

DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO E ESGOTAMENTO *

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

I — A DEFINIÇÃO DO DIREITO

1 — Está na ordem do dia uma faculdade patrimonial do autor — estendida também a certos titulares de direitos conexos — que se designa por direito de distribuição, comercialização, pôr em circulação, por à disposição ou destinação. Estes termos não são sinónimos.

O direito recairia sobre exemplares da obra. Para a normalidade das visões, pressuporia uma reprodução da obra. Seria exercido com a oferta dos exemplares ao público, que representa o seu conteúdo mínimo.

Este direito não é previsto pela Convenção de Berna nem por numerosas legislações. O primeiro problema consiste em saber se se justifica ou não o seu acolhimento.

2 — A distribuição pressupõe uma prévia reprodução de exemplares (1). Por essa razão, a afirmação de um direito autó-

* Conferência proferida no Colóquio Europeu sobre «O Direito de Autor e as Novas Tecnologias», em Lisboa, no dia 20 de Maio de 1991.

(1) Vai neste sentido o art. 68/2/f do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português (que designaremos daqui por diante C.D.A.D.C.), ao contemplar expressamente os «exemplares da obra reproduzida». Diversamente, Stig

nomo de distribuição não tem frequentemente nenhum significado prático. Os poderes do autor em matéria de reprodução são suficientes para lhe permitir dominar a distribuição. Assim, na edição está expressamente compreendida a outorga de um direito de distribuição (2).

Para que tenha sentido autonomizar um direito de distribuição, com o conteúdo mínimo que acima referimos, têm de se supor hipóteses em que a faculdade lícita de reprodução está separada da faculdade de pôr os exemplares em circulação. Imaginemos assim que o autor autorizou a reprodução de estátuas para a decoração de um espaço ou a reprodução de um texto só para as necessidades próprias duma escola ou dum centro de investigação, por exemplo. Se as estátuas ou os exemplares forem comercializados contra o seu consentimento, poderá opor-se. Mas poderá fazê-lo com o carácter absoluto, que é próprio das faculdades de direito de autor? Para isso terá de se supor que, além do direito de reprodução, tem o direito de pôr em circulação. É pois nestes limites (quando a faculdade de reprodução não acarreta a faculdade de pôr em circulação) que se justifica que se fale num direito do autor de comercialização ou distribuição.

Como os vários direitos do autor são independentes entre si, isto leva-nos a identificar uma faculdade nova. A situação não é diversa sequer perante ordens jurídicas que, na esteira da francesa, dividem todas as faculdades patrimoniais do autor em direito de representação e direito de reprodução. Em qualquer caso haverá que traçar as fronteiras do direito de reprodução. Não pode deixar assim de se desenhar o problema prático de caracterizar um direito de distribuição do autor.

Strömholm, *Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur — Étude de droit comparé*, em *Le droit d'auteur* (Genebra), 1967, 279-301 (282), considerando o direito alemão, o aplica mesmo ao exemplar único. Daí tira a consequência de que o autor tem a possibilidade de evitar a venda da obra penhorada. A situação entre nós é diversa, pois as faculdades do autor perante a penhora são as constantes do art. 50, que regula direitos pessoais e não patrimoniais.

(2) Cfr. o art. 83 C.D.A.D.C. A lei fala mesmo na obrigação de distribuir e vender.

Reina concordância na subordinação destes direitos ao princípio da territorialidade, próprio do Direito de Autor. Cada país determina se concede ou não esta tutela. Se a não conceder, são irrelevantes regras estrangeiras vinculativas de exemplares, importados nesse país, que se queiram fazer valer. Se a conceder, haverá que atribuir depois idêntico benefício aos autores em relação aos quais esse país está vinculado a fazê-lo, por convenção internacional ou por lei interna ⁽³⁾.

3 — É difícil deduzir este direito de outros princípios ou regras legais, quando não existe uma consagração expressa. Possíveis argumentações nesse sentido não parecem convincentes.

1) As leis outorgam direitos parcelares que recaem sobre o suporte de obra. Seja o caso do direito de exposição ou do direito de alugar, quando é reconhecido.

Mas das disposições específicas antes se inferiria a negação de um direito geral de distribuição. O princípio é o de que o direito de autor não implica a outorga de direitos sobre o exemplar ⁽⁴⁾.

2) É um princípio de Direito de Autor o de que ao autor cabe a escolha dos processos e condições de utilização e recepção da obra. Pode inferir-se daí que cabe ao autor determinar como se fará a comercialização da obra.

O argumento tem interesse perante a lei portuguesa, porque nele se baseou Dietz para concluir pela consagração de um direito de destinação, à semelhança do outorgado pela lei francesa. Não obstante reconheça a ambiguidade das referências legais portuguesas à faculdade de distribuição, considera possível fundar no princípio geral do art. 68/3 C.D.A.D.C. a afirmação de um direito «*mit dinglicher Wirkung*», que identifica com o direito com eficácia *erga omnes* ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cfr. neste sentido Alois Troller, *Immaterialgüterrecht*, II, 3.^a ed., Helbing und Lichtenhahn, Basileia e Frankfurt am Main, 41 II c.

⁽⁴⁾ É um aspecto que também é abrangido pelo dispositivo do art. 10 C.D.A.D.C.

⁽⁵⁾ Adolf Dietz, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Nomos (Baden-Baden), 1990, n.os 207, 208 e 230. O relatório da proposta de directriz comunitária sobre locação e comodato, de que falaremos depois, acentua também a ambiguidade da lei portuguesa.

Dispõe aquele art. 68/3: «Pertence em exclusivo ao titular do direito de autor a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra».

O argumento é por demais frágil. A obra é incorpórea. Aqui o que está em causa são as formas de dominação do exemplar. Para concluir que do direito de exploração da obra se infere o domínio do exemplar, dá por resolvido o que está justamente em discussão — que o direito de distribuição é conteúdo do direito de autor. Mas tanto não é fatal que assim aconteça que por mais de um século ninguém tirou esta conclusão.

3) É aparentada a argumentação que infere o direito de distribuição do exclusivo de exploração económica da obra.

Pretender-se-ia que a distribuição representaria uma maneira autónoma de fazer dinheiro com a obra, e como tal estaria reservada ao autor.

Mas, por um lado, esta fundamentação deixaria de fora certas modalidades de distribuição sem fim de lucro, como o comodato, que efectivamente em geral as legislações não vedam.

Por outro lado, é impossível pretender que todas as faculdades referentes ao exemplar estão reservadas ao autor.

A própria Convenção de Berna só na revisão de Estocolmo passou a prever o direito de reprodução, e não fala no direito de distribuição.

Na realidade, enquanto a comunicação na obra ao público é genericamente reservada ao autor, as faculdades que recaem sobre o exemplar, como meramente preparatórias ou instrumentais, são apenas as que a lei atribuir. Doutra maneira não haveria segurança nenhuma quanto ao que o autor poderia ainda exigir em relação ao titular de um exemplar da obra ⁽⁶⁾. Teríamos que

⁽⁶⁾ Cfr. neste sentido o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, n.º 140. São coincidentes observações de autores alemães sobre os direitos instrumentais. Assim, Loewenheim, no *Kommentar* de Schricker, 16 I 1, afirma que formas de reprodução que não caíam na noção legal daquele direito não podem ser objecto do direito da exploração económica. E von Ungern-Stemberg/Loewenheim, no mesmo *Kommentar*, § 15, nt. 18, afirmam a mesma limitação, embora em termos não muito claros. Podemos dizer que, dos direitos instrumentais especificados, só vigora o que cai na definição respectiva: desta resulta pois implica-

concluir que a revenda de um livro pelo seu comprador, por exemplo, seria sempre proibida.

Aliás, que não há direitos globais sobre o exemplar, demonstra-o próprio *direito de seqüência*. A lei concede-o especialmente, com delimitação precisa, pressupondo justamente que não há um direito geral de autorizar a revenda de exemplares da obra.

Isto significa que os direitos sobre o exemplar, ou direitos instrumentais, são só os tipicamente atribuídos por lei. Fala no sentido desta posição a distinção a que o Tribunal das Comunidades chegou, entre a comunicação ao público e a reprodução, que o levou a dizer que esta última não estaria compreendida no objecto específico do direito de autor (7).

4. Disse que o direito chamado de distribuição tem um conteúdo mínimo que é inegável. Esse conteúdo mínimo consiste na oferta de exemplares ao público. Podemos designar este aspecto mais restrito como o direito de pôr em circulação, ou de pôr à disposição do público, ou de lançar no comércio (8).

A mera oferta de exemplares representa já exercício deste direito (9). Quem tem o direito de autor tem o direito de comercializar a obra através de exemplares, e a oferta dos exemplares é indissociável do exercício do direito.

Referências legais neste sentido devem ser consideradas meros afloramentos dum princípio geral. Assim, o art. 165/1 C.D.A.D.C., que atribui ao autor de obra fotográfica o direito de reproduzir difundir e *pôr à venda*, consagra expressamente este direito, mas não representa nenhuma especialidade desta categoria de obras.

Para além da colocação à venda, o direito de pôr em circulação abrange a comercialização de exemplares através do aluguer.

mente uma limitação. O direito de distribuição limitar-se-ia ao que coubesse no § 17 da lei alemã. Análogo raciocínio seria aplicável entre nós, perante as referências dispersas da lei portuguesa.

(7) Cfr. Alain Berenboom, *Le droit d'auteur*, Maison Larcier, 1984, 196.

(8) Ou ainda, menos correctamente, de comercialização.

(9) Cfr. Eugen Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer, 1980, § 46; Strömholm, ob. cit., 281, opondo-se a Allfeld.

Neste sentido é invocável o art. 68/2/f C.D.A.D.C., que reserva ao autor «a venda ou aluguer de exemplares da obra reproduzida».

O direito de pôr em circulação abrangerá ainda a faculdade de o autor se opor à importação de exemplares *licitamente* produzidos no estrangeiro mas sem autorização do autor (por força de uma licença legal vigente nesse país, por exemplo)?

A Convenção de Berna, no art. 16/2, admite a apreensão de reproduções provenientes de um país em que a obra não é protegida ou deixou de o ser.

A Convenção não impõe a apreensão; admitir que seja feita. Mas o preceito foi invocado para sustentar a consagração de um direito geral de comercialização, pois afirmaria o monopólio da comercialização pelo autor. Penso porém que o seu sentido é antes o de assegurar que a apreensão dos exemplares não será considerada uma violação dos termos convencionais, garantindo-se com isso a independência de mercado interno.

De todo o modo, o texto refere expressamente reproduções, e explica-se pelo direito de reprodução. O facto de a reprodução ser lícita perante a ordem jurídica estrangeira não é decisivo perante a ordem jurídica nacional. O princípio da territorialidade implica que só sejam admitidas as reproduções compatíveis com o direito nacional. A apreensão é assim uma emanção do carácter territorial do direito exclusivo de reprodução, sabendo-se que as restrições estabelecidas por países estrangeiros têm o seu âmbito limitado a esses países. Mas é desnecessário invocar para isso um direito de distribuição.

A partir porém deste conteúdo mínimo, variam profundamente as soluções dos vários países, quando acolhem este direito. Assim, na Itália, só é reservada a distribuição com fim de lucro; outros meios não lucrativos de distribuição são livres ⁽¹⁰⁾.

Sendo impossível fazer uma exposição das leis internas, vamos limitar-nos a considerar a problemática fundamental da possibilidade de o autor condicionar a comercialização futura de exemplares.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Maurizio Ammendola, *Dirito di Autore (Dirito materiale)*, no *Digesto*, 4.^a ed., UTET (Turim), 1990, n.º 18.

5. Direi que encontramos nas leis internas dois esquemas básicos:

1) ou a atribuição de um direito de distribuição sujeito a esgotamento, segundo o paradigma do § 17 da lei alemã.

2) ou a atribuição de um direito de destinação não sujeito a esgotamento, que seria o esquema correspondente à ordem jurídica francesa.

Desde logo, há que observar que o direito de destinação iria muito além do direito de distribuição ⁽¹¹⁾. Entendido no seu sentido próprio, significaria um domínio do autor sobre a afectação dos exemplares da obra. Não havendo esgotamento do direito, implicaria que os exemplares continuassem submetidos ao domínio do autor, mesmo depois de praticados actos de distribuição e adquiridos sobre eles direitos por parte de terceiros. E como se trataria de faculdades de direito de autor, as determinações do autor teriam carácter absoluto. O terceiro teria de as observar, pois prevaleceriam sobre o princípio do carácter relativo dos contratos ⁽¹²⁾.

Seria desde logo toda a comercialização de exemplares que ficaria sujeita ao domínio do autor. A comercialização ulterior, mesmo após o primeiro acto de distribuição, estaria sempre reservada. As leis que seguem por este caminho não hesitam em atribuir ao autor expressamente a importação e a exportação de exemplares ⁽¹³⁾.

Com isto se cria a possibilidade de monopólios comerciais. Pode-se nomeadamente proceder à repartição dos mercados.

Como é natural, esse ponto tornou-se particularmente sensível perante os movimentos da integração económica europeia. Desde a primeira hora se pôs o problema da compatibilidade de semelhantes reservas, autorizadas embora pelas convenções em vigor, com a unificação do mercado que se pretendia. Se o direito

⁽¹¹⁾ Cfr. Berenboom, ob. cit., 98.

⁽¹²⁾ Veja-se a investigação fundamental de Stig Strömholm, *Le «droit de mise en circulation»* cit., 279-301.

⁽¹³⁾ Veja-se neste sentido o art. 184/1 C.D.A.D.C., mas para atribuir este direito a um empresário, o produtor de fonogramas ou de videogramas.

de autor como exclusivo foi facilmente admitido, já as cláusulas de reserva de mercado exigiram uma penosa elaboração, sobretudo mediante uma sucessão de casos jurisprudenciais.

6. Ver-se-á depois qual foi a reacção própria do direito comunitário. Regressando ao direito interno, vamos continuar a seguir a lógica do direito de destinação.

Imagine-se que o titular autorizou a reprodução de exemplares para o efeito de serem alugados apenas. Por hipótese, o detentor vende-os. O titular do direito de autor poderia opor o seu direito ao comprador de boa fé — numa situação portanto em que, na generalidade dos países do sistema romanístico, as estipulações contratuais perderiam relevância ⁽¹⁴⁾.

Mas mais impressionante é o domínio futuro possível de todo o exemplar. A destinação deste ficaria sempre reservada.

Por exemplo, num fonograma poderia ser aposta a indicação de que não poderia ser radiodifundido ⁽¹⁵⁾. Semelhante restrição teria de ser obedecida por todo o adquirente, porque teria a eficácia *erga omnes* própria dos direitos absolutos.

Isto significa que não só a comercialização como as aplicações directas dos exemplares poderiam ser restringidas, na lógica da destinação como direito patrimonial do autor ⁽¹⁶⁾.

7. É natural que esta extensão suscite problemas de publicidade. Como se pode compreender que ao terceiro sejam oponíveis vinculações ocultas?

⁽¹⁴⁾ Por força do princípio «posse vale título». Queremos observar porém que este princípio não vigora justamente nos países de língua portuguesa, em que a propriedade se continua a impor, mesmo perante o adquirente de boa fé.

⁽¹⁵⁾ O problema suscitou-se em França, a propósito da faculdade de proibir a radiodifusão a partir de discos e outras fixações. Cfr. Strömholm, ob. cit., 301. Cfr. também Berenboom, ob. cit., n.º 78.

⁽¹⁶⁾ Abrir-se-á depois toda a problemática da determinação da natureza jurídica deste direito sobre o exemplar. Acompanhando esta nas suas vicissitudes, dir-se-ia tratar-se de um direito real. Parece assim que, sob a capa do apelo emocional a luta contra a pirataria, se está a fazer convolar o direito de autor, de direito sobre coisa corpórea em direito também sobre coisas corpóreas, com uma índole que o faria assemelhar-se ao direito real.

Nos direitos reais imobiliários, o problema foi fundamentalmente resolvido através do registo imobiliário, e nos direitos sobre móveis, através do princípio posse vale título.

Mas nenhum destes correctivos se applicaria perante o direito de destinação. O registo não, porque tem intervenção muito limitada em direito do autor. Alguns países, como a Alemanha, desconhecem-no de todo; nos que o acolhem a sua relevância é quando muito a de resolver conflitos entre vários adquirentes de direitos derivados do direito de autor (17).

Quanto ao princípio posse vale título não vigora em países como Portugal e o Brasil. Mesmo naqueles que o recebem se contesta a sua relevância, pois se pretende fazer prevalecer sobre ele justamente o direito de destinação.

Autores como Desbois recusam uma oponibilidade imediata das estipulações a terceiros e exigem a menção no exemplar para se tornarem vinculativas (18). Mas o remédio aventado é também problemático. A eficácia de reservas apostos no próprio exemplar é excepcional em Direito de Autor. A única hipótese prevista quer na Convenção de Berna (art. 10 *bis*/1) quer na lei portuguesa (art. 75/i C.D.A.D.C.) é a relativa aos artigos de actualidade de discussão económica, política ou religiosa, ou de obras radiodifundidas com o mesmo carácter.

Parece impossível fazer ligar esta eficácia a outras reservas do autor, sem uma indicação legal nesse sentido.

Enfim, fala-se ainda a este propósito num «esfarelamento» do direito de autor, que ficaria pulverizado numa pluralidade de restrições individuais, perdendo a clareza que resulta de um regime pré-definido e universal em todas as applicações.

II — O ESGOTAMENTO

8. Contra a possibilidade duma extensão ilimitada do direito sobre o exemplar, surgiu a doutrina do esgotamento ou exaustão do direito de distribuição.

(17) Cfr. o nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos*, n.ºs 271 e 272.

(18) Cfr. o relato da situação em Strömholm, ob. cit., 298. Veja-se também a conclusão deste autor, a págs. 301.

O direito de distribuição esgotar-se-ia com o seu exercício, ou pelos menos com certas formas do seu exercício.

A doutrina do esgotamento é uma doutrina alemã, formada no início do século simultaneamente em matéria de patentes, marcas e direito de autor (19).

O direito de distribuição esgotar-se-ia com a alienação dos produtos. É a posição constante do § 17/2 da lei alemã do direito de autor. Isto implica que actos como o aluguer ou o comodato não esgotam o direito de distribuição. Mas já o esgota a venda.

Beier afirma — veremos que com inteira razão — que «esgotamento» é apenas uma maneira figurativa de exprimir a noção jurídica simples de que, se produtos legítimos tiveram sido comercializados, a distribuição subsequente não pode ser impedida por direitos de propriedade intelectual. É uma descrição metafórica da restrição do conteúdo do direito de distribuição (20).

Se se afirmasse apenas que se outorga um direito, mas que esse direito se perde com a primeira comercialização, estaríamos incorrendo em erro lógico: haveria apenas um direito de 1.ª comercialização, ou de pôr em circulação, ou de pôr à disposição do público. Esse erro é porém evitado se considerarmos que nem todas as formas de primeira comercialização implicam exercício do direito de distribuição. A esta luz, o aluguer ou empréstimo não esgotariam o direito de distribuição (21); só o esgotariam as hipóteses de alienação, ou mesmo até só as de venda.

(19) Cfr. Friedrich-Karl Beier, *The principle of «Exhaustion» in national Patent and Copyright Law of some european countries*, 1, em publicação eminente na Rev. Faculdade de Direito (Lisboa).

(20) Beier, «Exhaustion», I 4 e 5.

(21) Reciprocamente, o locatário ou o comodatário não poderiam praticar actos de disposição, e nomeadamente locar ou comodatar ulteriormente o exemplar recebido. É todavia possível que este efeito pudesse ser já atingido pelos princípios gerais. O próprio comodatário está inibido de facultar o uso da coisa a terceiros (art. 1135/f do Código Civil português). A diferença só se poderia encontrar na circunstância de, sendo o direito de distribuição um direito de autor, ter carácter absoluto e poder ser oposto a terceiros de boa fé. Mas no direito português mesmo essa extensão é inútil porque não vigora o princípio «posse vale título», que frustraria doutro modo o carácter absoluto do direito sobre o exemplar.

Mas será possível que após o acto de alienação ou venda, o titular mantenha direitos específicos de distribuição?

O problema surgiu com muita acuidade na comercialização de videogramas, que é feita muito particularmente mediante o aluguer.

As ordens germânicas são coerentes. Esgotado o direito de distribuição não há mais direitos, mesmo limitados, de distribuição. Assim acontece também na Suíça⁽²²⁾. E na Alemanha outorga-se um direito em consequência do aluguer comercial de certas fixações, mas não se trata de um direito de distribuição, mesmo limitado: é um mero direito de remuneração, que não supõe autorização prévia e não se integra assim entre os direitos exclusivos do autor⁽²³⁾.

Pelo contrário, quem admite que, após o esgotamento, subsistam ainda certos direitos específicos de distribuição, terá de seguir outra via. Essa pode ser a das excepções ao esgotamento. Assim acontecerá possivelmente na Dinamarca, onde os autores de obras musicais fixadas, de obras cinematográficas e de programas informáticos beneficiam de um direito de locação exclusivo⁽²⁴⁾.

Mas também se podem separar completamente estes direitos específicos e o direito de distribuição. Aqueles seriam autonomamente concedidos, não se integrando no direito de distribuição. Não seriam assim sensíveis ao esgotamento; enquanto que o direito de distribuição estaria sujeito ao esgotamento sem excepções⁽²⁵⁾.

(22) Cfr. Alois Troller, ob. cit., § 41 II c. Nomeadamente, na Suíça não sobrevive ao esgotamento nenhum direito de locação.

(23) Cfr. Heinrich Hubmann, *Urheber- und Verlagsrecht*, § 25 II 2 d. Cfr. também o § 30 IV, para o direito de remuneração em consequência de empréstimo pelas bibliotecas, que é apresentado como um mero direito de remuneração, de todo separado do direito de distribuição. Encontra todavia uma excepção ao esgotamento nos direitos de sequência e de aluguer e empréstimo Loewenheim, no *Kommentar* de Schricker, § 17, 1 e 2.

(24) O preâmbulo da proposta de directiva ou directriz do Conselho, apresentada pela Comissão em Janeiro de 1991, considera este direito (n.º 12) «aparentado a uma restrição ao esgotamento do direito de distribuição».

(25) Menos coerente parece ser a solução que Jehoram reporta ao direito holandês: *L'épuisement du droit d'auteur aux Pays-Bas*, na *Rev International du*

Enfim, já se tentou construir o esgotamento como um princípio geral do Direito de Autor. É na Alemanha a posição do tribunal supremo, o B.G.H., mas tem contra ela a oposição quase unânime da doutrina (26).

9. O problema concentra-se hoje na determinação dos direitos específicos, além do de pôr em circulação, que seriam atribuíveis.

Parece preferível a concepção alemã, que os vê como direitos de remuneração. Nomeadamente não se justifica a exigência de uma autorização prévia do autor para essa actividade.

Mas muitas outras dificuldades subsistem. Dissemos que estão na ordem do dia a comercialização de videogramas (e fonogramas, embora seja muito menos significativa). Mas aí, em certos casos, atribui-se não só o direito de pôr em circulação, mas também direitos de distribuição, após aquela realizada, aos produtores de videogramas e de fonogramas.

Isto é incompreensível, porque se trata de meros produtores ou fabricantes. O princípio universal é o de que o empresário se separa do seu produto uma vez lançado no mercado: a utilização ulterior que dele se faça deixa de relevar. Então fico com pena do fabricante de automóveis, que nunca participou dos lucros que com eles se realizaram, por aluguer ou doutro modo. Porque haveria de ser diferente quando se trata do produtor de fonogramas ou videogramas?

Está ainda em causa a inclusão do empréstimo gratuito, ou comodato, entre as actividades reservadas. Parece pouco conforme com a situação dos países que não são grandes exportadores de obras intelectuais. Nomeadamente, no que respeita ao empréstimo gratuito de livros. Este tem-se revelado durante muitos anos uma situação de todo normal, que funcionou sem quaisquer atri-

Droit d'Auteur 137 (Jul/88), 59 segs. (IV e V). Se bem que proclame categoricamente o fenómeno do esgotamento com a venda, admite a atribuição do efeito real por um acto de que os terceiros não têm conhecimento, ou pela natureza ou teor de um acordo a que são estranhos. Cfr. também Desbois, *Le droit d'auteur*, 334.

(26) Cfr. von Ungern-Sternberg, no *Kommentar* de Schricker, § 15, nt. 14; o esgotamento, admitido pelo B.G.H., do direito de radiodifusão em hipótese de transmissão por cabo, dependeria da situação concreta e seria dificilmente generalizável.

tos. Hoje pretende-se atingir sobretudo as grandes bibliotecas públicas, obtendo uma nova renumeração. Mas então o caminho seria prever um direito de renumeração, já de si colectivo, paralelo ao que tiver por base a reprografia; e não restringir uma actividade como o comodato, que por si deve ser livre. É, de novo, caminho trilhado na ordem jurídica alemã.

Na realidade, parece melhor, em vez de fazer generalizações, reduzir o problema aos termos históricos em que ele efectivamente se suscitou. O que está na base da tentativa de extensão do direito de distribuição, para além da alienação de exemplares ao público, seria o aluguer de videogramas, e eventualmente de fonogramas. Este pode ser porém coberto por um direito de remuneração. A não ser assim, seria um direito específico de aluguer destes objectos que deveria subsistir para além do normal esgotamento do direito de distribuição.

10. O esgotamento que se tem em vista é o esgotamento nacional, não o comunitário. Mas esta matéria é daquelas a que é mais sensível o Direito Comunitário, interessado em impedir a estaqueidade dos mercados que o direito de distribuição é adequado a produzir.

Depois de, sem grandes escrúpulos, ter considerado o exclusivo conferido pelo Direito de Autor compatível com a integração comunitária, não obstante a ausência de previsão no Tratado de Roma, o Tribunal das Comunidades vai construindo paulatinamente um edifício em que concilia o exclusivo com a criação de um espaço único europeu. Para isso teve de recorrer a numerosas distinções. Não creio que seja este o momento adequado para as passar em revista.

Observo apenas que o esgotamento comunitário surge na progressão do esgotamento nacional. Mesmo no interior de cada país, é de supor que o seu mercado interno surja como um espaço integrado, e que se tenda a não admitir monopólios comerciais que espartilhassem a unidade conseguida (27). É natural que, ao for-

(27) Assim Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht* cit., § 47 II 1, acentua que o país é um espaço económico, «em que os interesses da circulação proíbem que seja impedida a distribuição ulterior de exemplares licitamente alienados».

mar-se o espaço comunitário, surja a mesma preocupação de evitar mercados estanques. referida agora ao mercado único comunitário.

A Comissão das Comunidades Europeias acaba de apresentar uma proposta de directriz relativa à locação e ao comodato de originais e de reproduções de obras protegidas pelo direito de autor. O comodato seria atingido quando é realizado por instituições acessíveis ao público «com finalidade não directamente lucrativa».

O art. 2.º atribui este direito ao autor, ao artista intérprete ou executante e ao produtor das primeiras sequências animadas de imagens e de obras cinematográficas. Não se refere o produtor de fonogramas. Na mesma proposta de directriz inclui-se a tutela dos direitos conexos; e o art. 7.º prevê o direito de distribuição (que é concedido também aos produtores de primeiras sequências de imagens e de obras cinematográficas). Porém, se um desses suportes tiver sido posto em circulação na Comunidade, pelo titular ou com o seu consentimento, a importação noutra Estado-membro não poderá ser proibida. É o esgotamento comunitário.

A proposta é complexa. Vemos que ela ultrapassa largamente a situação legislativa de vários países comunitários. Não representa tanto uma harmonização como a imposição de novos caminhos aos países da Comunidade.

Algumas observações anteriormente feitas aplicam-se a esta proposta. Acrescentemos agora que nela se estabelece que os direitos de locação e de comodato não são afectados pela venda ou qualquer outro acto de difusão de originais ou de reproduções (art. 1/4). Aparentemente, portanto, é a técnica da excepção ao esgotamento que é seguida nesta proposta de directriz.

Para além disso, a harmonização comunitária fez surgir outros problemas, relacionados com a distribuição. A divisão de mercados para fins de exploração económica de filmes, mediante a exibição, foi admitida pelo Tribunal das Comunidades, quer contra quem pretendia a televisão por cabo (caso Coditel) quer contra quem pretendia a distribuição de videocassettes legitimamente adquiridas. Neste caso, que é o que nos interessa, para além de particularidades relativas ao direito interno dinamarquês, que

estava directamente em causa, foi barrado o direito específico de distribuição de videogramas. A razão acolhida pelo tribunal foi a de que a exibição representava a forma normal de exploração do filme, pelo que haveria que admitir que o direito de exibição primasse sobre o direito de distribuição ⁽²⁸⁾.

11. Enfim, pode falar-se ainda de um esgotamento internacional. Há que perguntar-se a entrada em circulação esgota o direito de distribuição nos outros países, ou se pelo contrário é possível fazer a distribuição por mercados nacionais, de tal forma que esta continuaria sempre sob o domínio do autor.

A posição que tomámos, no sentido de que o direito reconhecido é o de pôr em circulação apenas, tem a conseqüência de que o esgotamento é universal. Não se podem abrir excepções quando se trata de terceiros países. Quaisquer cláusulas delimitativas de mercados têm carácter relativo somente.

Pelo contrário, aqueles que admitem que, por cláusulas negociais, se criem efeitos novos de Direito de Autor, admitirão também as excepções ao esgotamento, e portanto a possibilidade de se criarem mercados estanques.

É contra essa possibilidade que, a nível do GATT, se estuda a imposição do esgotamento de maneira a não falsear o comércio internacional.

⁽²⁸⁾ Cfr. Gerhard Schricker, *Harmomization of Copyright in the European Economic Community*, IIC, vol. 20. n.º 4/1989, II 3.