particulares dentro das suas fondeiras.

Não vemos qualquer inconveniente teórico para que assim seja caracterizado; contudo, as considerações que tecemos no n.º 10 sobre as inconstitucionalidades materiais do Decreto-Lei n.º 393/80, mantêm ainda nesta solução a sua plena validade.

Em outros planos, que não o jurídico, outros inconvenientes surgiriam, como o do encarecimento pelo Estado de objectos culturais, o imposto sobre a cultura, etc. Mas desses aspectos não nos cumpre aqui curar.

BIBLIOGRAFIA

- PROF. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *A Utilização do Domínio Público Pelos Particulares* — Lisboa, 1965.
- PROF. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO — *Direitos Reais* — Lisboa, 1978.
— *A Tipicidade dos Direitos Reais* — Lisboa, 1968.
- PROF. DIOGO LEITE DE CAMPOS — Parecer sobre o projecto de diploma «sobre a defesa da integridade das obras intelectuais nacionais caídas no domínio público» — 1980.
- PROFS. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA — *Código Civil Anotado*, 3.º vol. — 1972.
- DR. PIERRE MONNET — *Dictionnaire Pratique de Propriété Litteraire* — Paris, 1962.
- DR. CARLOS MOUCHET — *Le Domaine Publique Payant, Le Droit d'Auteur* — Setembro, 1970.
- PROF. TEIXEIRA RIBEIRO — *Lições de Finanças Públicas* — 1977.
- DR. M. MOREIRA DA SILVA — *Código do Direito de Autor Anotado* — Coimbra, 1966.