

DIREITO DE AUTOR, HOJE — PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS E OBRA COLECTIVA ⁽¹⁾

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

1. Propomo-nos abordar a problemática das publicações periódicas e da obra colectiva, mostrando como ela é expressiva da problemática central do direito de autor nos nossos dias.

Nos jornais e outras publicações periódicas manifesta-se a criação intelectual, que só pode ser obra de pessoas físicas.

Mas manifesta-se também a realidade empresarial, coordenando colaborações diversas, de modo a revelar-se indispensável, na grande maioria dos casos, para o aparecimento da obra final.

O choque, ou a sobreposição, da criação individual e do suporte empresarial é cada vez mais frequente, no domínio coberto pelo Direito de Autor.

2. 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 abstracto o seu surgimento, nomeadamente nos aspectos pessoais.

O primeiro antecedente surge-nos com a invenção da imprensa, mas com o fito de outorgar tutela à empresa. Dá-se um

⁽¹⁾ Publicamos aqui o texto-base da conferência que pronunciamos na Universidade Complutense, em Madrid, no dia 24 de Março de 1993.

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, 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 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 direcção. Embora se recorresse também à figura do privilégio, centrou-se a tutela na actividade criadora em si, mais que na materialidade do exemplar. Foi esta a situação que encontrou a Revolução Francesa, que pretendeu a supressão 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 ideia 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 colectiva é desconhecida. Hoje, a doutrina assenta numa noção de propriedade espiritual (*geistiges Eigentum*)

(2) Art. 2/1 da Convenção de Berna.

que é mantida perfeitamente distinta, quer da materialidade da obra, quer da actividade empresarial.

3. 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 colectiva.

Também no continente europeu há divisão quanto à admissibilidade da categoria da obra colectiva. 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 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.

4. De toda a maneira, qualquer que seja a superestrutura técnica, é um facto o crescimento incessante das estruturas empresariais no domínio do direito de autor.

Assistimos por exemplo à formação de gigantescas empresas de comunicação, do audiovisual, da informática...

Aumenta sempre o espaço ocupado pelo que se chama as indústrias de *copyright*, ou mais precisamente, as empresas de *copyright*.

Cálculos deste ano atribuem a estas empresas 5,8% do PNB dos Estados Unidos da América. São empresas dinâmicas, com um ritmo de crescimento de 4,2% ao ano, que marcam grande presença no sector das exportações. Estes números só merecem a reserva de as estatísticas dos vários países se não basearem em critérios uniformes, pelo que os números finais são muito dificilmente comparáveis.

O fenómeno da invasão empresarial do direito de autor não é recente. Já na revisão de Estocolmo de 1967, grandes pressões se

exerceram. Várias descobertas técnicas fizeram aparecer novos interessados. Por exemplo, o cinema foi campo de batalha, entre os que pretendiam reforçar a tutela do autor e aqueles que pretendiam a outorga ao produtor de um primeiro plano, eventualmente mediante a figura da cessão dos direitos do autor ao produtor.

Noutros domínios a situação era ainda incipiente. A reprografia não foi objecto de consideração específica. O que não admira, se considerarmos que o próprio direito de reprodução — base do sistema de *copyright*! — só nessa revisão é introduzido na Convenção de Berna, e mesmo assim com várias cautelas.

Mas os factos mostravam que o que estava no centro das preocupações da conferência era já a obra da sua materialidade, e não a criação em si; porque era a materialidade ou a materialização das obras que interessava às empresas de *copyright*. A tutela dos investimentos destas passou desde então a ser o motor das reformas.

5. De facto, a evolução foi vertiginosa. Outros produtores, como os produtores de fonogramas, tutelados por direitos conexos pela Convenção de Roma de 1961, reforçam a sua posição no plano internacional. Ao seu lado vêm colocar-se os produtores de videogramas.

A radiodifusão amplia a sua presença através do satélite e do cabo.

Generalizam-se os meios de reprodução de massa.

A informática força os grandes fundamentos do direito de autor, conseguindo a tutela por este dos programas de computador.

E todas as empresas de *copyright* reclamam tutela — que esconde afinal a pretensão de garantia dos investimentos, quando não secamente a garantia dos lucros auferidos.

Com isto chegamos à situação actual, que podemos designar como do *direito de autor sem autor*.

O protecção é levado cada vez mais longe — pense-se na elevação do período normal de protecção para 70 anos *post mortem*, que é irrelevante para o autor, nocivo para o público e importantíssimo para as empresas de *copyright*.

O autor perde na realidade significado, porque estas mudanças só se destinem a ser absorvidas pela empresa.

E entre as empresas surgem as entidades de gestão colectiva, cada vez mais autónomas em relação aos autores. O interesse destas está no *cash flow*, e não no cliente de balcão. A obra deste, particularmente no que respeita aos direitos de execução, some-se na carteira das obras geridas, e é triturada por avenças globais. O autor é mero subscritor de um contrato de adesão, nos termos do qual perde todo o domínio sobre a sua obra.

A situação sofrerá decerto um agravamento na fase colectiva que se avizinha. A evolução técnica e a sociedade da comunicação trazem-nos cada vez mais direitos que só colectivamente podem ser geridos. Temos a *gestão colectiva necessária*. O autor perde mesmo a própria capacidade de aderir e fica sujeito a critérios sempre contestáveis de repartição. Este um grande sector que não pode deixar de ser globalmente reconsiderado.

Não pretendemos cair num casuísmo, examinando um por um os sectores em que os problemas surgem. Mas as frentes são as mais variadas. Vai-se da tutela do programa de computador à dos produtores de fonogramas e videogramas perante as utilizações indirectas; da reprografia à taxa sobre aparelhos e suportes de reprodução audiovisual; da tutela das bases de dados à das obras criadas por computadores, vigente no direito britânico, que só ainda não foi avante na C.E.E. porque repugnou considerar autor o próprio computador. Mas é típico da inversão da lógica do direito de autor a que se assiste, uma vez que se não parte já de um criador que necessita de protecção, mas de uma obra, cuja reprodução pode dar dinheiro, e portanto logo se perfila um beneficiário.

Sobre tudo isto, interessa apurar o sentido da evolução. E esse, é o de tutelar a empresa através dos seus produtos, atribuindo-lhe a tutela mais forte de todas, no domínio do direito intelectual — a do direito de autor. Tutela essa que permite suplementarmente à empresa manter o segredo sobre os seus processos, ao contrário do que aconteceria se a protecção fosse dada por patente. É muito nitidamente o caso em matéria de programas de computador.

7. Munidos destas ideias gerais, regressamos às publicações periódicas e à obra colectiva.

Neste domínio é particularmente nítida a contraposição da «concepção latina» à «concepção germânica». Em França, Itália e Portugal, nomeadamente, os jornais são apresentados como exemplo típico de obra colectiva ⁽³⁾.

O art. 19/3 da Lei portuguesa ⁽⁴⁾ determina que se presumem obras colectivas, pertencendo o direito de autor às respectivas empresas.

Todavia há também que observar que, mesmo nestes países, o critério de determinação da obra colectiva não é uniforme. Podemos encontrar vários traços que se afirmam como distintivos:

- 1) Haveria obra colectiva quando não se distinguissem as contribuições individuais.

Este critério vem normalmente apresentado como sendo o da lei francesa. É porém muito curioso observar que não é o que esta lei efectivamente consagra. O que esta exige é que não seja possível atribuir a nenhum participante o direito sobre o conjunto, o que é realidade muito diferente.

Diríamos que da distintibilidade das contribuições individuais nada é possível concluir quanto à existência de um direito sobre o conjunto.

- 2) Haveria obra colectiva quando não houvesse direito sobre as contribuições singulares.

O critério é aparentado com o anterior. E a crítica é também semelhante. O que interessa é a existência de um direito sobre o conjunto, sendo irrelevante que haja ou não direitos que recaiam especificamente sobre as partes.

De facto, em direito, não há contradição em admitir direitos individuais sobre as partes, e um direito global sobre o conjunto. Lembremos o que se passa com as universalidades. É típica destas a coexistência de direitos par-

⁽³⁾ Assim deverá também acontecer nos Estados Unidos, por força do art. 101.º da Lei de 1977.

⁽⁴⁾ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado por ratificação pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro.

celares e de um direito sobre o conjunto. Também aqui não é por o colaborador poder ter um direito sobre a sua contribuição que se exclui que recaia um direito sobre o conjunto.

- 3) Haveria obra colectiva quando o próprio conjunto fosse objecto de uma criação.

De facto, na obra colectiva, o conjunto é uma obra, portanto também objecto de uma criação. É pois esta criação global — que resulta seguramente de actos de criação individuais, mas se não esgota neles — que deve ser atribuída à empresa que está na origem daquela obra.

- 4) Haveria obra colectiva quando essa obra de conjunto não pudesse ser individualmente atribuível.

Este critério esclarece e completa o anterior. Mesmo havendo uma empresa como indispensável mediadora para o surgimento da obra de conjunto, a essa empresa não poderá ser atribuída a autoria quando a criação conjunta possa ser imputável a uma pessoa singular.

8. Este critério tem a sua comprovação mais significativa na *obra cinematográfica*. Se abstrairmos da multiplicidade de determinações positivas, que são fruto de pressões desencontradas de interesses, e tentarmos equacionar o problema da autoria daquela à luz dos princípios, diremos que a obra cinematográfica seria simultaneamente atingida pela qualificação como obra singular e como obra colectiva.

Como obra singular, a obra cinematográfica tem um autor, e um só: o realizador. Só a este pode ser imputada uma obra de natureza diversa das obras preexistentes, que é a obra cinética.

Como obra colectiva, a obra cinematográfica teria como autor o produtor. Em todos os casos significativos no tráfego jurídico, a obra cinematográfica só é tornada possível por ter havido uma empresa que reuniu e coordenou os meios indispensáveis para a realização da obra.

Seria porém anómalo que uma obra fosse simultaneamente singular e colectiva. O critério que enunciámos em quarto lugar

completa os anteriores, afastando a qualificação como obra colectiva em caso de concurso de qualificação. Se há uma pessoa singular a quem pode ser imputada a obra de conjunto resultante, essa pessoa é o autor, e a obra é singular e não colectiva. Nesses casos, há que resolver o conflito pela natural prevalência de criação intelectual sobre a organização empresarial.

Mesmo assim, a categoria de obra colectiva guarda um significado muito importante. Permite abranger aquelas obras em que só pelo caminho da ficção poderíamos dizer qu há uma pessoa física que é autora de obra de conjunto. Um jornal, por exemplo, não pode sem ficção ser atribuído a nenhuma pessoa física: se o fosse, ao pretenso autor seria atribuído algo que não resultava da sua criação intelectual. Isto permite depurar a atribuição da autoria a pessoas físicas, fazendo-a coincidir com a criação efectivamente por elas realizada. A atribuição à empresa ganha uma posição de reserva, só funcionando quando a obra de conjunto não corresponde à criação de ninguém.

Nos casos em que se verifica, a atribuição da obra colectiva é originária; a empresa recebe originariamente o direito, e não é transmissória de nenhum criador físico. Mas semelhante autoria não pode deixar de implicar adaptações no conteúdo do direito, nomeadamente no que respeita aos chamados direitos morais.

9. Não podemos prosseguir na análise da categoria da obra colectiva. Não queremos porém deixar de acentuar como nos parece correcta a posição tomada na lei espanhola. O art. 8.º caracteriza-a como a que é criada por iniciativa e sob a coordenação de uma pessoa natural ou jurídica que a edita e publica em seu nome, e é constituída pela reunião de «aportaciones» de diversos autores, cuja contribuição pessoal se funde numa criação única e autónoma, para a qual foi concebida, sem que seja possível atribuir separadamente a qualquer deles o direito sobre o conjunto da obra realizada. Não obstante uma certa complexidade, a verdade é que os dois elementos fundamentais estão expressamente enunciados. Há o positivo — «uma criação única e autónoma» em que se fundem as contribuições individuais pela intervenção de uma empresa — e o negativo — não podendo ser atribuído separadamente a cada pessoa física «um direito sobre o conjunto da obra realizada».

10. Observaremos ainda qua se adivinha, nas instâncias internacionais, uma animosidade contra a obra colectiva. Repara-se qua não há nenhuma referência na Convenção de Berna a esta categorização. Pelo que se põe até em dúvida que se possa admitir que as leis nacionais estabeleçam períodos especiais de duração da obra colectiva. E o problema foi também levantado pela Comissão da C.E.E.. Não é difficil adivinhar aqui outra incidência do movimento de germanização por que passa a harmonização comunitária do direito de autor.

Na realidade, a «obra colectiva» é uma categoria que pree-xiste à própria Convenção de Berna e a acompanhou durante toda a sua existência. Não há que ver nomeadamente nos preceitos do art. 8.º desta uma intenção de regular exaustivamente todas as situações de duração; sempre se deixou um resto à competência das leis nacionais, sem maniqueísmos que só agora afloram. E a categoria da obra colectiva penetra legislações não latinas, como a estado-unidense, a canadiana e a holandesa, pelo que seria grotesco pô-la agora e causa.

Os próprios trabalhos comunitários acabaram por a consagrar. Na directriz (ou directiva) comunitária sobre programas de computador é prevista expressamente no art. 2/1. E assim acontece também na directriz sobre duração ⁽⁵⁾.

11. Perante estes dados, não deixa de suscitar curiosidade a maneira como a lei alemã, que nos surge como paradigmática em matéria de limitação da autoria às pessoas físicas, resolve o problema da autoria das publicações periódicas.

Há uma referência no § 38 da lei, mas não é fácil descortinar o sistema efectivamente seguido.

De todo o modo, o jornal vai ser aproximado das colectâneas ou compilações. Tem pois de se imaginar que há um compilador e que a esse cabe o direito sobre o jornal como conjunto. Mas para além da dificuldade de determinar o critério unificador, haverá sempre que supor que esse compilador é alguém distinto da

⁽⁵⁾ Esta directriz foi só definitivamente aprovada após a nossa conferência.

empresa jornalística (6). Esse compilador acabaria por estar ligado à empresa por um contrato.

Mas quem é compilador? Parece que se acaba por considerar como tal o director, que receberia os direitos dos colaboradores através de um jogo de presunções. Logo, a protecção nos termos do direito de autor teria como ponto de referência a vida deste. Com consequências paradoxais. Se se sucederem dois directores, e o director mais recente falecer antes do mais antigo, os números mais recentes do jornal ou da publicação periódica caem no domínio público antes dos mais antigos. Assim poderiam terceiros livremente reproduzir a colecção mais recente de um jornal, ou de partes do jornal, sem dependência de autorização, enquanto números bastante anteriores continuavam a beneficiar de protecção!

Permita-se-nos que digamos que tudo isto são artifícios, resultantes da interposição de um autor fantasma, apenas para levar os conceitos até ao fim. O sistema que admite a obra colectiva é afinal muito mais realista. O jornal em si só pode ser considerado como obra de uma empresa, pelo que qualquer disposição sobre ele só da empresa deverá estar dependente.

Suscitam-se muitos outros problemas, que não teremos oportunidade de aprofundar. Pode supor-se que o jornal não contenha nenhuma obra protegida, como acontecerá se for composto por vulgares notícias. Se se considerasse uma compilação não lhe caberia tutela nenhuma, numa ordem jurídica que só proteja as colectâneas de obras protegidas (art. 3/1-b da lei portuguesa) (7). Pelo contrário, se é objecto de uma tutela autónoma, pode mesmo assim beneficiar de protecção, se o jornal como obra de conjunto tiver carácter criativo. Tem pois consequências práticas a distinção da tutela do jornal como obra colectiva e como compilação.

12. Vamos fixar-nos todavia na situação normal, que é aquela que se verifica quando há contribuições parcelares que são também

(6) Cfr. por exemplo Hubmann, *Urheber — und Verlagsrecht*, 6.ª ed., C.H. Beck (Munique), 1987, § 18 II e III.

(7) O art. 12.º da Lei espanhola, porém, fala nas colecções, não só de obras, como de «outros elementos ou dados».

objecto de tutela. É então necessário conciliar essa tutela com a tutela do conjunto.

A lei espanhola, no art. 52.º, considera esta temática. Mas, tal como várias outras leis, só regula a situação do autor singular. O que a preocupa é disciplinar a exploração separada das contribuições singulares e a retomada da disponibilidade sobre elas ⁽⁸⁾. E semelhantemente procede a lei alemã: fiel ao seu esquema, desinteressa-se da relação entre *Herausgeber* e *Verleger*.

Mas sobre a publicação periódica como conjunto, como sabemos, há também direitos. Há-os, mesmo que não haja direitos sobre as contribuições singulares, ou que estes se tenham extinguido. Assim, seguramente, é o titular dos direitos sobre o conjunto quem pode reproduzir este, por exemplo, através da reedição de um número antigo ou de secções de números antigos ⁽⁹⁾. Essa faculdade parará porém perante o conjunto de trabalhos dos autores singulares, ou de trabalhos isolados destes, pois para tais separatas é necessário o consentimento do autor.

Esta reprodução implicará o dever de remunerar de novo os colaboradores? De facto, uma coisa é o direito de reproduzir, outra o dever de remunerar. Parece possível formular o princípio de que toda a nova utilização deve obrigar a nova remuneração, se aquela faculdade não estiver já compreendida na remuneração inicial. Mas há que avançar com cautela. Remunerar de novo não significa duplicar a remuneração: a compensação por remuneração nova pode ser de quantitativo diferente. Por outro lado, parece que a remuneração deve estar dependente da importância que o escrito tem para aquela reprodução — e esta poderá ser praticamente nula.

E poderá um jornal republicar em novo número artigo já publicado? Ou poderá autorizar terceiros a publicar contribuições dos seus colaboradores?

⁽⁸⁾ O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Portugal) vai um pouco mais longe, ao dispor que só o proprietário ou o editor da publicação pode reproduzir os números em que foram publicadas as contribuições singulares (art. 173/2).

⁽⁹⁾ Na Alemanha dar-se-á a estes actos a fisionomia da exploração de uma compilação.

Supomos que aqui a resposta não depende já da harmonização dos direitos sobre as partes e o conjunto. O problema passa a ser outro: o que resulta da relação que se estabelece entre a empresa jornalística e o autor. Terá de se ver o que representa hoje a exploração de um jornal e se isso poderá ou não ser considerado autorizado. Mas já não resulta da qualificação do jornal como obra colectiva e por isso fica de fora a nossa análise.

13. Vejamos então quais as faculdades que cabem ao autor singular.

O critério fundamental é o de que este só poderá praticar os actos que não prejudiquem a exploração normal da publicação. É o que expressamente consta do art. 52/1.º § da lei espanhola.

Suscita-se a problemática da exclusividade, que preocupou a lei alemã. Presumiu esta que haveria um direito não exclusivo de utilização nos jornais e um direito exclusivo de utilização nas outras publicações periódicas (§ 38).

Diferente é o critério da lei portuguesa. Distingue antes de mais consoante há ou não contrato de trabalho. Se não há, o autor pode ou não fazer a publicação em separado ou em publicação congénere, salvo convenção em contrário (art. 173.º). Se há contrato de trabalho e os trabalhos não estiverem assinados, a própria autoria destes é atribuída à empresa jornalística. Se estiverem assinados, a autoria é de quem os escreveu, mas não poderão ser publicados em separado antes de decorridos três meses sobre a data em que a publicação periódica que os inseriu tiver sido posta a circular (art. 174.º).

14. A análise anterior permite traçar algumas observações conclusivas sobre a problemática da obra colectiva e da publicação periódica.

Pensamos que é razoável e realista atender à posição essencial da empresa na origem da publicação periódica, mesmo em termos de direito de autor.

Com isto se recompensa o esforço organizativo que permitiu a produção da obra e se facilita a exploração subsequente desta.

Convém todavia não esquecer que se não recompensa a criatividade. A empresa faz organização e não criação. Ora o jornal só

é tutelado se houver criatividade; mas não é propriamente a empresa que cria, a empresa proporciona a criatividade.

Este facto, fundamental, deixa necessariamente marca no tipo de tutela que lhe corresponde.

Nomeadamente, ao empresário, ainda que seja pessoa singular, não se adequam os direitos pessoais de autor (habitualmente chamados direitos morais, por influência francesa), que são direitos do criador e não do organizador.

Poderá, decerto, exercer o direito ao nome e reivindicar a paternidade, mas isto porque não são directamente direitos eticamente condicionados. Não assim nos restantes, em que há um conteúdo ético que é incompatível com a sua índole. Não se pode falar de um direito de retirada, ou de uma ofensa à honra ou à reputação.

Vemos assim que, embora aceitemos a tutela por um direito de autor, para que a lei aponta, não deixamos de observar que esse direito de autor apresenta desvios em relação ao comum. O que implica o reconhecimento da parte de verdade das orientações que não admitem a figura da obra colectiva.

A ponte entre estas duas orientações poderia possivelmente ser alcançada se se atribuísse à empresa um direito *sui generis* ou um direito conexo, que a tutelasse no aspecto patrimonial, sem todavia se confundir com o direito de autor, que tem a marca ética da criatividade.

É porém muito duvidoso que isso seja possível no actual estágio de evolução internacional e comunitária do direito de autor.

Pois este, para além de uma indesejável rigidez, que torna as inovações cada vez mais difíceis, é marcado justamente pelo reforço da tutela da empresa no seio mesmo do direito de autor, e não pelo afastamento desta.

Como vamos verificar, procurando captar o sentido da evolução contemporânea.

15. Podemos sintetizá-lo assim: as chamadas empresas de *copyright* apoderaram-se da tutela máxima dada pelo direito de autor, que só se justificaria por ser uma tutela da criatividade; e cada vez cobrem mais inteiramente com ela os seus produtos.

Diremos também que no mundo actual subsistem as duas concepções básicas enunciadas, a do direito de autor e a do *copyright*, mas que se assiste a uma vitória subtil do *copyright* sobre o direito de autor.

Agora, parte-se insensivelmente do produto, atendendo ao lema anglo-americano: *what is worth copying is worth protecting*.

Se um produto é bom para fazer dinheiro, cria-se uma tutela para outorgar mais dinheiro ao produtor.

Com isto se proporciona um desfrute parasitário, porque o produtor terá uma dupla remuneração, pelo produto que vende e pelo exclusivo que lhe é outorgado. À custa do utilizador final, que em última análise é quem suporta sempre o aumento de encargos.

Assim, a tutela vai-se transferindo, da criatividade, para o próprio produto copiável, e portanto para o produtor deste.

16. E associada a esta desponta uma nova ideia: a de que a função do direito de autor é a *tutela dos investimentos* realizados na indústria do *copyright*.

De facto, neste domínio fazem-se actualmente grandes investimentos. Em princípio todo o investimento tem um risco. Espera-se o retorno através da resposta do mercado ao lançamento do produto final.

Mas aqui vai-se mais longe. Quer-se tornar praticamente certo esse retorno, através da tutela do próprio produto mediante um direito de autor, por força de uma elíptica referência à criação intelectual.

E o mesmo espírito acaba por invadir sectores mais restritos, como é visível na orientação triunfante de atribuir um direito de autor, apenas cronologicamente reduzido, a quem publicar manuscritos, embora estes se encontrem no domínio público. Assim acontece já na lei espanhola (art. 119.º). Não há criação nenhuma, mas mesmo assim vai-se dar a protecção mais ampla, que é a do direito de autor, outorgando tutela patrimonial por um período de 15 a 20 anos. A razão alegada é, unicamente, a de estimular o investimento na publicação.

Portanto, isto significa que no moderno direito de autor assistimos a uma evolução paradoxal. A tutela do direito de autor é levada muito longe, com a justificação de que se trata da tutela do

espírito criador. Mas essa tutela acaba, por vários caminhos, por esconder uma tutela de investimentos, pois as empresas se apoderaram do que foi disposto em benefício do criador intelectual.

17. Justificar-se-á porém esta evolução?

Temos de distinguir dois aspectos:

- 1) a protecção dos investimentos é sem dúvida necessária. Não teria sentido que uma empresa se abalançasse a custosas pesquisas e à inovação sempre aleatória, quando o resultado do seu esforço poderia ser parasitariamente apreendido por outras empresas, que vão repartir o mercado sem ter atrás de si o lastro dos custos de pesquisa efectuados;
- 2) mas o que não se justifica é que essa tutela específica, a tutela dos investimentos contra a concorrência parasitária por outrém, seja realizada mediante a atribuição de um direito de autor, com o seu substracto ético e a sua extensão de protecção, ou sequer com direitos *sui generis* decalcados sobre o direito de autor. O direito de autor tutela a criatividade; a tutela dos investimentos tem outros objectivos e cabem-lhe também meios próprios e específicos.

Na realidade, o recurso ao direito de autor como forma de garantia de altos lucros esconde objectivos muito diferentes da tutela de criatividade. Para além de outros, como a manutenção dos segredos de fabrico (que é possível com a atribuição do direito de autor as não seria possível com a patente), visa na realidade a garantia de um alto nível de lucros para as empresas dominantes no mercado e a eliminação ou redução do risco empresarial. Permite às empresas beneficiárias viver parasitariamente de sobreremunerações, para além do que resulta da própria comercialização do produto.

18. Esta evolução foi porém levada tão longe que há razão para perguntarmos se a natureza do direito de autor não mudou já.

Este desenvolveu-se e prosperou como um direito de criação intelectual.

Devemos porém perguntar se ele não é hoje:

- ou um direito dos produtos novos, no domínio literário, artístico ou científico;
- ou um direito dos investimentos realizado na produção desses bens.

A — Um direito dos produtos novos?

Was bleibt vom Erbe übrig?

Este é elucidativo título de um artigo publicado em 1989 pelo eminente autoralista Strömholm⁽¹⁰⁾ e que podemos traduzir: «O que resta da herança?».

Toma ele como ponto de partida a introdução, eminente ou já consagrada, dos programas de computador entre as obras literárias. E pergunta se com isto ainda podemos continuar baseando o direito de autor na criação.

Para responder, discute a *individualidade* como afirmada característica da obra literária ou artística. Aquela poderá ser entendida em dois sentidos:

- 1) como marca pessoal do autor.
- 2) como nível criativo da obra.

Nega-a porém em qualquer daqueles sentidos. Propõe que se passe a exigir que a obra se situe num espaço livre de criação (*frei Spielraum*) no domínio literário, artístico ou científico. Semelhante espaço livre de criação seria negativamente demarcado; não se verificaria quando a obra:

- a) resultasse necessariamente do *material* utilizado. Note-se que entre o material inclui a linguagem.
- b) ou fosse imposta pelo *fim* prosseguido.

Portanto, em vez da criatividade bem poderíamos dizer que a característica da obra literária ou artística acabaria por se resumir

⁽¹⁰⁾ *GRUR Internacional*, 1989, n.º 1, págs. 15-23.

à *originalidade*, tal como as leis que exigem hoje frequentemente para as obras utilitárias, ou à *novidade*, tal como se reclama em matéria de Direito Industrial.

Em qualquer caso, teríamos a vitória do *copyright*, pois é com esse mínimo (a obra original, portanto copiável) que o *copyright* afinal se basta.

19. Esta posição é paradoxal. O autor toma como ponto de partida a tutela do programa de computador. Mas não reparará que, com toda a sua revolucionária mudança de base, não resolve justamente a problemática do programa de computador. Porque neste não existe o espaço livre de criação que reclama. a criação está no processo, não está na fórmula. Criado o processo, o agente não tem nenhuma liberdade de elaboração da fórmula, pois a fórmula será necessariamente a que traduza servilmente o processo.

Por outro lado, pese todo o mérito de análise, não se vê como será possível prescindir de uma ideia de criatividade. Aceita-se que a individualidade, como marca pessoal do autor, não é hoje mais de exigir, dada a banalização da obra literária a que assistimos. Mas por mais abaixo que coloquemos a fasquia algum nível terá de ser sempre exigido, pois de outro modo seria inexplicável que se outorgasse uma tutela tão forte, nomeadamente se a compararmos com a tutela das invenções. Não se pode afirmar que há obra, sempre que esta se apresentar como um produto necessário. Há que exigir mais: de outra maneira uma mera rearrumação de dados pre-existentes, à disposição de qualquer um, seria obra literária ou artística.

20. Pode é perguntar-se se estas considerações não serão tardias, e se as mudanças legais não impõem já o seu abandono. Nomeadamente, para os países comunitários, há já a tutela dos programas de computador. Mas pensamos que não há que extrair semelhantes consequências. A directriz ou directiva obriga a tutelar mediante um direito de autor, no sentido da Convenção de Berna, ms não obriga a considerar o programa uma obra literária ou artística. Cada país mantém um mínimo de liberdade, como é próprio perante uma directriz, no que respeita ao enquadramento a dar. Nomeadamente pode manter o programa de computador fora

da lei dos direitos autorais e não lhe atribuir em bloco o regime destes, nomeadamente no que respeita aos direitos pessoais.

Isto significa que ainda hoje é possível manter estas figuras espúrias a distância e preservar um núcleo, fundado na criatividade, em que se mantenha a pureza da visão do direito de autor.

21. B — Um direito dos investimentos?

Resta porém a outra linha explicativa possível. Se o direito de autor não é hoje fatalmente um direito dos produtos novos, não se terá transformado afinal num direito dos investimentos? Por meios directos ou indirectos, o seu fim ou o seu resultado não acaba por ser a tutela dos investimentos realizados no domínio literário, artístico ou científico?

Há um ponto de partida comum a esta posição e à anterior. Ambas assentam no produto novo no domínio literário, artístico ou científico. Mas enquanto a anterior pretendia ver no produto novo o próprio objecto de tutela do direito de autor, esta contentar-se-ia com a observação de que o objectivo económico-social prosseguido pelo direito de autor se deslocara, assentando hoje mais na tutela das empresas de *copyright* que na tutela do criador intelectual.

Isto não significa que a tutela do autor tenha desaparecido; pelo contrário, é um facto que tem sido reforçada. Mas o que se acentua é que, havendo um produtor, é para este que acaba por reverter a tutela que se estabelece com referência ao autor. Por meios directos ou indirectos, consegue-se que, havendo um produto novo, a tutela beneficie em definitivo o produtor. Em vários casos vai-se até mais longe e criam-se direitos que beneficiam exclusivamente o produtor. Seja o caso do direito do titular da base de dados contra a reprodução do conteúdo dessas bases, que está em vias de ser criado no âmbito da C.E.E..

22. Sistematizando, podemos apontar quatro vias de chegar à tutela do produtor, e portanto de pôr o direito de autor e direitos conexos ao serviço da tutela dos investimentos:

- 1) Reforçando a disciplina das obras colectivas, de maneira a tornar mais sólida a posição do produtor. É paradigmá-

tico o que se estabeleceu no domínio dos programas de computador.

- 2) Propiciando a revisão para o produtor dos direitos de exploração económica da obra. É elucidativo o que se passa na obra cinematográfica, em que os países de *copyright* atribuem originariamente o direito ao produtor, e os restantes países vão consagrando a presunção de cessão a este dos direitos de exploração económica. O ponto decisivo de evolução surgiu com a lei francesa de 1985. A França era a campã da atribuição pura e simples dos direitos a «autores», criadores intelectuais. Hoje, o art. L132-24 do Código da Propriedade Intelectual, de 1992, dispõe que o contrato de produção audiovisual implica, salvo cláusula m contrário, a cessão em benefício do produtor dos direitos exclusivos de exploração da obra audiovisual
- 3) Criando ou ampliando direitos conexos, como o do produtor de fonogramas. Passa a ser tutelado também o produtor de fonogramas e em geral o produtor de obras audiovisuais, com uma amplitude que é decalcada sobre o direito de autor Em certos casos são-lhe mesmo reconhecidos direitos que não cabem ao autor; e são mais tutelados que os artistas, que representaram inicialmente o termo da comparação.
- 4) Introduzindo direitos *sui generis* em benefício de produtores, que se não qualificam como direitos de autor, nem como direitos conexos. É o caso já referido do produtor da base de dados, ou ainda da outorga de direitos aos editores com amplitude crescente.

Acrescentaríamos que o direito negocial de autor, não obstante aperfeiçoamentos introduzidos, continua a assegurar ampla margem de manobra aos produtores; e que legislações que se pretendem muito autoralistas continuam a admitir a transmissão total do direito de autor, que desarma o autor frente ao empresário.

A preocupação empresarial é uma constante das inovações hodiernas em matéria de direito de autor. Vai em paralelo com a colectivação do direito de autor, a multiplicação das formas de

exercício colectivo e o reforço das empresas intermediárias na gestão e percepção dos direitos.

23. A descrição do fenómeno não se confunde com a sua condenação. A protecção do investimento é muitas vezes condição do reforço da capacidade concorrencial. Parece por exemplo verdade que o esquema autoralista do direito continental europeu põe as empresas cinematográficas em inferioridade de condições perante as empresas anglo — americanas. Por outro lado, é necessário, em nome da mesma direcção à concorrência, reagir contra apropriações parasitárias.

O problema está porém em saber se é adequada a via que está a ser seguida, que consiste em satisfazer o interesse empresarial através dos instrumentos que foram elaborados para tutela da criatividade; pelo que o direito de autor é assim colocado a reboque da tutela empresarial.

Parece que nesta altura os dados do problema estão definidos e que nos encontramos num ponto crucial de escolha. Ou se aceita a prossecução do caminho actual, do qual resultará que o direito de autor se destina antes de mais a assegurar a tutela das empresas de *copyright*, ou se envereda por soluções autónomas, que distingam a tutela da criatividade de um lado, como objecto de direito de autor, com o seu alto nível protectivo e a sua eticidade, e a tutela dos investimentos por outro, com os seus instrumentos próprios.

Enveredar por esta segunda via custará certamente um esforço activo de aperfeiçoamento legal no plano interno; mas custará sobretudo uma activa política internacional e comunitária, sem nos resignarmos a ser receptáculos passivos de interesses alheios. A tutela das empresas pelo direito de autor é seguramente bom para países como os Estados Unidos da América; mas o que é bom para esses países pode ser o contrário do que aos nossos interessa.

24. Mas, voltando à pergunta que fizemos: o direito de autor transformou-se ou não num ramo que visa em primeira linha a tutela das empresas de *copyright*?

Estamos no meio de uma evolução. Seria forçado dizer que já hoje, em nossos direitos, a tutela da empresa é a preocupação pre-

valente. O escopo das leis continua a apresentar-se, talvez com ingenuidade, como a tutela do criador intelectual.

Mas não está este ramo em vias de ser instrumentalizado, de maneira que amanhã o sistema merecerá uma avaliação diferente?

Vamos deixar a resposta em suspenso. Os próximos anos serão decisivos.

Se houver uma mudança de rumo, as transformações havidas não terão sido suficientes para alterar o fundamento último do direito de autor.

Mas se, pelo contrário, a evolução em curso prosseguir, então o resultado será mesmo uma alteração de natureza. O direito de autor passará a ser um ramo do Direito Económico, com o objectivo de protecção de investimentos. A invocação da dignidade da criação intelectual e o reforço da protecção destinar-se-ão na realidade, antes de mais, à tutela das empresas de *copyright*.

José de Oliveira Ascensão