

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO - ANO 1981 NÚMERO 70

Direito de autor na obra fotográfica

CARLOS ALBERTO BITTAR
Doutor em Direito pela USP

SUMARIO

I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES GERAIS

- 1 — Conceito
- 2 — Breve histórico
- 3 — Natureza
- 4 — Disciplina legal: internacional e nacional
- 5 — Atributos: direitos morais e patrimoniais

II — DIREITO DE AUTOR NA OBRA FOTOGRAFICA

- 6 — Obras protegidas pelo direito de autor
- 7 — A obra fotográfica como obra protegida, nos planos internacional e nacional
- 8 — Condições da proteção da obra fotográfica
- 9 — Direitos autorais dos fotógrafos: direitos morais e patrimoniais. A instrumentação jurídica da atividade; a situação dos profissionais autônomos e a dos assalariados
- 10 — Limites aos direitos dos fotógrafos e das empresas do setor
- 11 — Reflexões conclusivas

Conferência proferida em 27-8-1980, no V Congresso Brasileiro de Empresas Fotográficas, realizado em São Paulo.

1 — De grande atualidade e de enorme importância é o tema que nos foi confiado nesse conclave, o qual versamos com base no roteiro que previamente oferecemos aos participantes.

Partindo de um conceito do direito de autor, cabe-nos acentuar que, de acordo com a noção que temos adotado em nossas preleções, esse direito é o ramo da ciência jurídica que se destina a proteger os criadores de obras intelectuais dos domínios literário, artístico e científico. Tem, portanto, como objetivo, amparar os autores de obras de engenho, de caráter literário, artístico ou científico.

2 — Em breve evolução histórica, podemos assinalar que o direito de autor nasceu, legislativamente, junto ao reconhecimento das liberdades humanas — hoje denominadas liberdades públicas — pois foi reconhecido à época da Revolução Francesa, e, a partir de uma evolução que vem desde o direito romano, nos primórdios da civilização.

Com efeito, no direito romano já se identificava a preocupação de proteger-se o criador intelectual. Conforme alguns textos citados em nosso trabalho, **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda** (SP, RT, 1977), os romanos reconheciam o direito do autor de uma tela, embora, contraditoriamente, quanto ao escrito, defendessem posição contrária: a de que, se a pessoa escrevesse um texto sobre pergaminho alheio, o texto a este aderiria, pertencendo, portanto, ao proprietário do pergaminho. Tratava-se, ainda, pois, de concepção incipiente, isto é, se de um lado se reconhecia para o artista (o pintor) o direito, já não se reconhecia esse mesmo direito para o intelectual ou para o literato se utilizasse pergaminho alheio.

Tendo em vista a descoberta da imprensa e a proliferação da edição de obras do domínio literário e, também, de obras teatrais, surgiu a preocupação de proteger-se esses textos. Interessante notar que foi graças aos editores que se conseguiu uma primeira manifestação de reconhecimento de um direito sobre as criações intelectuais. Foi assim, então, que surgiu o chamado privilégio, que era concedido aos editores quanto às obras que produziam, ou seja, o direito de autor surgiu como um reconhecimento ao direito do editor, como um privilégio que se lhe concedia e que era submetido, previamente, ao Conselho do Rei e aprovado depois pelo monarca. O direito representava, em verdade, primeiro, um privilégio, segundo concessão real, que poderia, ou não, no caso concreto efetivar-se.

Com o progresso das artes, da literatura e da própria cultura, essa situação haveria de modificar-se e, realmente, isso aconteceu; com a Revolução Francesa e amadurecido o pensamento jurídico, procurou-se firmar um direito ao autor, direito esse aliás, que, na própria França, começou a manifestar-se, ainda ao tempo dos privilégios e graças, principalmente, à atuação dos advogados franceses, que procuravam mostrar que o privilégio não deveria ser concedido ao editor, mas sim ao autor, ao criador da obra, ou seja, àquele que a trazia a lume. Graças, portanto, a essas

posições, e já à época da Revolução Francesa, foram promulgadas 2 (duas) leis (em 1793), reconhecendo o direito dos autores de escritos, obras teatrais, obras musicais, desenhos e outras produções intelectuais.

Estava, portanto, consagrado, no direito positivo, o denominado direito de autor. A partir dessa colocação, o direito de autor veio a introduzir-se em todo o direito moderno, passando a receber reconhecimento, inclusive, a nível constitucional em alguns países e ingressando, mais tarde, também, em uma disciplina internacional, de sorte que hoje é reconhecido no plano internacional e interno e, neste, tanto no plano constitucional, como no plano do chamado direito privado.

3 — Passando à análise de sua natureza, temos a acentuar que o direito de autor representa um direito especial — e esse foi um dos pontos que acentuamos em nossa referida tese — pois apresenta conotações tão específicas que chama para si uma disciplinação própria, isto é, constitui um ramo autônomo do direito, com princípios, com normas e com características próprias.

Ora, quais são, então, essas características, que acabam por distinguir o direito de autor?

As características fundamentais do direito de autor e que lhe emprestam o tom de autonomia que vimos defendendo são as seguintes:

- a) a obra é uma manifestação do espírito do autor;
- b) existe o que se chama de aderência ativa, isto é, a obra fica como que praticamente presa ao autor por toda a sua vida, e isso hoje é reconhecido inclusive no plano legislativo, através do chamado direito moral;
- c) uma certa limitação no tempo, isso inclusive em função de um outro princípio, que tem sido oposto ao direito de autor, que é o do interesse da coletividade em conhecer a obra. Daí por que, ao contrário do direito da propriedade, o direito de autor é um direito limitado no tempo, isto é, enquanto a propriedade é um direito perpétuo, até que a pessoa aliene ou a transmita, o direito de autor é, em princípio, quanto ao seu aspecto patrimonial, limitado no tempo.

Essas características, somadas a outras, imprimem ao direito de autor uma conotação singular, de sorte que é regulado por leis especiais, que escapam do âmbito das leis gerais; daí por que, então, defendemos a posição — que é hoje admitida universalmente — de que o direito de autor se constitui num direito especial, portanto, sujeito a princípios e a normas próprias.

4 — No plano legislativo, o direito de autor é disciplinado a nível internacional e nacional e, dentro do âmbito nacional, nas posições que já acentuamos.

No plano internacional, a principal normatização se encontra na chamada Convenção de Berna, isto é, na União Internacional para proteção da propriedade artística, científica e literária, como é chamada até hoje. Essa União resultou de um concurso de esforços feitos por vários Estados que, em 1886, promulgaram o seu texto original, que, aliás, é fundamental quanto à posição que vamos mais tarde expor quanto aos direitos dos fotógrafos.

A partir da Convenção que se reuniu em Berna em 1886 — daí por que é ainda conhecida como União de Berna, embora venha sofrendo revisões periódicas e exatamente para aperfeiçoamento de seu texto — é que se chegou à disciplinação internacional nessa matéria, em que se procura proteger os direitos de autor, no relacionamento interestatal ou internacional. Assim, por exemplo, reconhece-se o direito de um autor nacional quanto à reprodução de sua obra no exterior e, vice-versa, confere-se proteção a autores estrangeiros dentro do território brasileiro, e assim por diante.

A convenção sofreu — como dissemos — várias revisões, a última das quais se deu em Paris, em 1971, para sua adaptação à evolução tecnológica. A seu lado, existe, ainda, no plano internacional, outro sistema que se consubstancia na chamada União de Genebra que foi efetivada em 1952, inspirada por princípios do direito anglo-norte-americano, desde que os EUA foram o principal interessado nesse outro mecanismo. O Brasil aderiu aos dois, mas inscreve-se no plano filosófico, estrutural e orgânico, no âmbito da Convenção de Berna, em que se protege primordialmente o autor, enquanto que, no sistema de Genebra, se protege mais a obra, a saber, enquanto o primeiro sistema é subjetivo, o segundo é objetivo.

5 — Quais são os atributos do direito de autor?

O direito de autor apresenta atributos de caráter moral e patrimonial, que constituem mais um elemento indicativo de sua conformação especial. Os atributos de caráter moral se destinam a proteger o criador em relação à sua obra. Representam um conjunto de direitos que se conferem ao autor para a proteção do liame indestrutível que o liga à sua obra, como: o direito à paternidade, isto é, o direito de ter o seu nome incluído na obra e respeitado nessa obra; o direito de inédito, ou seja, o direito de publicar ou não a obra; o direito de arrependimento, ou seja, o direito de retirar a obra de circulação; o direito de modificação, isto é, o direito de alterar a obra, quando lhe aprouver, e assim por diante. São, portanto, os direitos chamados “morais”, direitos que representam um vínculo do autor com sua obra.

Ao lado dos direitos morais, o direito de autor compreende, ainda, direitos de caráter patrimonial. São direitos que se reconhecem ao autor quanto aos diferentes processos de utilização de sua obra. Cada processo de utilização da obra gera um direito correspondente, dando ao autor a

possibilidade de receber, em cada qual, a remuneração específica. Assim, por exemplo, o direito de edição; nesse direito, temos que separar o direito de edição cinematográfica, o de edição gráfica, o de edição fotográfica etc. Assim, uma mesma obra pode gerar direitos em vários tipos de utilização; por exemplo, um texto pode gerar direitos quanto à utilização como novela, como filme, como texto escrito e assim por diante. Uma obra fotográfica, por exemplo, pode gerar direitos quanto à fotografia em si, quanto à sua reprodução, quanto à sua inclusão em obra literária e assim por diante.

Então, cada direito, ou cada utilização, representa uma remuneração para o autor; daí por que o princípio fundamental nessa matéria é o da obrigatoriedade de autorização do autor, em cada utilização: isto é, nenhuma obra pode ser reproduzida, nenhuma obra pode ser representada, sem autorização expressa, prévia e explícita do autor. Esse é o princípio fundamental: autorização do autor para qualquer processo de utilização econômica.

6 — Ora, firmados esses pressupostos necessários para o entendimento do objeto precípuo da palestra, cabe-nos indagar: quais são os direitos de autor no campo da fotografia?

De início, cumpre-nos acentuar que, tanto a legislação internacional, como a legislação interna dos países civilizados têm editado textos exemplificativos de obras protegidas pelo direito de autor, isto é, tanto as convenções internacionais, como as leis internas não fecham a questão, não indicando textualmente todas as produções suscetíveis de amparo, exatamente porque, à medida em que evoluem as técnicas e o pensamento humano, novas formas de criação são ideadas e novos processos de utilização são criados, dando origem a novos direitos para o autor. Daí por que, inteligentemente, os convencionais, em 1886, adotaram um texto exemplificativo, a partir do qual todas as leis que contemplam obras protegidas pelo direito de autor contêm enumerações exemplificativas, isto é, indicam algumas obras que são amparadas, sem esgotar o elenco de obras suscetíveis de proteção, terminando com cláusulas gerais, em que se prevêem outras criações de engenho.

Ora, que elemento provocou essa colocação?

Foi exatamente a obra fotográfica, que, em virtude disso, representa para o direito de autor uma extraordinária posição: graças precisamente ao direito reconhecido à obra fotográfica é que os convencionais de Berna adotaram a referida orientação, que tem permitido a proteção dos criadores intelectuais, em processos novos de utilização de obras que vêm sendo engendrados.

Com efeito, em 1886, quando se editou a 1ª Convenção, a obra fotográfica estava apenas criada e razoavelmente aperfeiçoada, mas sem chegar à relevante posição de que ora desfruta; não havia ainda os diferentes

processos de comunicação eletrônica ora existentes. Mas, como se prevendo isso e para proteger os criadores, nesses campos, a partir da discussão travada quanto à fotografia — processo de comunicação de importância maior à época — os convencionais assumiram a posição assinalada. As discussões foram enormes: correntes defendiam a necessidade de incluir-se a fotografia dentre as obras protegidas; outras se inclinavam por orientação contrária, girando-se os debates em torno da definição de sua condição: se constitui ou não obra de arte, exatamente porque os convencionais já haviam adotado a diretriz de que protegidas pelo direito de autor deveriam ser as obras literárias, artísticas e científicas.

Aperceberam-se logo de que, ao lado do processo técnico, havia conotações de arte na fotografia, mas, em face das discussões, os convencionais chegaram às conclusões expostas: fizeram um texto exemplificativo, dizendo protegidas as obras até então conhecidas e incluíram expressão genérica para abranger outras produções intelectuais dos referidos domínios. Vale dizer: deixaram aberta a possibilidade de inclusão de novas criações intelectuais, e mais, no protocolo final assinado com a Convenção, reconheceram, no seu art. 1º, que a obra fotográfica deveria ser protegida pela legislação nacional, porque ainda pairava certa dúvida, para alguns países, quanto à sua natureza, pois o processo estava praticamente em seu estágio inicial de reconhecimento.

A orientação que ora prevalece é a seguinte: as obras amparadas pelo direito de autor, em face da evolução ocorrida, são as obras de cunho estético, isto é, as obras que se destinam a sensibilizar o homem. Dentro dessa diretriz — que, aliás, tivemos a oportunidade de acentuar em nossa tese de doutoramento, "Direito de autor na obra publicitária" —, o caráter estético é que identifica a criação intelectual protegida pelo direito de autor.

7 — Nesse sentido, cabe-nos, então, responder a essas indagações: a obra fotográfica tem, ou não, caráter estético? Inclui-se, ou não, dentre as obras protegidas?

Para tanto, cumpre-nos frisar que a 1ª Convenção assumiu a posição de, no art. 1º do protocolo final, incluir um texto especial, deixando a cada país, que considerasse a obra fotográfica como obra artística, a fixação de sua protegibilidade nesse campo. Vale dizer: os convencionais deixaram que cada país, em sua legislação e desde que reconhecesse o caráter artístico da obra fotográfica, protegesse essa forma de criação intelectual. Mas logo depois se verificou um enorme progresso na técnica da fotografia — que, em parêntesis, vamos mostrar — que fez com que a obra fotográfica fosse, em seguida, incorporada ao texto da Convenção como obra amparada pelo direito de autor.

Com efeito, conforme consta, o processo de evolução da fotografia — embora para muitos o brasileiro HÉRCULES FLORENCE seja o precursor,

em 1833 — começa com o francês NIEPCE, em 1815, que conseguiu produzir fotografia, chamada gravura pela luz, baseado na utilização de propriedades do carvão negro, para impressionar película tornada quimicamente sensível, graças a um processo posto em prática por WEDGWOOD.

Com fulcro, então, nos trabalhos de NIEPCE, depois aperfeiçoados por ele próprio e DAGUERRE — isso já por volta de 1839 — a fotografia tornou-se possível, vindo a transformar-se em um dos mais importantes processos de reprodução.

Foi aprovada, inclusive, por proposta de ARAGO, conforme relata RENE GOURIOU — referido em nossa bibliografia — moção de elogio, na Academia de Ciências da França, aos citados cientistas, pela criação da fotografia, inserida em seus anais no ano de 1839; e o Rei FILIPE baixou decreto que, em face da importância do processo, tornava do Estado a propriedade da invenção.

Mais tarde, em 1850, BLANQUART-EVRARD conseguiu aperfeiçoar mais esse processo, utilizando, então, pela primeira vez, a imprensa fotográfica, produzindo álbum de viagem por impressão, em Lille, na França. Mais tarde ainda, FOX TALBOT obteve gravura direta de imagem fotográfica sobre metal, chamada fotogravura, por volta de 1870. Desse modo, quando se fez a primeira Convenção, a fotografia caminhava para o seu pleno aperfeiçoamento e para uma utilização mais ampla.

Mas, voltando às Convenções, já a 2ª adotava a fotografia como obra protegida, na revisão de Paris, em 1896, cujo art. 2º — que definiu as obras abrangidas em seu contexto — passou a contemplar as obras fotográficas e as obtidas por processos análogos. Assim, a partir daí, essas obras passaram a gozar, no plano internacional, da proteção do direito de autor.

Ora, todos os países do mundo adotam, praticamente, o mesmo sistema da Convenção de Berna, ou seja, o de enumerar exemplificativamente um rol de obras amparadas. Assim também a lei brasileira (Lei nº 5.988/73), em seu art. 6º — que expressamente insere as obras fotográficas — enuncia as criações intelectuais abrangidas em seu contexto. Desse modo, no direito brasileiro atual não há qualquer dúvida a respeito: a obra fotográfica se encontra incluída no circuito protetor do direito de autor.

Assim, a lei francesa, de 11-3-57, ampara as obras fotográficas, mas impõe como condição a existência de caráter artístico ou documental (art. 3º).

A lei italiana, de 22-4-41, que contém capítulo especial sobre as obras fotográficas (arts. 87 e segs.), exclui da proteção as fotografias de escritos, documentos, objetos materiais, desde que de caráter puramente técnico (art. 87); atribui ao fotógrafo o direito (art. 88); considera como cessão do direito a entrega do negativo ou meio análogo de reprodução (art. 89);

exige a indicação do nome do autor e do ano da foto (art. 90) e, por fim, estabelece prazo para a exclusividade, de vinte anos (art. 92) para as obras em geral e de quarenta anos para as reproduções.

A lei alemã, de 9-9-65, inclui, no rol das protegidas, as obras fotográficas (art. 2º); disciplina os direitos do fotógrafo e do retratado (art. 60) e determina a aplicação, a essas obras, das normas existentes para as demais criações (art. 72).

A lei portuguesa (decreto de 27-3-27) insere também a obra fotográfica no rol das protegidas (art. 2º).

Nesse *iter*, aliás, encontram-se as legislações de praticamente todos os países civilizados.

No Brasil, a primeira lei de direito de autor, de 1-8-1898, cuidava também da fotografia no referido rol. No Código Civil, adotou-se a fórmula geral de indicar-se obras artísticas, literárias e científicas como obras incluídas no contexto do que denominava "propriedade literária, artística e científica" (art. 649), permitindo-se a reprodução de retrato ou busto de encomenda pelo próprio encomendante (art. 666, inciso X).

Na lei atual, Lei nº 5.988, de 14-12-73, está expressamente prevista a obra fotográfica (inciso VII do art. 6º), mas desde que, pelas condições de escolha do objeto e da execução, se possa aferir o caráter artístico. Permite-se a sua utilização, nas condições em que se traça, devendo ser indicado o nome do autor, respeitada a sua textura e obtida a autorização do titular para a reprodução (art. 82 e parágrafos).

8 — Como se verifica, a lei brasileira, a exemplo de outras leis, principalmente a francesa, adota uma posição restritiva quanto à proteção, isto é, não é qualquer fotografia que se encontra amparada pelo direito de autor. A lei impõe certas limitações, ao considerar protegida a obra que tenha caráter artístico ou documental, então, para gozar das prerrogativas legais, a obra fotográfica tem que apresentar cunho artístico ou documental e assim será conceituada, de acordo com as condições de escolha do objeto e com as condições de sua execução, nos termos do art. 8º da Lei nº 5.988/73.

Dessa forma, a lei impõe balizas à protegibilidade da fotografia, isto é, não é qualquer obra que merece o amparo, mas aquela que, pela escolha do objeto e pelas condições de execução, possa ser considerada obra artística ou documental (científica).

Essa norma que, como dissemos, reproduz textos de outras legislações, tem sido veementemente criticada pelos autores, máxime na França, porque acaba por incluir restrições que não existem para outras obras intelectuais. Com efeito, não há tais condicionamentos para as obras musicais ou literárias, em que, ao revés, o princípio básico é o da proteção independentemente do mérito ou do destino da obra.

As discussões que se travam, na doutrina, põem em relevo exatamente a inaceitabilidade desses limites, ou seja, questiona-se o porquê da imposição de balizas para as obras fotográficas, quando, para as literárias, por exemplo, inexistem limitações, protegendo-se, em princípio, qualquer texto, sem qualquer consideração quanto à qualidade?

Dizem os autores que subordinar o reconhecimento do direito à condição artística importa em criar uma possibilidade de exame de mérito, que não deve prevalecer para qualquer obra intelectual. Por outras palavras, não se deve conferir ao julgador qualquer elemento que importe em análise do mérito da obra; ao revés, a obra deve ser protegida, qualquer que seja o seu merecimento, isto é, desde que se trate de obra literária, artística ou científica, seja ela meritória ou não deve ser amparada.

A discussão põe em realce o aspecto subjetivo dessa colocação, pois, se se deixa ao examinador a possibilidade de dizer se a obra é, ou não, artística, para efeito de proteção, instala-se a subjetividade na apreciação. Assim, poderá, por exemplo, num debate em um Tribunal, determinado juiz considerar que a obra "x" tem caráter artístico e, portanto, merecedora de proteção será, enquanto que outro a não verá como tal, julgando que, pela escolha do objeto e pela condição da execução, a obra não alcança esse nível. Vale dizer: cria-se a possibilidade de soluções diversas para a mesma obra, gerando, portanto, imperfeições na aplicação da lei ao caso concreto, quando, na verdade, toda e qualquer obra deveria ser amparada como criação intelectual, desde que apresentasse um mínimo de originalidade, que é, aliás, o requisito fundamental exigido para as demais obras literárias, artísticas e científicas.

Em conclusão, qualquer obra fotográfica, portanto, que ofereça condições de originalidade deve ser protegida pelo diretor de autor, a exemplo do que acontece com as demais obras. No entanto, a nossa lei contém a referida restrição, imposta também, como assinalamos, em outras legislações.

O objetivo do legislador foi o de amparar exatamente as fotografias artísticas, isto é, como o direito de autor alberga as obras literárias, artísticas e científicas, quis ele dar o amparo à fotografia que fosse de caráter artístico ou literário. Quis, pois, afastar as criações fotográficas que não fossem nem obra artística, nem científica, pela ausência de caráter artístico ou documental. E a discussão continua na doutrina: assim, GOURIOU, já citado, diz, quanto ao caráter artístico, que várias dificuldades têm surgido na prática, e a primeira é a seguinte: como se pode saber se a escolha do objeto identifica, ou não, uma obra intelectual? Ou, que objeto é suscetível de proteção? Ou, em que condições essa escolha representa a eleição de obra artística? Por exemplo, um cenário, uma paisagem, um auditório, um lustre, qual será então o objeto? Quais elementos devem entrar nessa análise, para que se possa saber que a escolha se refere a obra artística?

Outra dificuldade é quanto à pose ou colocação do objeto: o objeto colocado em um determinado ângulo será artístico e, se colocado em outro, dei-

ará de sê-lo? Por exemplo, fotografias de caráter documental, que procuram imprimir, para a posteridade, obras científicas, se apresentarem certa colocação, serão científicas e, se forem de outra textura, não o serão?

Assim, uma série de dificuldades surge, em função do referido texto. Outro problema: qual ângulo representa uma criação artística? Por exemplo, em fotografia científica, tomado determinado objeto, colocado sobre a mesa e sob certo efeito de luz, fotografado em determinada posição, a criação resultante será obra amparada? E, se esse mesmo objeto for colocado em outra posição, não o será? Ou continuará a sê-lo? Vejam, portanto, que resta sempre uma eiva de subjetividade, que acaba transferindo para quem está julgando a definição do caráter artístico, ou não, da obra.

Outra dificuldade ainda é a seguinte: o trabalho de retoque na obra representa algum valor nesse debate? Por exemplo, quantas pessoas são fotografadas e as fotos depois retocadas? Há inclusive pessoas que, por sua vaidade, gostam que sejam realmente retocadas as fotografias, antes de sua divulgação. O fato do retoque imprime caráter artístico, ou tira o caráter artístico da fotografia, ou aprimora esse caráter? Vejam, pois, que as dificuldades se sucedem na prática, trazendo para o intérprete uma infindável série de problemas, em face do texto em análise...

Quanto ao caráter documental, são postas ainda outras discussões: o critério da profissão define o caráter da obra? Vejam bem: quanto a um cientista, também fotógrafo, a obra por ele produzida, em face de sua condição, é científica? É documental? Mas, e o fotógrafo que seja simplesmente fotógrafo, ou o que tenha o curso específico, ou a preparação profissional própria, se produzir obra nesse campo, será ela protegida, ou não? Vale dizer: o fato de a pessoa estar diplomada pelo curso respectivo imprime à obra caráter científico, ou documental, ou mesmo artístico?

Outro problema: a vontade de criar determinada obra influi na discussão? Ou seja, se se identificar que a pessoa teve a intenção de criar uma obra artística, isso conferirá caráter artístico à produção? E mais: como saber se o fotógrafo, ao produzir a obra, quis criar obra artística, ou simplesmente fotográfica, sem qualquer conotação artística?

Assim, pois, vários e infindáveis problemas existem na prática; daí por que a doutrina tem defendido a posição de que se deve proteger toda e qualquer obra, desde que haja um mínimo de originalidade, e mais, a tendência hoje — como tivemos a oportunidade de mostrar em nossa tese de doutoramento, que, aliás, em breve será publicada pela Editora Revista dos Tribunais, **Direito de Autor na Obra Publicitária**, em que analisamos, em sua primeira parte, as obras protegidas — de que até obras técnicas, como o programa de computador, têm sido consideradas amparadas pelo direito de autor, na jurisprudência, como na Itália, em que tem sido defendida a criação feita por meio de sinais de computação e por outros processos eminentemente técnicos, quando, em verdade, prevalece, nesse passo, a tese

de que, inserida no âmbito do direito de autor é a obra que apresenta cunho estético, como aliás, já acentuamos. Assim, pois, a orientação prevalente é a de que se deve proteger toda e qualquer obra original, de cunho intelectual, nas áreas definidas.

Não é, no entanto — devemos reafirmar — a posição de nossa lei, que permite a análise em cada caso, abrindo ao julgador a possibilidade de exame das condições.

9 — Ora, quais são os direitos do fotógrafo?

Em face das premissas expostas, o fotógrafo é titular de direitos morais e patrimoniais de autor, quando realiza obra artística ou científica.

Os direitos morais do fotógrafo são os seguintes: a) *direito ao nome*, isto é, o fotógrafo tem o direito de ver incluído o seu nome em qualquer forma de utilização da obra; assim, por ex., se o fotógrafo é empregado de uma empresa e nela produz determinada fotografia, o seu nome deve ser estampado junto com a publicação (crédito). Esse é um direito de natureza moral, inalienável e imprescritível, por sua própria condição; b) outro direito moral, também inalienável, é o direito à integridade da obra: a fotografia tem de ser publicada em sua íntegra, não podendo haver maculação ou modificação em seu contexto, nem composição sobre a fotografia, sem a expressa autorização do autor, seja ou não empregado da empresa encomendante, pois o fato de ser empregado não lhe retira qualquer dos direitos que a lei lhe assegura, como defendemos em nosso livro **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, já citado. Assim, a fotografia tem de ser reproduzida tal como concebida; não se pode deixar de colocar o nome do autor, nem modificar a composição. Aliás, em alguns casos discutidos nos tribunais, composições feitas sobre obra original, sem autorização do autor, têm-lhe dado direito a indenização, que se calcula em função da forma de utilização!

Que outros direitos mais tem o autor? Além dos citados, os de arrependimento, de inédito, de modificação. Mas o de inédito fica, por exemplo, prejudicado, quando o fotógrafo é empregado de empresa e a foto produzida em razão de sua condição: nesse caso, não pode recusar ele a publicação da foto, se para tanto elaborada, podendo, no entanto, exigir a inserção de seu nome e o respeito à integridade da obra, gozando, ademais, de todos os direitos patrimoniais compatíveis.

Direitos patrimoniais são direitos que o autor tem em qualquer processo de utilização da obra, para receber a remuneração correspondente. Assim, se o fotógrafo é empregado de uma empresa e produz fotografia para determinada revista e esta é inserida na citada revista, perfeitamente amparada pelo salário pago se acha a empresa. Mas, se a foto é cedida para outra utilização, fora do âmbito contratual, terá ele direito à remuneração respectiva. Assim, se a empresa insere a obra em outra revista ou em outro meio de

comunicação, tem o empregado direito autônomo sobre a nova inserção, isto é, o salário pago não é suscetível de cobrir o direito de autor em outras reproduções ou utilizações, embora, infelizmente, existam casos na prática em que a empresa utiliza a obra para todo um sistema de inserções (geralmente acobertada por cessão de direitos do empregado-autor). Com efeito, se o empregado produz fotografia para a empresa "x", somente esta poderá usar a obra; se a foto for utilizada por outra, mesmo de um complexo empresarial, terá ele direito autoral específico sobre essa outra utilização, seja empregado ou autônomo. Vale dizer: o autor tem direito específico sobre qualquer utilização, por qualquer pessoa ou empresa, de uma fotografia; por exemplo, se, publicada em uma revista, for utilizada em outra, fará jus à remuneração autoral, salvo se ceder seus direitos (uma das formas de cessão é a entrega do negativo, mas é interessante que as empresas celebrem contrato de cessão de direitos com seus empregados ou autônomos, para evitar discussões posteriores, ou contratos específicos outros, em função de cada situação).

Mas, que contratos são esses?

Os contratos de direitos autorais estão definidos na prática e inclusive analisados em nossos dois citados trabalhos: os principais são os de encomenda de obra intelectual e de cessão de direitos autorais, o primeiro utilizado quando a empresa deixa ao autor os seus direitos morais e patrimoniais intactos; o segundo, quando quer utilizar, em caráter mais amplo, esses direitos, assumindo-os todos e desvinculando-os, pois, do autor. Então, o fotógrafo pode ceder seus direitos, mas a empresa deve pagar-lhe a remuneração correspondente.

Ora, à falta de instrumentação específica, pode o interessado reclamar direito a indenização, em caso de utilização não autorizada, a qual se calcula em função do veículo empregado; por ex., houve um caso em que duas lesões ocorreram: a primeira, quanto à pessoa, aliás, exótica, fotografada na rua sem sua autorização e depois utilizada em agenda de uma empresa, sem que soubesse; a segunda, porque a fotografia foi utilizada sem a autorização do fotógrafo, conforme consta. Tem-se, então, nesse caso, duas violações, e a indenização é calculada sobre o valor da verba publicitária aplicada, conforme tem decidido a jurisprudência. Nessa hipótese, que trazemos à colação para mostrar a importância da matéria, evidencia-se a necessidade de respeitar-se também os direitos do fotografado, além dos do fotógrafo...

Mas, os contratos, que cumpre firmar à empresa, são o de encomenda, se o fotógrafo preserva os direitos autorais, e o de cessão, quando os transfere, total ou parcialmente, para a empresa, com a exata e precisa definição dos direitos cedidos e respectivas aplicações objetivadas, dentro do complexo de direitos patrimoniais que o autor possui.

Aos fotógrafos cabem — como dizíamos — todos os direitos que aos demais criadores são reconhecidos, morais e patrimoniais, e que devem ser

respeitados, mesmo que empregados. Frise-se: o pagamento de salário não esgota os direitos autorais do fotógrafo, como, ademais, o pagamento de salário não exaure os direitos de qualquer criador intelectual. Assim, por exemplo, se empregado de empresa de televisão produz uma novela e esta é utilizada por outra empresa, àquele cabem os direitos correspondentes a esse novo aproveitamento. Outro ex.: a empresa "x" produz a novela, transmite-a e, depois, vende-a a terceira; nesse caso, ao autor cabem também os direitos autorais. Mas isso não ocorre se a empresa utiliza a obra no fim específico — é claro, se contrata o empregado para produzir fotografias e para usá-las em determinada revista — pois tem o direito de aproveitá-la na forma da convenção com o autor, que recebe remuneração exatamente para esse fim!... Agora, a partir do momento em que a empresa utiliza a obra na revista "y", terá que pagar remuneração à parte, se isso não estiver previsto no contrato. Por quê? Porque o contrato é, salvo acordo em contrário, para a finalidade específica da empresa. Com efeito, se outra empresa, ou outra revista, usar a foto para outro fim, terá que ser pago o direito do autor, a menos que exista cessão de direitos, e que essa cessão se faça dentro da instrumentação jurídica própria e das condições impostas pela lei (Lei nº 5.988/73: arts. 52 e segs.).

Os contratos que temos analisado, na prática, não obedecem, de regra, às prescrições legais e, portanto, deixam sem guarida as empresas; são, à generalidade, contratos ou documentos sem qualquer especificação dos direitos compreendidos, e sem qualquer respeito às exigências legais de ordem substancial e de ordem formal. Muitas vezes constituem simples "recibos de autorização", sem foros de juridicidade, problema esse que se torna gravíssimo quando se trata de agência de publicidade, em que a despreocupação é, infelizmente, a tônica!... Com efeito, fizemos exaustiva pesquisa no campo da publicidade e verificamos que a instrumentação jurídica da atividade está completamente inadequada e, mesmo, contrária à lei. Existem certos "recibos de autorização", em que a empresa utiliza imagem de terceiro e, depois, sem pagar-lhe a remuneração devida, cede-a a terceira, criando problemas para todas as entidades envolvidas, inclusive o anunciante... Surgem depois os pedidos de indenização, com as conseqüências desagradáveis para os interessados! Então, atentem bem para isso: a utilização de fotografia — assim como de qualquer obra intelectual — deve obedecer a contratos próprios, com todos os requisitos legais, pois, como criações do intelecto, recebem ampla proteção nas leis.

10 — Quanto às obras fotográficas, existem certas limitações aos direitos dos fotógrafos e da empresa que as usa, como, de resto, em relação às demais produções intelectuais.

Há limitações — que a doutrina tem apontado, como o citado GOURIOU — com respeito à pessoa retratada. O direito à imagem impõe, realmente, restrições à atividade fotográfica. Assim, ninguém pode ser fotografado sem a sua autorização, ou contra a sua vontade, ou sem o seu con-

sentimento. Isso é fundamental: assim, para que alguém possa ser fotografado, é necessário que conceda autorização, salvo se se tratar de foto para notícia de jornal, em que, por exemplo, a pessoa notória pode ser colhida pela objetiva do repórter para a composição de texto jornalístico, mas isso é outro problema, inserido dentro dos permissivos da informação.

Entretanto, quando uma pessoa é fotografada para qualquer outra utilização, tem que dar a sua autorização; não entra nesse rol, por exemplo, fotografia de multidão, mas sim aquela em que haja destaque de pessoa, ou pessoas, que deverão, pois, consentir na utilização.

Outra restrição é quanto ao objeto, isto é, não se pode fotografar qualquer objeto: este há de ser focado com a autorização de seu dono, se se tratar de objeto incluído na esfera jurídica de uma determinada pessoa. Mesmo obras situadas em praça pública não podem ser fotografadas para utilização econômica. Existem inclusive processos a respeito dessa matéria, exatamente com fotografia de monumento localizado em praça pública e depois usada em agenda de publicidade, em chaveirinho, enfim, em material de publicidade. Isso também representa violação de direitos autorais, pois o fato de a obra estar nos domínios de praças não significa que a obra e o nome do autor possam ser explorados economicamente por terceiros.

Outra, limitação diz respeito ao próprio direito de autor sobre a obra reproduzida; assim, se um fotógrafo reproduz a obra de um pintor, estará violando o direito deste, em caso de utilização econômica. Para isso, terá de obter a sua autorização, pagando a remuneração que for ajustada. O mesmo acontecerá se o pintor quiser reproduzir fotografia de terceiro. Por exemplo, se a pessoa possuir um quadro a óleo e quiser reproduzir esse quadro e divulgá-lo, terá que pedir autorização ao autor. O mesmo se dará se se tratar de fotografia que alguém quiser reproduzir a óleo: terá de obter a aquiescência do autor e pagar a remuneração convencionada.

Outra limitação respeita à própria fotografia, produzida por artista, a qual só poderá ser reproduzida com a sua autorização, como já assinalamos. Assim, por exemplo, se se produz determinada foto e esta é estampada numa revista, ninguém pode, ao depois, reproduzir fotograficamente a revista para inserir a foto em outra, ou divulgá-la, ou utilizá-la publicamente, sem pedir a autorização do autor. Vale dizer: a obra é protegida em si: qualquer outra forma de reprodução (ou de representação, conforme o caso) tem que merecer a prévia apreciação do autor e a conseqüente remuneração autoral.

Outra restrição se relaciona — como acentuamos — com a inserção nas várias formas de publicação das obras intelectuais. Assim, uma vez produzida, a fotografia só pode ser inserida em nova veiculação, se houver autorização do fotógrafo, e não da empresa, salvo se esta for cessionária dos direitos. Nesse passo, é muito freqüente tomar-se — e aqui alertamos também os fotógrafos autônomos, ou que tenham os seus próprios estúdios — foto-

grafias de pessoas, constantes de arquivos próprios, e utilizá-las para outros e variados fins, em multiplicação de formas (revistas, calendários, anúncios etc.).

Há casos, por exemplo, de fotos de pessoas, que, estampadas em uma revista, foram depois vendidas para outras, inclusive do exterior, para outras utilizações, pelos denominados "image banks", que todos conhecem, em que, através de um processo de atividade empresarial bastante divulgado, são feitos catálogos de fotos e, depois disso, são essas obras vendidas para todos os interessados!... Pode, nessa hipótese, haver dupla violação: da imagem ou do objeto fotografado e da obra fotográfica em si. Então, atentem bem para isso: para que utilizem qualquer fotografia dessa origem, deverão exigir sempre a prova de que a empresa tem a cessão de direitos, sob pena de serem depois acionados, por instâncias, ou da pessoa fotografada ou do próprio fotógrafo. Soubemos, por exemplo, bastante contristados, que uma moça fotografada por um profissional, para uma determinada revista, teve depois a sua pose utilizada em revista internacional, sem sua autorização e a conseqüente retribuição patrimonial. Além disso, soubemos também, em razão de nossa atuação na área, de inúmeros outros casos, inclusive de artistas, nas mesmas condições ou seja, em que foram usadas fotos suas, sem autorização e sem remuneração, como o de uma atriz, cuja foto, tirada para um filme, saiu em uma revista masculina; ou o de outra atriz, que posou para um determinado filme (profissional), de que se extraiu fotografia, usada depois em revista de sexo, sem sua autorização. Ora, nessa última hipótese, com dupla violação, ou seja, da imagem e do direito do fotógrafo, se este tinha a autorização da modelo; se não, também concorreu para a violação à imagem!...

11 — Mas, voltando à posição da obra fotográfica, temos a acentuar, à guisa de conclusão, que é protegida pelo direito de autor, em caráter pleno, em nosso entender. Claro que existem as restrições de nossa lei, mas que dizem respeito a eventual discussão; em princípio, qualquer obra é amparada, desde que original; em havendo debate, os tribunais é que decidirão então se, pela escolha do objeto e pela execução, a obra é, ou não, suscetível de proteção. É um problema de fato, portanto; em tese e em princípio, é a obra fotográfica amparada, qualquer que seja, desde que original.

Para que uma obra possa entrar, regularmente, em circulação jurídica, é necessário: a) que o fotógrafo esteja autorizado a fazer a foto, ou que, pelo menos, não lhe seja denegada a reprodução, quando dê conhecimento à pessoa interessada; e b) que, para qualquer utilização econômica, seja celebrado o contrato adequado, com as formalidades legais e com as especificações exigidas: indicação e qualificação das partes; indicação do objeto; indicação dos fins; com todas as características que a lei impõe. Não servem, para tanto, contratos genéricos, como também não valem autorizações simplistas: o contrato deve especificar a obra que está sendo utilizada e as con-

dições todas do aproveitamento; preço; fim; prazo, e assim por diante, naturalmente, com o consentimento do autor ou do interessado, conforme o caso.

Assim, pois, a atividade fotográfica poderá, não só quanto ao fotógrafo, também quanto à empresa, desenvolver-se dentro das normas e dos princípios que norteiam o direito de autor, protegendo-se — como sempre temos a oportunidade de acentuar — os criadores intelectuais e, por consequência, a própria cultura nacional, de que a fotografia é fator de suma importância!...

BIBLIOGRAFIA

I — OBRAS NACIONAIS

BITTAR, Carlos Alberto — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

— *Direito de Autor na Obra Publicitária*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

— “Direito autoral” e “Direitos conexos”, Verbetes in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

— “O direito de autor no plano das liberdades públicas”, in *Justitia*, nº 98, pp. 63 e segs.

— “Direito de autor: noções fundamentais” I e II, in *O Estado de São Paulo*, de 9 e 16 de março de 1980, pp. 55 e 62, respectivamente.

II — OBRAS ESTRANGEIRAS

DESBOIS, Henri — *Le Droit d'Auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966.

DEVILLEZ, Hubert — *L'Œuvre Cinématographique et la Propriété Artistique*. Paris, PUF, 1928.

FREMOND, Pierre — *Le Droit de la Photographie*. Paris, Dalloz, 1973.

GERARD, Paul Daniel — *Les Auteurs de l'Œuvre Cinématographique et leurs Droits*. Paris, Librairie Générale, 1953.

GOURIOU, René — *La Photographie et le Droit d'Auteur*. Paris, Librairie Générale, 1959.

GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo — *Diritti sulle Opere dell'Ingegno*. Torino, Torinese, 1974.

GRUGNOLA, Paola — “Problemi giuridici relativi all'uso de fotografie per pubblicità commerciale”, in *Il Diritto di Autore*, 1973, pp. 418 e segs.

— “Evoluzione della tutela giuridica delle fotografie nel diritto italiano e nel diritto internazionale. Cenni di legislazione comparata”, in *Il Diritto di Autore*, 1979, nº 4, pp. 928 e segs.