

Obra sob encomenda

CARLOS ALBERTO BITTAR
Mestre em Direito pela USP

SUMÁRIO

1. Noção
2. Importância
3. A encomenda na História
4. A encomenda no direito comparado
 - 4.1. Na doutrina
 - 4.2. Na legislação
5. A encomenda no direito brasileiro
 - 5.1. No sistema do Código Civil
 - 5.2. No sistema da Lei nº 5.988, de 14-12-73
6. Sistematização da encomenda
 - 6.1. Formas de encomenda: o contrato de encomenda
 - 6.2. Tipos de obras de encomenda e direitos e obrigações das partes
 - 6.3. Nossa contribuição para a definição estrutural do instituto da encomenda

1. Noção

A obra intelectual pode ser produzida por iniciativa de seu criador (escritor, artista, cientista) ou por iniciativa de outrem, que a sugere, solicita, orienta ou dirige, cuidando da respectiva reprodução e da divulgação, quando a tanto se destinar a obra.

Resumo de conferência pronunciada no Ciclo de Estudos sobre Direito de Autor, em 21-11-77, no Sindicato dos Escritores, em São Paulo.

A obra nascida por iniciativa de terceiro, que contrata ou dirige a produção do autor, chama-se obra de encomenda, conforme defendemos em dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, em 19-11-1975, na qual procuramos sistematizar os seus diferentes aspectos, oferecendo também, em introdução, visão global e atualizada sobre o Direito de Autor (Vide: CARLOS ALBERTO BITTAR: *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, n.os 22, 47 e segs.)

2. Importância

A encomenda pode ter por objeto qualquer tipo de obra de engenho: literárias, artísticas ou científicas, *verbi gratia*: comentários, coletâneas, dicionários, enciclopédias, no domínio literário; telas, quadros, bustos, ornamentações, fotografias, produções publicitárias, no domínio artístico; projetos, pesquisas e estudos, no plano científico.

Dai a enorme difusão de obras de encomenda, em diferentes aspectos da atividade diuturna, intelectual e econômica. São obras de encomenda, por exemplo: o texto de novela produzido por um escritor contratado por um produtor de televisão, que lhe traça um plano ou lhe ministra as linhas fundamentais, ou apenas sugere a obra; a fotografia produzida por um profissional para uma agência de propaganda, a fim de integrar determinada campanha; o texto de um programa preparado por um escritor para emissora radiofônica; o texto de uma peça teatral produzida para certa companhia; a composição musical feita por um artista para determinado evento ou feita por um profissional para efeito de publicidade; o texto de um verbete elaborado por um jurista a pedido de editora de enciclopédia; o estudo realizado e escrito por um cientista sob a iniciativa do Estado e outras tantas.

3. A encomenda na História

A História está pontilhada de obras nascidas sob encomenda, muitas das quais definem períodos da evolução da humanidade ou traduzem expressões eloqüentes do gênio criador do homem.

Basta que, a *vol d'oiseau*, lembremos as seguintes: os "Jardins Suspensos da Babilônia"; "o templo de Diana", em Éfeso; o templo de Jerusalém (na Antiguidade); a "Gioconda" (Mona Lisa), a "Santa Ceia" (de Leonardo da Vinci); a cúpula da basílica de São Pedro (de Michelângelo); a série "História Sagrada" (de Rafael) que caracterizou o Renascimento; e, no Brasil, as obras do Aleijadinho, em Ouro Preto, e do Mestre Valentim, no Rio colonial.

4. A encomenda no direito comparado

4.1. Na doutrina

Muito se discutiu, na doutrina e na jurisprudência — principalmente francesa — a respeito da obra de encomenda, tendo sido formuladas diversas teorias para enunciar e explicar a titularidade dos

direitos de autor nesse tipo de obra. Prevalece hoje a orientação geral de que o encomendante adquire, a título derivado, direitos patrimoniais relativos à utilização da obra na forma específica avençada, permanecendo na esfera do autor os direitos morais, com restrições decorrentes da natureza da obra e do grau de participação do comitente na elaboração, à exceção do sistema anglo-norte-americano, em que se atribui o **copyright** originariamente ao comitente (V. nossa dissertação citada: n.ºs 25 e segs.).

Alguns autores referem-se à obra de encomenda e discutem certos aspectos de sua problemática. Dentre eles, podem ser lembrados: **EDUARDO PIOLA CASELLI** (*Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, Ed. Torinese, 1927, 2ª ed., espec., págs. 221 e segs.); **ALFREDO DE GREGORIO** (*Il contratto de edizione*, Roma, Athenaeum, 1913, págs. 130 e 131); **VALERIO DE SANCTIS** (*Contratto di edizione-contratti di rappresentazione e di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 27 e segs.); **PAUL DANIEL GÉRARD** (*Los derechos de autor en la obra cinematográfica*, trad. de MANUEL PARÉS MAICAS, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, págs. 80 e segs.); **PAOLO GRECO** e **PAOLO VERCELLONE** (*I diritti sulle opera dell'ingegno*, Torino, Torinese, 1974, págs. 105 e segs.); **EUGENIO MORDEGLIA** (*El contrato de edición*, Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho, 1929); **OSCAR CAROSONE** (*L'opera dell'ingegno per commissione*, Milano, Giuffrè, 1970 — obra específica) e **ANDRÉ KEREVER** (*Le droit d'auteur en Europe Occidentale*, in "Hommage à Henri Desbois", Paris, Dalloz, 1974, pág. 72).

4.2. Na legislação

A lei tcheca, de 22-12-53, define expressamente o contrato de encomenda como o ajuste em que o autor se compromete a criar para aquele que o tenha encarregado, e mediante uma remuneração, uma obra literária, artística ou científica, e outorga seu consentimento para a utilização da obra, segundo os fins estabelecidos no contrato (art. 27).

A lei italiana, de 22-4-41, fala em obra sob encomenda de empresa ou de instituição sem fim lucrativo (art. 11) e em fotografia sob encomenda (art. 88). As leis inglesa (seção V), norte-americana, de 1976 (§ 101) e canadense (arts. 11 e 12) contêm, também, disposições sobre obras de encomenda, com vínculo de emprego entre comitente e comissário ("works made for hire" — um dos tipos de obra encomendada: esta última fala também em contribuições para coletâneas, enciclopédias e outras obras do gênero, mediante contratação).

5. A encomenda no direito brasileiro

5.1. No sistema do Código Civil

A encomenda é prevista na legislação brasileira, desde o Código Civil, que dizia, referindo-se ao contrato de edição (art. 1.347): "Pelo

mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de uma obra literária, científica, ou artística, em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.”

Em outro texto, enunciando as formas de reprodução que não constituíam violações aos direitos autorais, falava em “retratos ou bustos de encomenda particular” (art. 666, item X).

Comentando a disposição do art. 1.347, informa CLÓVIS BEVILÁQUA que o texto veio do art. 1.569 do Projeto revisto e inspirou-se no Código Civil austríaco (art. 1.170) e no suíço de obrigações (art. 393). Destaca que constitui uma das formas do contrato de edição, acentuando que a obra é feita segundo plano do editor, e existindo, *in casu*, locação de serviços, reservados ao autor a sua remuneração e o direito autoral sobre a sua produção (**Código Civil Comentado**, Rio de Janeiro, F. Bastos, 6ª ed., vol V, pág. 78); é a posição de EUGENIO MORDEGLIA, frente a texto semelhante do direito argentino: ob. cit., pág. 49. Vide também: ORLANDO GOMES: (**Contratos**, Rio, Forense, 1966, pág. 416).

CARVALHO SANTOS também, em face do mesmo artigo, aproxima esse contrato da locação de serviços, assemelhando a edição à compra e venda (**Código Civil Brasileiro interpretado**, Rio, F. Bastos, vol. XVII, pág. 429).

O Prof. SILVIO RODRIGUES considera a encomenda, em face do Código Civil, uma das modalidades previstas para a edição, mas assinala que o contrato de encomenda daquele se difere, pela iniciativa e pelos efeitos. Na edição, a obra é apresentada pronta ao editor, enquanto na encomenda a iniciativa é deste, que contrata o autor para a realização da obra. Exalta a relevância da distinção, dada a natureza peculiar da encomenda, que produz efeitos *sui generis*. E, com remissão a EDUARDO ESPÍNOLA, acentua que, muitas vezes, as partes avençam a transferência de certos direitos ao editor, como a autorização para tradução, inexistindo, para este, obrigação de publicar ou de reproduzi-la novamente, quando esgotada a obra (**Direito Civil — “Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade”**, SP, Max Limonad, 3ª ed., pág. 342).

5.2. No sistema da Lei nº 5.988, de 14-12-73

A lei brasileira de direitos autorais (nº 5.988/73) manteve, *ipsis litteris*, a disposição do art. 1.347 do Código Civil (art. 58, *caput*), mas inseriu-lhe três parágrafos, a respeito de: fixação de prazo para entrega da obra (§ 1º, que repete a norma do art. 1.348 do Código Civil); sobre a não conclusão da obra por falecimento do autor; e sobre publicação em parte (§§ 2º e 3º).

Mas, no capítulo relativo aos direitos patrimoniais, introduz normas especiais sobre encomenda (art. 36 e parágrafos, *verbis*):

“Art. 36 — Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação

de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

§ 1º — O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º — O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.”

Além disso, nas limitações ao direito do autor, ao enumerar as formas de reprodução que não configuram ofensas, referem-se à de “retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda” (Art. 49, I, letra f).

O texto resultou de aproveitamento de emendas oferecidas na discussão do projeto no Congresso, em que a matéria suscitou muitos debates (V. a respeito: EDUARDO J. V. MANSO: *A obra de autor assalariado*, S. Paulo, 1975, págs. 9 e segs.).

6. Sistematização da encomenda

6.1. Formas de encomenda: o contrato específico

Sugere o artigo 36 citado que existem três formas de encomenda: a funcional, a de prestação de serviços e a decorrente de relação de emprego. Mas, em verdade, há também a encomenda pura e simples, ligada a contrato específico de encomenda, como a própria Lei admite (art. 49, I, f) (ex.: encomenda a um pintor, de um retrato, ou a um escultor, de um busto). Nesses casos, o artista é vinculado ao encomendante por um contrato de encomenda, de natureza autoral, sujeito a obrigações específicas e titular de direitos morais, que lhe permitem, inclusive, recusar-se a entregar a obra, se não resultar perfeita, conforme seu entender. Mas, conforme o caso, poderá àquele caber indenização.

Com efeito, nem o contrato de encomenda se restringe às hipóteses enunciadas no art. 36 da lei brasileira — porque envolve também a obra de produção independente do autor e outras: obra dirigida, em colaboração, obra de assalariado (V. nossa dissertação: n.ºs 47 e segs.) — nem se confunde com as figuras contratuais retromencionadas pela doutrina, embora com elas apresente pontos de contato.

No sistema do Código Civil brasileiro, inquestionável é o posicionamento do contrato de encomenda como forma especial da edição, porque inserido, **ab origine**, na disciplina legal daquele instituto (arts. 1.346 e segs.), embora já se vislumbrasse a encomenda pura e simples, para fins particulares (art. 666, X).

Mas, com o advento da lei especial — em cuja discussão o legislador se conscientizou da necessidade de regular a matéria, apercebendo-se de suas múltiplas facetas — já esse negócio jurídico recebe tratamento particular, embora discutível a orientação assumida, que é criticada pela doutrina (Cf. ANTÔNIO CHAVES: “Direito de Autor — obra sob encomenda”, separata da Revista Forense, nº 255, de 1976: tese apresentada em reunião da CISAC, em 11-5-76, Jerusalém; e a Nova lei brasileira de Direito de Autor, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975: comentários ao art. 36).

In fact, a lei refere-se, em particular, à encomenda, nos arts. 36 e 49 (item I, alínea f), além de reproduzir literalmente o texto do art. 1.347 do Código (art. 58). Em face disso e levando-se em consideração a potestatividade do último texto (art. 58 da lei), entendemos que:

a) a lei admite outras formas de encomenda, além das enumeradas no art. 36 (como a de produção independente do autor);

b) o contrato de encomenda não se confunde com o de edição, representando figura especial;

c) pode, no entanto, coexistir com a edição, sentido em que é disciplinado pela lei (Código Civil, art. 1.347, e Lei nº 5.988/73, art. 58);

d) pode, ainda, coexistir com outros contratos, como a cessão de direitos.

6.2. Tipos de obras de encomenda e direitos e obrigações das partes

Com efeito, existem formas outras de encomenda: a encomenda pura e simples, ou de prestação autônoma de serviços, com vários tipos de obras resultantes: obra independente, dirigida ou em colaboração, entre autor e encomendante; a vinculada a contrato de trabalho, com a obra individual de assalariado e a obra coletiva (desenvolvidos na referida dissertação, n.ºs 47 e segs.).

De outro lado, a encomenda coexistirá com a edição, sempre que se referir a obra destinada à reprodução e à divulgação (obras literárias, musicais, cinematográficas etc.), encerrando a licença para publicação, porque a encomenda se destina mesmo a esse fim, ou à cessão, se o autor se obrigar nesse sentido, despojando-se de seus direitos patrimoniais. Mas a encomenda pode não objetivar a divulgação: ao revés, pode visar fim particular (ex.: tela, retrato, busto, escultura etc.), quando então as relações entre as partes se regerão pelo contrato específico (Cf. HENRI DESBOIS: *Le droit d'auteur en France*, Paris, “Manuel de la propriété littéraire et artistique”, Paris, Dalloz, 1966, 12ª ed., pág. 548; ALAIN LE TARNEC: págs. 301 e 302; ANDRÉ KEREVER: ob. cit., pág. 48; EDUARDO J. V. MANSO: “Contratos de direitos autorais”, sep. da Revista dos Tribunais, nº 467, pág. 11).

É o que ocorre, de regra, na contratação autônoma do autor (ex.: encomenda de um retrato a um pintor; de um busto a um escultor; de

música a um compositor, e assim por diante, em que a obra é solicitada para fins particulares ou determinados: para ornamentação, para uso público etc.).

Nesse caso, diferentes tipos de obras podem surgir, em função da participação do encomendante na elaboração da obra. De fato, a ingerência do comitente na definição da obra e em sua consecução pode até alçá-lo à condição de autor ou colaborador, dependendo das circunstâncias. A atuação do autor pode reduzir-se a mera execução mecânica. Nessas hipóteses, o comitente terá os direitos de autor ou de colaborador, mas sempre em relação ao mesmo fundamento, ou seja, a criação, único título originário de atribuição de direitos de autor. Os tipos de obras resultantes são: a obra de produção livre do autor (sem participação do comitente); a obra dirigida (em que há colaboração do comitente ou autoria deste, conforme o grau).

Os direitos e obrigações das partes reger-se-ão pelo contrato específico, obedecidas as normas definidas na lei (retroindicadas: arts. 58, 36, 49 e outros da Lei nº 5.988/73), em especial quanto aos direitos morais do autor.

Mas o autor pode vincular-se ao encomendante através de contrato de trabalho. Dessa situação podem surgir, conforme o caso, a obra individual de autor assalariado e a obra coletiva. Na obra de assalariado, que recebe remuneração para prestar trabalho intelectual, os direitos de autor, no aspecto patrimonial, pertencem à empresa ou empresário que o contrata, mas na forma avençada e normal de produção da empresa. Por exemplo, se se trata de uma editora de livros, a obra pode ser reproduzida pela empresa sob essa forma, cabendo a esta os proventos econômicos, salvo se se convencionar em contrário. Não pode, pois, a empresa utilizar a obra sob outra forma, sem autorização e remuneração específica ao autor. Nem pode empresa de televisão reproduzir e alienar novela produzida por autor assalariado, sem pagarlhe direitos autorais, e assim por diante. Já na obra coletiva, em que se não individualizam as contribuições particulares de cada autor, os direitos autorais pertencem à empresa que a dirige (exs.: enciclopédia, dicionário, compêndio e outras). Mas também em virtude do fenômeno da criação a pessoa jurídica é considerada autora, em função de sua posição, por idealizar e levar a termo, através de seus colaboradores, a obra.

Os direitos e obrigações das partes reger-se-ão pelo contrato de trabalho, pelas leis trabalhistas (quanto à prestação do serviço) e pelas normas e princípios especiais de Direito de Autor (quanto à obra produzida), em particular os relativos aos direitos morais de autor.

6.3. Nossa contribuição para a definição estrutural do instituto da encomenda

Com base nos estudos e pesquisas realizados para a apresentação de nossa mencionada dissertação (nº 43), deduzimos, por vez primeira na doutrina, os elementos informativos da estrutura desse complexo ne-

gócio jurídico que é a encomenda (alguns dos quais enunciados, mas não sistematicamente, pelos doutrinadores — V. autores e obras citadas — e, mesmo, em disposições legais).

A encomenda apresenta características próprias, definidas, que lhe conferem feição particular dentre os tipos de contratos existentes. São seus elementos estruturais, dentre outros, os seguintes (embora alguns subsistam, aqui e ali em outros contratos):

- a) a iniciativa pertence sempre ao encomendante, que contrata o autor, podendo aquele ser empresário ou particular;
- b) o objeto — sempre obra intelectual — pode constituir obra destinada à utilização econômica ou a uso particular ou de terceiro;
- c) na consecução da obra, pode existir plena liberdade do autor ou ingerência do comitente, em diferentes graus, gerando as diferentes espécies de obras indicadas, distintas entre si, e sujeitas a regimes jurídicos próprios;
- d) daí ou o encomendante apenas sugere a obra, ou traça plano inicial para o autor; ou então, nele trabalha ou colabora, não se limitando à simples solicitação ou indicação;
- e) a remuneração é elemento necessário à encomenda em geral, podendo, porém, o autor obrigar-se a título gratuito;
- f) devem, de regra, ser respeitados os direitos morais do autor, que podem, conforme o caso, obstar a publicação da obra (direito de inédito), conferir a sua participação na mais-valia obtida na alienação posterior da obra de arte, ou de manuscritos originais (lei brasileira: arts. 25, 28, 39, 52, parágrafo único — direito de seqüela, no caso), além de outros;
- g) o vínculo jurídico entre as partes pode variar, conforme as circunstâncias, compreendendo, desde a prestação autônoma de serviços até o contrato de trabalho — com as características próprias de direção, subordinação e continuidade dos serviços — e os efeitos próprios de cada posicionamento;
- h) o descumprimento de obrigações contratuais apresenta consequências diversas, conforme a hipótese: assim, o mesmo direito moral do autor possibilita a este a recusa de entrega da obra; mas, no caso de obra de assalariado, o direito de inédito sofre restrições, não podendo o empregado opor-se à publicação da obra que a empresa especializada lhe encomendou e, assim por diante, cogitando-se, inclusive, conforme o caso de reparação de prejuízos.

Dessa forma, para a definição do *typus* e a resolução de questões que se ofereçam, com a especificação dos direitos das partes, deverão ser examinados os contratos e estudadas as circunstâncias do caso concreto.