

Os direitos conexos e as situações nacionais

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa,
Professor Titular da Faculdade de Direito
do Recife

1. Nunca é demais acentuar a relação muito estreita que medeia entre o direito de autor e a situação tecnológica, por um lado, e econômico-social de cada país, por outro.

No que respeita à *dependência tecnológica*, a história nos ensina que foi uma descoberta técnica — a invenção da imprensa — que trouxe a própria categoria jurídica do direito de autor.

Não que anteriormente não houvesse obras literárias e criadoras intelectuais, ou que a dignidade destes fosse menor do que é atualmente — é evidente. Mas porque sem o meio técnico de multiplicação de exemplares, e portanto sem a possibilidade de *alargado desfrute da obra intelectual que a imprensa propicia*, os problemas não apareciam como suficientemente relevantes, e confundia-se a proteção da obra com a titularidade do *corpus mechanicum* em que a obra estivesse incorporada.

Séculos depois, é uma revolução técnica semelhante que vai provocar a introdução da proteção jurídica dos artistas. Enquanto as suas prestações se esgotavam no círculo dos que *as podiam ver e ouvir* — no círculo dos presentes — não havia possibilidade de desfrute por terceiros, e portanto não teria juridicamente objeto um direito que recaísse sobre essas mesmas

prestações. Só a possibilidade técnica de transferir essas prestações a outros ambientes abriu a problemática de um tipo diverso de proteção. Essa problemática tornou-se mais aguda quando surgiu a possibilidade de fixação da prestação para posterior desfrute.

A dependência tecnológica é ainda mais radical no que respeita aos direitos dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Porque, enquanto as prestações dos artistas são realidades humanas, cujo desfrute pode ser ampliado por meio da técnica, os fonogramas e as emissões de radiodifusão são já de si elementos técnicos, só tornados possíveis, portanto, por uma certa fase da evolução tecnológica.

2. A evolução tecnológica não parou — pelo contrário, acelerou-se vertiginosamente nestes últimos tempos. Há por isso que estar muito atento, porque ela implicará necessariamente mudanças na estrutura atual do direito de autor. Não podemos pensar esta como um equilíbrio definitivo e ideal, fixado de uma vez para sempre. Pelo contrário: como está tecnicamente condicionada, está sujeita a alteração toda a vez que a base técnica se transforma.

Isso acontece hoje já, com a grande revolução provocada pela *reprografia*. A mudança, potenciando as possibilidades existentes de reprodução, provoca uma alteração qualitativa no domínio do direito. É impossível continuar a fixar-nos no ato individual de cópia perante formas de reprodução maciça e universal que entraram na vida quotidiana e representam um progresso que não pode ser travado. É impossível continuar a fazer assentar todo o direito de autor na ficção da autorização individual e prévia do autor, que se determinaria por razões éticas, quando o que está em causa é só a remuneração. Grande número de obras só são susceptíveis de exploração coletiva, sendo o autor necessariamente substituído por sociedades de cobrança, e a autorização prévia por uma possibilidade universal de utilização, nomeadamente sob a forma de avenças. Todo o direito de autor está hoje desatualizado; exprime a realidade passada, de tal modo que impera nos círculos internacionais a convicção de que a reprografia escapa aos quadros jurídicos existentes.

Ainda se fosse só a reprografia! Mas temos a *computadorização*, que traz mudanças radicais, com a possibilidade de utilização de obras através de computadores; a *transmissão por satélites*, que revoluciona o domínio da radiodifusão; e tantos outros meios técnicos que vertiginosamente se desenvolvem, sem esperar que o direito crie para eles os quadros adequados.

É por isso imprescindível que os juristas tenham constantemente presentes as grandes orientações que devem dominar este ramo do direito, sempre em tumultuosa mutação, para saber em que sentido há que o reformular e aperfeiçoar.

3. Na realidade, por detrás de qualquer sistema de direito de autor têm de estar dois grandes princípios, em tensão criadora entre si; o destino coletivo da obra e a dignidade da criação intelectual.

O destino coletivo da obra significa que toda a obra literária ou artística é um momento do diálogo social: a obra destina-se à utilização por todos, sem entraves que tolham a vida cultural. A obra tende assim à livre utilização. Tal como as idéias são necessariamente livres, o ideal para as obras é atingirem o estágio da liberdade, permitindo a comunicação total.

Mas não há só a obra. Por detrás dela está, na sua dignidade, uma pessoa. O autor realizou uma criação intelectual, prestou um serviço à comunidade. Justo é que o elemento pessoal da criação seja salvaguardado pelo direito. Justo é que se permeie o contributo realizado, estimulando novas produções desse autor ou de terceiros. No sistema romanístico de direito, isso consegue-se atribuindo ao autor privilégios em relação à obra. No ponto de vista patrimonial, esse direito consiste no exclusivo de utilização lucrativa, condicionando-se, portanto, ao consentimento do autor a generalidade das utilizações por terceiros que contendam com a exploração económica da obra.

Esse exclusivo, contrariando o destino natural da obra e da vida cultural, só pode ser transitório. Deve ser suficientemente longo para estimular a criação, e suficientemente curto para não lesar o diálogo cultural. Por isso, consideramos absurdos sistemas como o domínio público remunerado, pelos quais perpetuamente se fazem recair ônus sobre a utilização de bens culturais. Não estando ligados à remuneração do criador intelectual, esses ônus só têm justificação fiscal. É lamentável que a cultura seja então encarada como matéria coletável, em vez de beneficiar de incentivos financeiros.

4. O grande problema é assim o de conciliar os dois grandes princípios orientadores do direito de autor. Talvez nenhum ramo tenha sofrido como este dos unilateralismos que levam a distorcer o regime. As entidades cobradoras, indispensáveis sobretudo numa época como a nossa, de coexistência crescente dos modos de utilização das obras, acabam por assumir nos países de economia de mercado uma dinâmica capitalista e prosseguir interesses institucionais que não são coincidentes com os interesses dos autores — sobretudo dos autores nacionais. Invocando valores para prosseguir interesses, argumentam como se o ideal fosse o alargamento indefinidamente maior do círculo do exclusivo. Fruto desta lógica foi a vergonha de termos tido em Portugal consagrada a perpetuidade do direito de autor! Escritores clássicos do início do século passado continuavam protegidos, ainda há poucos anos, embora os direitos houvessem em geral sido transferidos para editoras. Estas abusavam do seu monopólio, sem que evidentemente a perspectiva da perpetuidade pudesse estimular minimamente os autores atuais: estimulava, isso sim, as próprias entidades cobradoras, porque ampliava o movimento de dinheiros.

É bom sermos capazes de vencer todos os unilateralismos, considerando que só uma perspectiva de interesse nacional pode em cada caso definir qual o ponto de equilíbrio das duas grandes orientações que assinalamos.

5. Mas, como dissemos de início, o direito de autor está dependente estreitamente de outra variável, que é a *situação econômico-social* a que corresponde.

Não se pode conceber o regime do direito de autor como algo de uniforme, ou sequer desejavelmente uniforme, em todos os países. O regime terá de ser o que corresponde ao estágio em que o país se encontra. Um país industrializado poderá prever maiores distribuições de renda, saindo assim melhor remunerados os que contribuam com bens culturais; um país em desenvolvimento, não.

Mas, para além disso, há a discrepância fatal de interesses que surge entre os países exportadores e os países importadores de obras intelectuais. Os países exportadores pretendem logicamente aumentar constantemente a remuneração que obtêm pelo seu produto. Pretendem por isso, de maneira direta ou indireta, tornar cada vez mais onerosos os bens culturais que produzem, subordinando os países importadores que a eles têm de recorrer. E conseguem-no ampliando o círculo de proteção imposto pelas convenções internacionais.

É claro que, em teoria, a situação é de plena reciprocidade. Mas os países desenvolvidos, em troca dos milhares que exportam, importam unidades, se tanto, dos países em desenvolvimento. As sociedades nacionais de cobrança tendem a contribuir para alargar cada vez mais a desproporção, fascinadas pelas comissões que lhes cabem por força dessa drenagem de divisas. Os privilégios teoricamente estabelecidos, até em convenções internacionais, em benefício dos países em desenvolvimento, não representam sequer uma sombra, em comparação com esta desproporção nos movimentos de capitais.

Por aqui se vê também como é falaciosa a colocação normal do problema, que leva a *apresentar como modelos do desenvolvimento do direito de autor as leis dos países industrializados*. Mas esses são os países exportadores de obras literárias, cujos interesses são radicalmente contrários aos dos países em desenvolvimento. Eles prosseguem os seus interesses, e só aderem às convenções internacionais quando elas lhes interessam; os Estados Unidos são disto exemplo flagrante. Pois também os restantes países devem legislar à luz da sua situação, procurando estruturar com autonomia o próprio sistema de proteção.

6. O que se passa com o *folclore* dá-nos uma manifestação elucidativa. Particularmente os países africanos têm procurado alargar a este domínio a proteção pelo direito de autor. Impressiona-os o fato de as suas mais lídimas manifestações culturais serem comercialmente aproveitadas nos

países industrializados, sem que eles venham a tirar disso qualquer vantagem. Mas aqui esbarram com a posição desses países. Para o folclore, já a ampliação da proteção é negada.

Invocam-se, é certo, argumentos que são ponderosos. Considera-se que sobre o folclore não pode recair um direito de autor, ou por a criação ser comunitária e não personalizada, ou por não se poder fixar uma duração limitada de proteção. Na revisão de Estocolmo da Convenção de Berna o problema foi levantado, mas tudo ficou em vaga e piedosa referência à margem da convenção (1).

Todavia, quando aos países industrializados interessa a proteção dos seus produtos, essa proteção surge, dentro ou fora dos quadros das convenções existentes. A Convenção de Genebra sobre a proteção dos fonogramas foi proposta pela Inglaterra e realizou-se em prazo espantosamente curto. Para os programas de computadores assistiu-se à criação de uma tutela veloz em todo o mundo no espaço da última década.

7. Este último exemplo é muito curioso, pois também os quadros tradicionais não serviriam para a almejada tutela. O *programa de computador* não se ajusta à figura da invenção a que se refere a *propriedade industrial*; mas também não cabe ao direito de autor. O direito de autor protege a forma de uma criação intelectual — o texto literário, a obra de arquitetura, as imagens cinematográficas. . . Mas o programa de computador, em si, é um processo. Ora, o direito de autor não tutela processos, esquemas para a ação. Em todo o mundo assim se conclui, a propósito dos concursos para a televisão, métodos de ensino, e assim por diante. Protege os trechos pelos quais esses processos se exprimam — as instruções ao utente, por exemplo; não protege os processos em si. A utilização do processo por outra entidade nunca pode ser proibida em termos de direito de autor.

Isto quer dizer que a tutela que os programas de computador poderiam obter em termos de direito de autor é sempre necessariamente restrita e indireta. Só pode abranger um modo de expressão, e não o processo em si (2).

Esta realidade está tendo nestes dias uma confirmação gritante. Empresas japonesas já não reproduzem os programas de empresas ocidentais, escapando assim à incidência do direito de autor. Fazem reescrever por técnicos esses programas e lançam, em novas vestes, os mesmos processos fundamentais no mercado. O programa, como processo, foi copiado; como forma de uma idéia, não foi. Por aqui se vê que, mesmo levando aos extremos limites a figura do direito de reprodução que cabe ao autor, nunca se

(1) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, Forense (Rio de Janeiro), 1980, n.º 162.

(2) Sobre toda esta matéria cfr. o nosso *Programa de Computador e Direito Autoral*, incluído na obra coletiva *A Proteção Jurídica do Software*, em conjunto com Orlando Gomes e outros, Forense (Rio de Janeiro), 1985, pp. 49 e segs.

consegue proteger cabalmente o programa de computador, que é um processo e não uma obra literária.

Não obstante, isso não deteve neste caso a expansão da tutela. Ou porque, heterodoxamente, se acrescentou à lista de obras literárias ou artísticas o programa de computador — o que à última hora aconteceu também no projeto de Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos portugueses, mas felizmente acabou por não prevalecer — ou porque se cria um novo direito intelectual; são sucessivamente mais as ordens jurídicas que especificam esta proteção.

8. De fato, os direitos intelectuais são típicos; mas nada impede que o legislador alargue sucessivamente o respectivo rol. *Podem-se criar novos direitos intelectuais*, mesmo que se não incluam nas grandes categorias do direito de autor e da propriedade industrial.

Nenhum motivo há para que o mesmo se não passe com o *folclore*. Se não cabe nos quadros atualmente existentes, pode-se tutelar como direito autônomo; e até se pode recorrer à categoria ainda indefinida do direito conexo, como mais um dos seus termos.

É claro que, para o objetivo que se pretende, não basta que os países donde o folclore é originário o prevejam em suas leis⁽³⁾. É necessária a cooperação internacional. É necessário nomeadamente que, nos países onde se faz a posterior utilização das obras folclóricas, as leis considerem essas utilizações tuteladas pelo direito intelectual. Porque, apenas quando houver nesses países a previsão do direito intelectual sobre o folclore e a garantia de remuneração em relação a obras folclóricas estrangeiras, o sistema pode ser eficaz. E isso só se consegue através da negociação e cooperação internacionais. Nesse plano, os países em desenvolvimento estão naturalmente no campo de todos os países que comumente se qualificam *net importers*, e em oposição aos grandes exportadores de obras intelectuais.

Este exemplo mostra-nos a relevância da situação cultural, econômica e social de cada país na determinação do quadro legislativo que lhe cabe. Vemos que pode levar até à alteração da importância relativa de uns direitos em relação a outros.

(3) Esta é a tarefa mais fácil, afinal, porque já se criaram leis-tipo, e porque os países são soberanos no estabelecimento da sua legislação interna. Podem-no fazer através de uma extensão da categoria do domínio público remunerado, ou através do estabelecimento de um direito autônomo. Dada a posição que tomamos quanto ao domínio público remunerado, compreende-se que preferamos o segundo termo da alternativa. Nas leis internas poderão assegurar a genuinidade do acervo folclórico e prever as atividades de recolha ou desfrute que deverão ser oneradas. Mas o sistema de proteção será sempre insuficiente enquanto se não puderem atingir as utilizações feitas em países estrangeiros.

9. Pode mesmo acontecer que, ao contrário do que sucedeu na Europa e América do Norte, outros países sejam tanto ou mais sensíveis à proteção de direitos conexos que à proteção do próprio direito de autor.

Jogamos aqui com a categoria dos *direitos conexos*, na sua ambigüidade. Também se lhes chama direitos afins ou direitos vizinhos do direito de autor.

A vizinhança viria de estes direitos tutelarem certas prestações que representariam também bens incorpóreos e implicariam a utilização de obras intelectuais; mas não seriam por si criação intelectual geradora de obras literárias ou artísticas.

Basta pensar no que se passa com os *artistas intérpretes ou executantes*. Estes interpretam ou executam obras literárias ou artísticas, mas não criam por si essas obras. O grande pianista revive na sua execução uma obra, não cria uma nova obra ao lado da primeira. Todavia, a execução representa um novo bem intelectual, que reclama proteção.

Por isso surgiu a categoria dos direitos conexos. É uma categoria de cômodo: a própria Convenção de Roma de 1960, que tutela artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, representa um armistício entre essas várias entidades, cujas pretensões se compuseram através de uma tutela internacional simultânea. A Convenção de Genebra veio depois quebrar esse equilíbrio, em benefício dos produtores de fonogramas.

A unidade da categoria é precária, e em rigor não tem sequer valia científica. A Convenção de Roma, embora assente, no que do artista respeita, na figura de quem interpreta ou executa uma obra, admite no seu art. 9.º a extensão da proteção a artistas que não executam obras literárias ou artísticas. No que respeita aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, a independência é logo desde o início total. O fonograma tanto pode conter sons provenientes de uma execução como outros sons (art. 3/b e c); a emissão de radiodifusão é qualquer difusão de sons, ou de imagens e sons, haja ou não utilização de obra intelectual (art. 3/f).

Dada esta vacuidade do conceito, os países podem ir mais ou menos longe, consoante os seus interesses, e criar outros direitos conexos, ou pelo contrário não dar tutela às figuras previstas na Convenção de Roma. Esta Convenção corresponde apenas à situação dos países industrializados, e não oferece interesse para os países em desenvolvimento. Por isso só um número escasso de países a aceitou e entre eles não se encontram países industrializados como a França, por exemplo.

10. Da inovação em matéria de direitos conexos deu-nos um exemplo muito significativo o Brasil, ao criar o *direito de arena*. Assenta este nas

prestações dos atletas, que sabidamente atingem no Brasil um nível muito alto e são por isso objeto de interesse internacional. A lei dos direitos autorais, no seu art. 100, atribui à entidade a quem estiver vinculado o atleta o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entradas pagas (4).

Criou-se assim um novo direito conexo. A propósito, deve dizer-se que no Brasil se utiliza o neologismo, Direito Autoral, para abranger toda a matéria do direito de autor e dos direitos conexos. É uma significação meramente convencional e que não corresponde sequer ao entendimento inicial da expressão. Merece, porém, ser retida, pois nos permite com brevidade designar toda a matéria, até a que se vai desenvolvendo já fora do núcleo tradicional do direito de autor.

Mas mesmo nos países europeus ampliaram o número dos direitos conexos. Assim, a fotografia é, na Alemanha e na Itália, protegida por um direito conexo.

De fato, a fotografia, na normalidade dos casos, não é uma obra artística. Representando mera fixação da realidade exterior, falta-lhe o elemento criativo, que permitiria torná-la objeto do direito de autor. Mesmo assim, pôde-se considerar justificado outorgar-lhe uma tutela menor. Tem-se em vista nomeadamente a utilização com fins lucrativos de instantâneos de acontecimentos de atualidade, em que parece justo fazer participar o autor nos proventos obtidos. Isso consegue-se justamente através da outorga de um direito conexo.

Na Itália, são também direitos conexos os direitos sobre a correspondência epistolar e sobre os retratos.

Vemos assim a grande variabilidade que reina no domínio dos direitos conexos. Esta permite aos países moldarem a sua legislação, consoante os aspectos a que sejam mais sensíveis.

11. Dissemos até que a proteção nos termos dos direitos conexos pode aparecer como tanto ou mais importante que a proteção de obras literárias ou artísticas. É natural nomeadamente que haja países onde a produção de obras literárias e artísticas com circulação internacional seja modesta, mas cujos artistas ganhem projeção internacional. Compreende-se que para esse país a busca de uma tutela internacional dos artistas anteceda a dos próprios autores. Há que contar com o princípio internacional da recipro-

(4) Sobre esta matéria cfr. o nosso *Une innovation de la loi brésilienne — le droit de stade*, na *Revue de l'UER* (Genebra), XXXII, março de 1981, pp. 55 e segs.; *Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena*, (versão portuguesa), separata de *Direito e Justiça*, I, Lisboa, 1980.

cidade, pelo qual os artistas nacionais não poderiam, em normalidade de condições, ser protegidos no estrangeiro se os artistas estrangeiros não alcançassem proteção nesse país.

Mas vamo-nos fixar nas figuras clássicas de direitos conexos, os que tutelam:

- artistas intérpretes ou executantes;
- produtores de fonogramas;
- organismos de radiodifusão.

A Convenção de Roma é um texto demasiadamente ambicioso: a proteção inicial a assegurar pode ser mais modesta. O nosso problema é saber até onde se deve, ao menos numa primeira fase, levar a proteção daquelas entidades. Vamos raciocinar necessariamente em abstrato, valorizando aspectos tendencialmente comuns.

Pensamos que, em relação àquelas três categorias de interessados diretos, há um aspecto comum. Os agentes devem poder defender do mero parasitismo as suas prestações.

12. E a proteção mais relevante é aquela a que tem jus o *artista*. Há aqui um elemento humano, que sobreleva sem dúvida o caráter empresarial das prestações dos produtores de fonogramas ou dos organismos de radiodifusão. É uma mancha da Convenção de Roma ter condicionado a proteção internacional dos artistas à de outras categorias de sujeitos cuja razão de tutela é muito mais técnica.

De que tem então o artista de ser protegido?

Antes de mais, de que seja feita da sua prestação uma utilização diferente da que estava prevista.

Não se compreende que a interpretação de uma peça teatral seja comunicada ao público ou radiodifundida sem consentimento dos artistas. Note-se que pode haver até a tendência para, em nome de um onipotente direito à informação, se pretender essa liberdade de difusão. Mas nem seria necessário, no fundo, um direito conexo para o negar; basta o reconhecimento de um direito ao espetáculo, que nenhuma lei fixa e todavia todos reconhecem, para impedir a apropriação do espetáculo por parte dos órgãos de informação. É um problema para que nos limitamos a acenar, mas que nos parece ser muito significativo.

Regressando, porém, à tutela específica dos artistas, devem estes poder impedir a fixação das suas execuções, que dá permanência ao que por natureza seria meramente fugaz. Se a permitirem, sujeitam-se às utilizações normais das fixações feitas, e nomeadamente à reprodução destas;

mas se o não permitirem, seria abusivo que fossem confrontados com utilizações posteriores, que só são possíveis a partir daquelas fixações não autorizadas.

Resumindo, e sem nos fixarmos no pormenor, podemos dizer que os artistas devem ter direito de impedir a gravação e a comunicação a outros ambientes das suas prestações, sem autorização.

13. Para além disso, há que prever *limitações*. Em vários casos a tutela dos artistas deverá adaptar-se a circunstâncias especiais.

A mais importante é a prevista no art. 19 da própria Convenção de Roma: ela não se aplica quando um artista intérprete ou executante tiver consentido na inclusão da sua execução numa *fixação de imagens, ou de imagens e sons*. Deixa-se assim de parte o cinema, bem como a televisão. A natureza especial destes justifica que o respectivo regime seja deixado para as relações contratuais.

Igualmente importante é a ressalva relativa à *radiodifusão*. O art. 7/2 da Convenção de Roma remete para as legislações nacionais as modalidades de utilização pelos organismos de radiodifusão das fixações feitas para fins de radiodifusão. Convém prevê-las, garantindo uma certa maleabilidade dos organismos de radiodifusão, mas assegurando também a retribuição dos artistas. Foi minha a seguinte proposta, incluída no texto que serviu de anteprojeto ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos portugueses:

“Art. 4.º — Na ausência de acordo em contrário ou de circunstâncias das quais se possa inferir esse acordo, a autorização para radiodifundir uma representação ou execução implica a autorização para a fixação da execução e sua radiodifusão posterior, para a reprodução das fixações realizadas e para a radiodifusão de fixações licitamente realizadas por outros organismos de radiodifusão.

2. O artista terá todavia direito a uma remuneração suplementar sempre que, sem estarem previstas no contrato inicial, forem realizadas:

a) a retransmissão, entendendo-se por tal a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão duma emissão doutro organismo de radiodifusão;

b) uma nova transmissão;

c) a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão.

3. A retransmissão e a nova transmissão dão ao artista o direito de perceber 25% da remuneração primitivamente fixada.

4. Os artistas, intérpretes ou executantes podem estipular diversamente, por via contratual, as suas relações com os organismos da radiodifusão” (5).

Esta proposta transformou-se quase integralmente no art. 179 do atual Código, tendo a remuneração do artista sido, porém, reduzida para 20%.

14. Um último aspecto merece ser ainda acentuado.

A disciplina do direito de autor não é globalmente aplicável aos direitos conexos. Cada faculdade compreendida nestes deve ser individualmente prevista e, se não é prevista, tem de se entender que não é concedida. De fato, a tipicidade não se reporta apenas aos direitos adquiridos, também se verifica no domínio das faculdades autorizadas. As leis apenas costumam estender aos direitos conexos, como direito subsidiário, as disposições sobre os modos de exercício dos direitos de autor (6).

Sendo assim, o que se abrange no chamado *direito moral ou pessoal* do autor não é aplicável aos direitos conexos. O titular do direito conexo desfruta das faculdades pessoais que a lei efetivamente previr.

E é conveniente que a lei as preveja em matéria de direito dos artistas. Por um lado pelo que respeita ao direito ao nome: o artista tem o direito a ser identificado, com as limitações derivadas do bom senso, atendendo às circunstâncias de cada execução. Mas para além disso o artista deve ter, com a mesma justificação que o autor, direito a defender a genuinidade da sua execução, defendendo-a contra utilizações que a desvirtuem nos seus propósitos ou atinjam o artista na sua honra ou na sua reputação.

Repare-se: é um verdadeiro direito moral que assim se concede. Não é o direito de fazer dinheiro, opondo-se arbitrariamente a qualquer modificação. É um direito eticamente fundado, cujo exercício pressupõe, portanto, a demonstrabilidade do dano à personalidade que se busca evitar.

15. Surgem-nos depois os *produtores de fonogramas*, a que se devem assimilar os de *videogramas*. A sua atividade consiste na fixação de sons, ou de imagens e de sons, e na multiplicação de exemplares a partir destes, para efeitos de comercialização.

O produtor de fonogramas ou de videogramas deve ter o direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas. Nada justifica a atividade parasitária que consiste em aproveitar obra alheia para fazer concorrência no próprio terreno da comercialização. O tema está como se sabe na ordem do dia, outorgando-se freqüentemente aos produtores grandes prerrogativas, a exemplo das que se concedem aos autores, para tutela dos seus interesses.

(5) *Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor*, separata da *Rev. da Ordem dos Advogados*, ano 38, 1978 (set./dez.), p. 597.

(6) Cfr. o art. 192 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português.

A Convenção de Roma prevê no art. 12 a possibilidade de o produtor de fonogramas ser remunerado pelas *utilizações indiretas* do fonograma. Assim, um produtor teria direito a um pagamento em consequência da radiodifusão de discos da sua empresa. Mas o art. 16 permite aos Estados signatários excluir a aplicação daquele artigo.

Não encontramos nenhuma justificação para semelhante regra. O fonograma é um produto industrial, e não tem sentido pretender-se uma remuneração suplementar por cada utilização desse produto industrial. Por maior que seja a complexidade e perfeição da técnica fonográfica, o produtor de fonogramas não pode invocar nenhum direito de autor sobre a obra fonográfica (se porventura em obra fonográfica se deve falar): por isso mesmo é um produtor e não um autor. A remuneração por utilizações indiretas poderá adequar-se a países de elevadas rendas, que remuneram fortemente as contribuições industriais. Em países em diferentes situações, e ainda por cima *net importers* de fonogramas, seria uma loucura.

Tampouco se encontra qualquer tipo de justificação para a sujeição da *exportação* do fonograma ou videograma à autorização do produtor; como consta hoje do art. 184/1 do Código português. Todo o bem produzido e lançado no mercado é livremente exportável; assim acontece com o livro, por exemplo, e sempre salvo restrições de ordem pública. É abusivo que num caso particular se estabeleça um condicionamento que esconde apenas o desejo do empresário de obter parasitariamente uma nova renda pelo mesmo produto.

O autor ou o artista não têm de autorizar a exportação, mas tem-no o produtor do fonograma ou videograma. Por quê?

16. Enfim, surgem os *organismos de radiodifusão*. Curiosamente, estes têm a característica de pouco fazerem para serem protegidos. Frequentemente recusam mesmo a proteção, para com isso conseguirem reduzir a proteção atribuída às outras entidades. Sendo os grandes destinatários da cultura de consumo, que é a que maiores problemas suscita no domínio dos direitos conexos, lógico é que se mostrem geralmente receosos das ampliações da proteção.

Todavia, é natural que os organismos de radiodifusão sejam protegidos contra o aproveitamento parasitário das suas emissões. Não se compreendia que uma emissora se estabelecesse num país com a finalidade de retransmitir programas doutras emissoras, que captava em direto, ou radiodifundir programas que previamente gravara para esse fim. Por isso, o conteúdo da proteção a atribuir aos organismos de radiodifusão deve consistir na proteção contra a retransmissão (no sentido técnico de transmissão em cadeia), bem como contra a fixação das suas emissões, o que veda por si a radiodifusão em diferido e as reproduções ulteriores das fixações de emissões já realizadas.

17. Este é, pois, o que pensamos dever ser o conteúdo mínimo de proteção em abstrato justificável. A partir daqui as situações nacionais são decisivas, no que respeita ao âmbito de proteção a estabelecer em definitivo.

Mas mesmo neste domínio, há duas observações fundamentais a fazer.

A primeira, respeita ao âmbito pessoal de proteção.

É natural que um ramo como o Direito Autoral, destinado a disciplinar a criação intelectual e a comunicação subsequente, aspire tendencialmente à universalidade, e proteja nacionais e estrangeiros — sempre com a ressalva fundamental da reciprocidade.

Mas por outro lado é necessário atender à situação de cada país, e à sua capacidade de suportar os custos da proteção. Por isso, uma solução de equilíbrio consiste em estabelecer certos tipos de proteção, de início, *apenas em benefício de entidades nacionais*. Instala-se assim o princípio da tutela, que se poderá ampliar depois gradualmente, através de acordos internacionais bilaterais, à proteção de entidades estrangeiras. As condições nacionais ditarão o momento a partir do qual será possível instaurar a universalidade da proteção.

18. Isto tem já uma certa relação com o problema das *formalidades*. Como há países que as reclamam como condição da proteção, a Convenção de Roma (art. 11) considerou que o símbolo (P), aposto num fonograma, satisfaria todas as formalidades exigidas por um país. Lançou-se assim uma ponte entre os dois sistemas.

A lei portuguesa, protegendo embora atualmente apenas os autores nacionais, importou essa previsão (art. 185), mas transformou-a em condição de proteção de produtores de fonogramas e de videogramas. Trata-se, ao que cremos, de um equívoco. Se a lei portuguesa não impunha formalidades, é absurdo que tenha vindo assim instaurá-las. Aquela regra destinava-se aos países que as prevêem, procurando levá-los a abrandar as suas exigências.

Países como Portugal, que não impõem formalidades, não precisam do símbolo (P) para coisa nenhuma. Bastaria que os interessados, se pretendessem exportar os seus fonogramas para países que condicionem a proteção a formalidades, apusessem aquela indicação ⁽⁷⁾. Entendida à letra a regra é absurda.

(7) Sendo esta a *ratio legis*, há que perguntar se a coima instituída pelo art. 205/2 do Código não deverá recair apenas sobre as situações compreendidas no n.º 2 — portanto, aquelas em que do fonograma ou videograma não consta a identificação do produtor.

É um defeito a evitar. Países como os nossos, que assentam no princípio da isenção de formalidades, devem proteger os fonogramas (e videogramas) que ostentem esse símbolo, tal como os restantes. O mesmo acontece com o símbolo © para o direito de autor, instituído com a mesma finalidade pelas convenções internacionais e que nunca precisou de ser importado pelos nossos países.

19. A outra observação respeita à *duração da proteção*. A Convenção de Roma estabelece uma duração de 20 anos, uniformemente, para cada categoria de interessados.

Aqui, há que ter em conta a grande dependência deste domínio em relação à técnica, que traz a rápida obsolescência de muitos dos suportes em causa. Não tem sentido dar uma proteção de 20 ou mais anos a videogramas nacionais, quando não há videogramas com essa duração criados no país. Por outro lado, com a rapidez das mutações, acabam por se proteger obras de museu; e as obras de museu pertencem à cultura em geral e não devem ser oneradas com direitos exclusivos.

Por isso há que distinguir. As prestações dos artistas intérpretes ou executantes têm a dignidade pessoal que as caracteriza, exprimem a personalidade, pelo que se compreende que, não obstante a efemeridade dos suportes, lhes seja atribuído aquele prazo de proteção, ou até superior. Pelo contrário, os fonogramas e os videogramas, bem como as emissões de radiodifusão, como produtos empresariais, devem ser tutelados apenas por um período mais restrito. O tempo, a técnica e as condições económico-sociais ditarão em cada país o lapso definitivo de proteção.

* * *

Legislar é uma arte.

Toda a arte exige antes de mais a autonomia do artista.

Neste seminário para juristas de língua portuguesa para nada posso apelar com tanta veemência como para a autonomia das soluções a que cada um possa chegar.

Há que rejeitar a facilidade das receitas já prontas e buscar na realidade nacional a resposta de cada país.

E quanto mais autônomos, mais teremos que comunicar uns aos outros.

Porque penso que toda a comunidade a construir entre os países de expressão oficial portuguesa é uma comunidade de autonomias. Quanto mais autônomos formos, mais nos iremos afinal encontrar. O nosso adversário é a inautenticidade.