

Contrafação pelo próprio autor¹

HUGO NIGRO MAZZILLI
Promotor Público

SUMÁRIO: 1 — O contrato de edição e o direito do autor. 2 — O direito de exclusividade. 3 — Posição do autor. 4 — O prazo e a rescisão. 5 — A violação da exclusividade. 6 — Conclusões.

1 — Com exceção do aspecto moral de paternidade, é possível a cessão em geral dos direitos de autor, quer em termos completos, quer parcialmente, através do contrato de licença. Além das obrigações acessórias, o contrato de edição acarretará para o cedente a cessão propriamente do direito de representação, difusão, com as prestações cabíveis para seu exercitamento (como entrega do manuscrito, correção das provas).

O compromisso assumido pelo editor de reprodução e difusão da obra, ao mesmo tempo, vem a constituir-se em sua garantia, em seu direito exclusivo. É justamente a exclusividade sobre a utilização (reprodução e difusão) da obra que atrairá o capital do editor, fazendo-o assumir os riscos da edição. É tão importante esse direito, que, quando falte, com propriedade nem mesmo se poderá falar em contrato de edição.

Com a criação da obra, o autor adquire uma série de direitos. O intuito não é de se proteger o autor, mas precipuamente a própria obra. Muitos dos direitos que cabem ao autor podem ser cedidos: partindo de um direito de utilização exclusiva, pleno, - com a cessão nascerá outro direito, restrito, gerado (A. de Gregório - *Il contratto di edizione*). Este segundo direito é distinto do primeiro: com rigor não se poderá dizer que houve “transmissão” de um direito. O que ocorre, como lembra Fadda, é a constituição de um novo direito, subordinado ao primeiro. Não se transmite o próprio direito, mas uma derivação deste: é o direito de edição.

2 — O direito de exclusividade é a própria alma do contrato de edição. Não se compreenderia amor à cultura. Na falta de sua transmissão, será anormal o contrato de edição. Se o autor não se obrigasse a não publicar com outro editor aquela mesma obra já entregue em primeiro contrato de edição — não caberia falar em gozo exclusivo por parte do editor, surgindo daí um clima semelhante à concorrência desleal.

1. Primeiro artigo jurídico publicado pelo autor, quando era ainda estudante quintanista, na Revista *Pandectas Acadêmicas*, vol. II, Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972; depois, o artigo foi republicado no jornal *Diário do Comércio e Indústria*, edição de 20-08-1975, e, enfim, na Revista *Justitia*, 90/115, 1975, do Ministério Público do Estado de S. Paulo, quando o autor já era membro do *parquet* paulista. Note-se que os dispositivos legais citados são aqueles que estavam em vigor na época (1972), feitas apenas as atualizações necessárias quando da republicação (1973).

Em tese, o contrato de edição significa a proibição formal e genérica de publicação de outra obra que possa diminuir o aproveitamento da primeira, cedida ao primeiro editor. Tendo-se em vista que “o contrato de edição compreende a obra como ela é, no momento da formação do contrato” (Antão de Moraes, *Revista dos Tribunais*, 332/194) chega-se à conclusão de que o entendimento dessa proibição deve ser restrito. Diante da flagrante oposição que freqüentemente ocorre entre os interesses dos contratantes, na dúvida é de considerar-se que o autor se conservou o direito de publicar quaisquer obras posteriores. Por isso é conveniente que os contratos contenham cláusula expressa sobre o assunto, como esta: “o autor se obriga a não publicar trabalho análogo, que possa fazer concorrência ou prejudicar a venda da obra objeto do presente contrato”. Cláusulas semelhantes são úteis, mas merecem também interpretação estreita, mesmo porque não vêm esmagar as dúvidas: estas inevitavelmente surgirão quando se for determinar o alcance da expressão “trabalho análogo”. Além disso, não é qualquer dano que é violação do contrato: caso contrário não se poderia publicar mais nada sem se temer atingir de algum modo a vendagem ou a própria obra anterior. A proibição genérica prevalece, entendida em termos de razoável diminuição do valor comercial ou da vendagem da primeira obra. Não sendo a segunda delas tratamento substancialmente novo, quando aparecer aos olhos do comprador como equivalente ou preferível à primeira, não guardando cunho distintivo que elida a confusão — é de se entender mantida a proibição. Caso contrário, mesmo que trate do mesmo tema, a restrição não alcançará o segundo trabalho, sob pena de se comprometer toda a produção do autor, que se veria preso à lupa meticulosa do primeiro editor.

3 — A obrigação do autor de respeitar a exclusividade concedida decorre do próprio contrato de edição e deve ser cumprida integralmente, com as decorrências expressas ou implícitas e com a necessária boa-fé. Poderá, entretanto, sem violação do contrato, autorizar a tradução, a adaptação, a redução, publicar outra obra sobre o mesmo assunto, desde que não seja mero decalque da primeira, dirigindo-se aos mesmos compradores.

O autor conserva sobre a obra cedida em primeira edição o direito de modificá-la: esse atributo moral tem que lhe ser reconhecido (artigo 71 da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973). Publicada a obra, reconhecendo-lhe o autor defeitos, ficará diante de um dilema: respeitar o contrato às últimas conseqüências ou sacrificar o direito do editor, para aperfeiçoar a obra. O interesse de aperfeiçoamento, conquanto nobre, deve estar em harmonia com o do editor em utilizar a publicação na forma do contrato. Mesmo porque nada impede que o autor, em artigo à parte, modifique a sua posição — devendo, contudo, aguardar a próxima edição para as alterações cabíveis. A retirada de circulação da obra, com indenização, geralmente é inviável.

Estabelecida a exclusividade, o autor deve abster-se de publicar a obra nova ou fazer nova edição da primeira, antes que a edição cedida fique esgotada. Quando não ocorrer de fato o esgotamento da edição, quando por si sós a nenhuma ou mínima vendagem não satisfaçam como critério, este deve ser com flexibilidade atribuído ao prudente arbítrio

da boa-fé dos contratantes e do bom-senso do intérprete. Complica-se o problema com a generalização das vendas em consignação: se o momento da venda se torna difícil de fixar e o editor busca aproveitar-se dessa dificuldade para retardar o momento em que o autor deve reassumir a livre disposição da obra — o certo será admitir, com A. Gregório, para os efeitos das suas relações com o autor, como já vendidas as obras entregues em consignação.

A posição do autor perante o editor não é de terceiro, evidentemente. Os terceiros, não tendo nenhum laço com a obra, devem abster-se da publicação mesmo no caso em que no contrato se eliminasse a exclusividade.

No momento, porém, da violação do contrato, o autor, embora não se equipare cabalmente ao terceiro, não deixa de ter posição análoga. A equiparação não é completa, pois o autor sempre terá o vínculo moral, que o diferencia de todos, e o favorece, ao se interpretar a proibição restritivamente, em seu favor. Dessa interpretação restritiva não se beneficia o terceiro; essa é a diferença entre ambos. Não pode, entretanto, alegar o autor a interpretação restritiva para violar abertamente o direito concedido. Nesse ponto, até com mais gravidade, é que se equipara ao terceiro.

4 — O autor somente poderá contratar com outro editor depois da rescisão do primeiro contrato, cujo efeito (*ex nunc*) não atinge, obviamente, as tiragens anteriores à mesma.

O advento do termo, quando fixado, encerra a vigência do contrato, independentemente de qualquer iniciativa das partes. Sendo, porém, o contrato de duração indeterminada, alguns problemas se apresentam. Se o regime for, expressa ou tacitamente, de tiragem automática, de acordo com as exigências do mercado, ou se o regime for de edições determinadas, a denúncia do contrato será necessária para pôr termo ao mesmo, com a cientificação da parte contrária por notificação. Nos contratos de duração indeterminada, de execução continuada, a fim de que o vínculo não se prolongue indefinidamente, a rescisão contratual deve ser facultada a qualquer das partes. Nem se conceberia outra solução, pois, caso contrário, teríamos “não um contrato de edição, mas uma verdadeira cessão de direitos autorais, o que não é de se presumir” (Antônio Chaves, *Revista dos Tribunais*, 413/44). Sob pena de se proibir ao autor o próprio direito de modificar a obra, a presunção a admitir é a de simples contrato de edição e não de venda da propriedade literária. Foi convincente o referido mestre ao afirmar que a notificação necessária, longe de exigir a forma judicial, se perfaz pela simples cientificação da parte contrária, por qualquer meio inequívoco e idôneo (uma carta, por exemplo).

Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não pode o autor dispor da obra (artigo 69 da Lei n. 5.988). Frequentemente o editor procura retardar o termo resolutivo com o fim de aproveitar a edição que mantém em estoque, à espera de comercialização mais vantajosa num momento posterior (por exemplo, o início de outro ano letivo, para uma obra didática). Por isso, a falta de prazo estipulado deve ser remediada

com a boa-fé de ambas as partes, mesmo porque outras situações delicadas advirão da venda em consignação, da determinação do número de cópias já tiradas, etc.

Com relação às cláusulas que comprometem as obras futuras, tem-se reconhecido sua validade desde que o prazo não ultrapasse cinco anos, considerando-se que mais seria escravizar a criação intelectual (artigo 54 da Lei n. 5.988).

5 — É possível que o próprio autor viole o contrato que concluiu com o primeiro editor: não obstante tenha cedido cabalmente o direito de exclusividade, poderá acontecer que o autor procure outro editor e lhe entregue para publicação a mesma obra ou outra equivalente. A jurisprudência tem apontado hipóteses em que o próprio autor viola o direito de exclusividade. Com a tendência de se proteger essencialmente a obra, como criação intelectual que assume vida própria com relação ao autor, — pode ser necessário protegê-la mesmo contra o próprio autor. Assim é possível que este venha a ser o contrafator da própria obra. Se um músico, por exemplo, cede a uma gravadora o direito de edição e distribuição exclusiva de sua composição, somente poderá compor outra música, sobre o mesmo tema, mesmo que diminuindo a vendagem da primeira edição, se variar suficientemente na expressão (fazendo uma orquestração, *v. g.*), caso contrário estaria injustamente lesando o primeiro cessionário.

Havendo violação pelo próprio autor do direito de exclusividade, cabe ao primeiro editor a apreensão dos exemplares reproduzidos com fraude, considerando-se neste caso o autor como contraventor da própria obra. Não procede absolutamente a alegação de que os altos interesses da cultura, as novas técnicas, etc., por si sós justificariam a segunda edição, mais perfeita, mais completa. Há um contrato, e o segundo editor também deve responder pela sua precipitação em publicar algo que era indisponível. A obrigação é de não fazer, tipicamente, cabendo ação cominatória contra o autor e o segundo editor (artigos 287 e 644 do Código de Processo Civil). Se a tiragem, porém, foi levada a efeito, em flagrante desrespeito aos direitos do primeiro editor, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina, sustentamos, pois, que a busca e apreensão é cabível, já que não se limita à titularidade do autor (artigo 69, parágrafo único da Lei n. 5.988). Aqui o autor, antes de merecer os benefícios da posição que a paternidade lhe traz, merece maior reprovação, pois freqüentemente será mais recriminável seu comportamento, tendo partido de quem, além de desrespeitar a lei, desrespeita um contrato que ele próprio estipulou.

Pode acontecer que muitas vezes as linhas contratuais fiquem numa penumbra, graças à equivocidade do comportamento de parte a parte: assim, com a denúncia unilateral do contrato, havendo ainda vultoso estoque a comercializar, com os efeitos residuais pós-contratuais — muitas obrigações possibilitarão atitudes discutíveis, onde é comum faltar o dolo, necessário para a caracterização do crime de contrafação. As partes exigirão em juízo prestação de contas, indenizações, ligando responsabilidades — e nem sempre se poderá atribuir razão a somente uma delas. Não só o autor não deve levemente se entregar à publicação de novas obras, nem deve a primeira editora desmerecer posteriormente a escolha

que o autor fez, ao confiar-lhe a tarefa da divulgação de sua obra.

6 — É possível, assim, formular algumas conclusões.

O direito de edição é direito acessório, derivado do direito de utilização da obra pelo autor.

A exclusividade concedida pelo autor ao primeiro editor é essencial ao contrato de edição. Consiste na proibição genérica ao autor de publicar outras obras que possam diminuir o aproveitamento da primeira, já cedida ao primeiro editor.

Não há violação à exclusividade em autorizar a tradução, a adaptação ou a redução da obra. Mas se a segunda obra, entregue a outro editor, aparecer ao comprador como equivalente ou preferível à primeira, não guardando cunho distintivo e provocando razoável diminuição do valor comercial e da vendagem da primeira obra — estará violada a exclusividade do primeiro editor.

O autor tem direito de modificar a obra entregue em primeiro contrato de edição. Se isso, porém, causar prejuízo ao primeiro editor, deve indenizá-lo.

O advento do termo encerra a vigência do contrato; mas se o prazo for indeterminado, será preciso denunciar o contrato, ainda que extrajudicialmente.

Com a tendência de se proteger precipuamente a obra, como criação intelectual que assume vida própria com relação ao autor, — pode ser necessário protegê-la contra o próprio autor. Cabe, nesse caso, ao primeiro editor, ação cominatória contra o autor e contra o segundo editor, e apreensão dos exemplares eventualmente já produzidos com fraude.