

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1990

ANO 27 • NÚMERO 107

Os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre obras intelectuais criadas ou interpretadas sob o regime de prestação de serviços *

JOSÉ CARLOS COSTA NETTO

Advogado especializado em direitos de autor e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Foi presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral (Ministério da Cultura) entre 1979 e 1983

A. *Introdução ao tema*

1. A questão da titularidade e do exercício dos direitos de autor e os que lhes são conexos na relação de trabalho adquire crescente importância à medida em que — com o ágil desenvolvimento dos veículos de comunicação de massa — proliferam empresas e conglomerados de empresas com atuação nessa área.

2. É o caso, por exemplo, das grandes editoras — que publicam em grandes tiragens livros, revistas etc. —, as grandes empresas jornalísticas, as redes de rádio e televisão, produtoras fonográficas, cinematográficas e videofonográficas e outras, com suas diversas ramificações de distribuição nacional e internacional, de produção industrial e atividades comerciais próprias à especificidade da natureza de cada produto cultural.

3. Assim, os autores e demais titulares de “direitos autorais”, que é a denominação utilizada na legislação brasileira para abranger tanto os direitos de autor quanto aqueles que lhes são conexos, necessitam se relacionar contratualmente com tais empresas para publicação, difusão e exploração de suas respectivas obras.

4. A questão que se impõe na presente exposição, portanto, é a seguinte: Como é, ou como deve ser esse relacionamento contratual? Os direitos autorais permaneceriam nas mãos do titular originário (que é o autor, intérprete etc.)? Ou, ao contrário, seriam transferidos para a órbita de titularidade dessas empresas?

(*) Exposição realizada em 21-6-89, no Seminário de Direitos Autorais da Secretaria de Estado da Cultura — S. Paulo.

5. O objetivo desta exposição é, assim, trazer esse assunto à discussão nos seus principais aspectos.

B. As diversas modalidades de relacionamento entre os autores e intérpretes e as empresas usuárias de obras intelectuais

6. A relação do titular originário de direitos de autor e conexos com tais empresas poderá se realizar, principalmente, de três formas:

1.^o) de forma desvinculada, sem qualquer participação do usuário na elaboração da obra (mais comum aos autores do que aos intérpretes) onde o titular, mediante certas condições de aproveitamento da obra e remuneração, autoriza a utilização de sua obra sem qualquer cessão ou transferência de direito (por exemplo, o compositor de determinada obra musical autoriza sua utilização em determinado programa de televisão);

2.^o) sob o regime de prestação de serviços, sem vínculo empregatício — quando o usuário encomenda e remunera o autor para criação de uma obra que será utilizada por aquele (por exemplo, uma agência de publicidade encomenda a determinado autor um filme ou uma música, ou uma fotografia sobre determinado tema, e remunera-o para tanto);

3.^o) sob o regime de prestação de serviços com vínculo empregatício — quando o usuário contrata empregado para as funções de criação ou interpretação de obra intelectual (por exemplo, um jornalista é contratado, sob regime de emprego, para redação de matérias de sua especialidade, ou um autor é contratado, com vínculo empregatício, por uma emissora de televisão para atuar em determinada novela).

7. Poderíamos, até, encontrar outras modalidades de relação entre o titular originário do direito e o usuário de suas obras, mas, a partir dessas, podemos encaminhar a análise jurídica do tema proposto.

C. O fundamento básico da proteção legal do autor e do intérprete

8. Na trilha da orientação das convenções internacionais, nosso diploma constitucional — tanto o anterior como o texto atualmente em vigor — prevê caber ao autor o direito exclusivo de utilização de suas obras.

9. Em complementação, embora a Constituição Federal vigente não especifique textualmente a proteção dos titulares dos direitos conexos aos de autor (que são, principalmente, os intérpretes de obras intelectuais), trouxe relevante contribuição na defesa dessa modalidade de direito, uma vez que, em seu art. 5.^o, inciso XXVIII, protege a imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

10. Esses fundamentos constitucionais se adequam com os princípios gerais da legislação vigente, mormente o diploma que regula os direitos autorais em nosso País, qual seja, a Lei n.^o 5.988, de 14-12-1973, que

estabelece ser o autor titular dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu, que cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização, no todo ou em parte, que depende de autorização do autor qualquer forma de utilização de sua obra, depende de autorização do intérprete o direito de utilizar sua interpretação e outros princípios básicos.

11. Portanto, cabe, agora, examinar quais as restrições — se é que existem — podem sofrer a titularidade ou o exercício desses “direitos exclusivos” na relação de prestação de serviços, com ou sem vínculo empregatício.

D. *A primeira hipótese em discussão — a criação de obras intelectuais sob o regime de prestação de serviços sem vínculo empregatício*

12. O exemplo que mencionei representa os contornos práticos necessários ao estudo do assunto: sofreriam alguma restrição os direitos autorais do diretor cinematográfico, do compositor ou do fotógrafo em benefício à agência de publicidade (ou produtora intermediária) que encomendasse aquele filme, música ou fotografia sobre determinado tema — ou em relação a algum produto — remunerando-o para esse efeito?

13. Além dos eminentes juristas Antonio Chaves e Fabio Maria de Mattia, o especialista que com grande amplitude estudou essa questão foi, sem dúvida, CARLOS ALBERTO BITTAR, com sua obra *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda* (Editora Revista dos Tribunais, SP, 1987):

“Da observação da experiência jurídica e dos textos, verificamos que a encomenda pode sujeitar-se a regimes jurídicos diferentes, conforme a espécie da obra, à natureza do vínculo existente entre as partes e o seu grau de participação na execução da obra.

Dois sistemas gerais distinguimos na regência das relações entre o comitente e o comissário: o do direito comum, em que os contratantes se vinculam segundo o princípio da autonomia da vontade, e o do direito trabalhista ou administrativo, em que laços laborais ou funcionais unem as partes, observados sempre os princípios e normas do direito de autor aplicáveis quanto às obras daí resultantes. Sob este prisma, a encomenda pode, pois, estar ligada à prestação de serviço em geral ou à relação de emprego ou função.” (Obra citada, p. 117.)

14. A lei brasileira de direitos autorais prevê em um único dispositivo (art. 36) essas duas situações, estabelecendo que “se a obra for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos de autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral”.

15. Esse “exercício comum” de direitos de autor — princípio crítico frente ao categórico mandamento constitucional que prevê a exclusividade de direitos ao autor da obra — nunca foi regulado, o que traz, no campo de aplicação prática, sérias dúvidas.

16. Em primeiro lugar, deve-se registrar, naturalmente, que o entendimento dessa orientação legal deve se limitar aos direitos patrimoniais (econômicos) de exploração da obra e não à titularidade dos direitos morais de autor (indissociáveis da pessoa de seu autor e inalienáveis e irrenunciáveis por imperativo legal).

17. Em segundo lugar, entendo que o “exercício comum” de direitos de autor como restrição à exclusividade constitucional consagrada ao autor da obra, somente poderá ser considerada na hipótese, referida por BITTAR, de que haja uma participação efetiva e relevante do comitente na execução da obra, interagindo diretamente em sua criação. Em caso contrário, o interesse econômico comum entre autor e usuário não poderá resultar em enfraquecimento da sólida tutela constitucional da exclusividade de direitos atribuída ao autor.

18. Ainda relacionada ao tema aqui discutido, há falha de maior gravidade na lei brasileira de direitos autorais. Trata-se do seu art. 15, incluído no capítulo referente à autoria das obras intelectuais. Preceitua tal esdrúxulo dispositivo legal que caberá à empresa organizadora a autoria de obra coletiva. Significa atribuir indevidamente à pessoa jurídica um direito essencial à pessoa humana, uma ramificação dos denominados “direitos da personalidade”, atribuição esta totalmente inaceitável, no meu entender, adotando a linha dos grandes juristas que se debruçaram sobre o assunto, como é o caso de ANTONIO CHAVES.

19. A mesma observação pode ser consignada em relação ao disposto no art. 5.º da Lei n.º 7.646, de 18-12-87, diploma que dispôs sobre “a proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País”. Com efeito, prevê aquele dispositivo legal, a exemplo do criticado art. 15 da Lei n.º 5.988/73, que, “salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador ou contratante dos serviços os direitos relativos a programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, servidor ou contratado de serviços seja prevista ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos contratados”.

20. A esse respeito, considera, com indiscutível precisão, ANTONIO CHAVES, em sua obra *Software Brasileiro sem Mistério* (Julex Livros, Campinas/SP, 1.ª edição, 1988, p. 97), que “ainda quando a obra se realize às expensas e graças à organização de uma empresa, a criatividade, expressada numa obra, não pode ser relacionada a não ser a uma pessoa física, ou a um grupo de pessoas”.

21. Em relação a esse tema, a nova Carta Magna trouxe outro enfoque legislativo à questão, no inciso XXVIII do seu art. 5.º, que admite a existência do conceito "obra coletiva", mas não atribui a sua autoria à empresa que a organizou. Ao contrário, garante o texto constitucional expressamente a proteção às participações individuais em obras coletivas.

22. Essa visão constitucional invalida, conseqüentemente, o extravagante posicionamento adotado pela lei de direitos autorais de 73, e, também, pela Lei n.º 7.646/87, mandamento que não só protege o titular originário de direitos de autor como o de direitos conexos.

23. A partir dessas considerações, voltemos à questão inicial: sofreriam alguma restrição os direitos autorais do diretor cinematográfico, do compositor ou do fotógrafo em benefício à agência de publicidade (ou produtora intermediária) que encomendassem aquele filme, música ou fotografia?

24. Acredito ser negativa a resposta. Deve-se examinar, aqui, apenas os aspectos econômicos da questão. É natural que se o autor e intérprete contratou com o comitente determinada remuneração, o valor desta deverá ser cumprido por ambas as partes: o autor não poderá pretender mais do que cobrou e o comitente não poderá pagar menos do que contratou. Mas não há qualquer implicação de cessão de direitos. A utilização, portanto, da obra ou interpretação, pelo comitente, se limitará ao tempo e condições autorizadas — previamente e por escrito — pelos respectivos titulares originários, que, assim, não sofrem qualquer restrição quanto à titularidade e quanto ao exercício dos seus direitos exclusivos consagrados constitucionalmente. De qualquer forma, mesmo atendendo-se à noção de que poderia haver uma autorização implícita do titular, esta somente pode ser entendida a título temporário e limitada ao objetivo imediato da encomenda, no campo restrito das atividades diretas do comitente, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 5.988/73 que estabelece a interpretação restritiva aos negócios jurídicos sobre direitos autorais.

E. *A segunda hipótese em discussão — a criação ou interpretação de obras intelectuais sob o regime de prestação de serviços com vínculo empregatício*

25. Os exemplos a que me referi neste item são os da relação do jornalista com a empresa jornalística (que é uma hipótese de direitos de autor) e do ator em relação à emissora de televisão (que é o caso de direitos conexos aos de autor).

26. Ainda segundo considera BITTAR na obra referida:

"A obra de engenho pode, ainda, ser produzida em virtude ou no curso de contrato de trabalho ou de relação funcional, em que o autor recebe remuneração exatamente para esse fim, vinculando-se à direção do comitente. Tem-se, então, a obra de assalariado e a de funcionário público.

Nesse tipo de obra, o autor é vinculado ao comitente por subordinação hierárquica, os serviços são prestados com o caráter de continuidade e, em função de sua atividade, percebe a remuneração prevista no contrato ou própria da função que exerce.” (Obra citada, p. 139.)

27. A primeira conclusão que se impõe é a de que a simples subordinação hierárquica, o caráter de continuidade ou mesmo o recebimento de salário não interferem na criação intelectual e, por isso, não propiciam titularidade originária de direitos de autor ou conexos ao empregador.

28. Na verdade, os princípios expostos em relação à prestação de serviços de forma autônoma vão se aplicar, também, àqueles realizados sob o regime de emprego. A diferença principal se reduz, no meu entender, além do aspecto hierárquico próprio a qualquer relação do emprego, na característica da disponibilidade, no atendimento de determinados horários para atendimento das funções de responsabilidade do empregado.

29. Portanto, o fato de o autor ou intérprete ter que se sujeitar à tarefa de criar ou atuar dentro de determinado horário e sob certas condições funcionais não subtrai sua autoria ou titularidade originária de sua interpretação. O empregador não é o autor ou intérprete e, assim, não pode ser detentor de direitos de autor ou conexos, a não ser que, o que somente pode ocorrer em casos excepcionais, atue diretamente nessa criação ou interpretação, dirigindo-a e colaborando efetivamente na sua elaboração para atingimento dos objetivos desejados à obra intelectual em questão.

30. Assim, não existindo essa participação criativa direta do empregador na realização da obra ou interpretação, o único aspecto que deve ser discutido refere-se à forma de exercício dos direitos patrimoniais ou econômicos decorrentes dessa atividade laboral.

31. A esse respeito, analisando o tema sob o enfoque da produção jornalística, leciona MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS em sua obra *O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica* (Editora Revista dos Tribunais, SP, 1981):

“Portanto, no que se refere aos escritos não assinados veiculados por publicações periódicas, a lei atribui ao editor a titularidade exclusiva dos direitos de exploração econômica, quer tenham os mesmos sido criados em cumprimento a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, quer tenham sido cedidos por autor não enquadrado em nenhuma dessas hipóteses; entende a lei que, mediante o recebimento de sua remuneração, cedeu o autor todos os direitos pecuniários sobre o trabalho destinado à divulgação sob forma anônima.

Quanto aos trabalhos assinados, cumpre fazer uma distinção: de um lado, temos aqueles produzidos sob contrato de trabalho ou de prestação de serviços, e, de outro lado, aqueles objeto de

cessão por seu autor. No primeiro caso, a titularidade dos direitos patrimoniais de autor rege-se pela disciplina geral estabelecida pela lei no art. 36: atribui-se a ambas as partes, de conformidade com o que for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral. No segundo caso, a matéria rege-se pelo parágrafo único do art. 92, segundo o qual a cessão de artigos assinados produz efeitos apenas durante vinte dias. Assim sendo, prevê a lei que a publicação de artigo assinado em publicação periódica não implica em cessão de todos os direitos pecuniários do autor, como já salientava Carvalho Santos ao examinar dispositivo similar no Código Civil, isto é, o parágrafo único do art. 659." (Obra citada, pp. 111/112.)

32. Portanto, não há que se falar em atribuição de titularidade originária ou autoria ao empregador, mas somente em direito de exploração econômica que, nos casos de obras que puderem ser objeto de individualização no contexto da obra coletiva, deverá ser sempre limitada a determinado período e restrita ao objeto imediato próprio à natureza da atividade do empregador.

33. Na área publicitária, inclusive, há precedente jurisprudencial importante. Trata-se do acórdão proferido pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo em 19-3-86 na Apelação Cível n.º 42.969-1 que julgou procedente — em parte — ação ordinária movida pelo cartunista Wilson José Peron contra a agência de publicidade Alcântara Machado Periscinoto Comunicações e Gillete do Brasil.

34. A demanda referia-se, entre outros itens, à questão da titularidade originária (autoria) do personagem de ilustração "Pacheco-Camisa 12 da Seleção Brasileira de Futebol". Se, por um lado, o cartunista "Peron" reivindicava — através da ação judicial que promoveu para esse efeito — a autoria exclusiva do personagem e os direitos morais de autor correspondentes, por outro lado, a agência de publicidade contestava a pretensão, alegando ser o "Pacheco" obra coletiva, realizada, sob sua organização, por uma "equipe" de profissionais publicitários sujeitos a regime de emprego. Conseqüentemente pretendia a referida agência a autoria da obra, com base no referido art. 15 da Lei n.º 5.988/73.

35. O egrégio Tribunal paulista, no entanto, através do brilhante voto do Desembargador Kazuo Watanabe, fulminou as pretensões da agência empregadora, constituindo o v. acórdão, com votação unânime dos Desembargadores Rebouças de Carvalho e Nelson Hanada, orientação jurisprudencial precursora, uma vez que ainda não vigorava o novo diploma constitucional que, somente em 1988, consagrou no direito positivo pátrio a proteção às participações individuais em obras coletivas (art. 5.º, XXVIII). Nesse sentido, concluiu, de forma irretocável, o aresto:

"O autor era empregado da ré Alcântara Machado, Periscinoto Comunicações Ltda. (fl. 392), e nessa condição participou da elaboração da campanha publicitária encomendada pela ré

Gillete do Brasil & Cia. A campanha tinha por objeto a promoção dos produtos dessa ré no Mundialito de 1980 (v. fl. 295) e também da Copa de 1982. A idéia-base da campanha fora fornecida pela própria cliente e girava em torno de um torcedor de futebol fanático. A equipe da empresa publicitária era formada, em sua primeira linha, pelo autor, que desempenhava a função de diretor de arte; Heitor Carillo, que cuidava da letra e música do *jingle* (somente passou a atuar posteriormente ao Mundialito do Uruguai — fls. 662/662v.), e Fábio Santoro, que se incumbia dos trabalhos de redação.

Entendeu o digno magistrado que “a paternidade dos desenhos, no puro conceito de criatividade artística, não se mostra consoante, da mesma maneira, com a atividade de desenhista de Wilson José Peron, pelo menos neste caso, eis que seu engenho e arte foram antes de tudo colocados a serviço de Alcântara Machado, Periscinoto & Comunicações Ltda., preponderando o indissociável aspecto da relação empregatícia...” (fls. 735/736).

Não se afigura correta a conclusão. Primeiro, é necessário deixar ressaltado que o fato de alguém estar vinculado a uma relação empregatícia não inviabiliza “um momento de estar consigo mesmo ... como circunstância de um verdadeiro ato de criatividade artística expressado de forma desinteressada para perene contemplação”, como deixou anotado o ilustre Juiz. Os estímulos resultantes das exigências do serviço podem dar nascimento a verdadeiras obras intelectuais, nada tendo a ver a obra com a natureza do vínculo jurídico existente entre o preposto e o preponente.”

36. Finalmente, em relação à exploração econômica dos direitos conexos de autor, é correta a utilização das mesmas regras básicas.

37. No caso de intérpretes (atores, dubladores etc.) e artistas aplica-se ainda a legislação que regulamentou a profissão, que proíbe expressamente a cessão de direitos no cumprimento de suas funções e determina que a remuneração respectiva seja devida em relação a cada utilização da interpretação. Trata-se do art. 13 e seu parágrafo único da Lei n.º 6.533, de 24-5-78.

38. Embora levantada a suposta inconstitucionalidade desse dispositivo legal, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque, acompanhado à unanimidade, foi pela confirmação da sua efetiva constitucionalidade (Representação n.º 1.031-7, DF, Tribunal Pleno do STF, conforme acórdão publicado integralmente na JSTF, 32/50), consagrando, em definitivo, essa importante evolução jurídica da proteção ao titular originário de direitos autorais (nesse caso, direitos conexos aos de autor), orientação que prevalece mesmo após a promulgação da nova Carta Magna.