

AUTORIA E TITULARIDADE NAS CRIAÇÕES PUBLICITÁRIAS

ACADÊMICO: SÉRGIO PAULO JACOBY

ORIENTADOR: PAULO MARCONDES BRINCAS

FLORIANÓPOLIS, JULHO DE 1998

**“As pessoas que vencem neste mundo
são as que procuram as
circunstâncias de que precisam e,
quando não as encontram, as criam.”**

(Bernard Shaw)

**Àquele que, sem o conhecimento
estampado nos livros, aprendeu e me
ensinou a sabedoria da vida, a quem devo
quase tudo o que sou.**

**Meu Pai (homenagem póstuma –
Elicio Paulo Jacoby).**

**Àquela que, com carinho e paciência,
tem me encaminhado nos momentos mais
difíceis, para ser alguém e não apenas
mais um.**

Minha Mãe (Renata Jacoby).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	
1. HISTÓRICO DA PROPAGANDA E DA PUBLICIDADE	6
1.1. NO MUNDO	6
1.2. NO BRASIL	12
2. QUAL A DIFERENÇA ENTRE PROPAGANDA E PUBLICIDADE ?	14
3. O QUE É AGÊNCIA DE PROPAGANDA ?	18
4. A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA	21
5. OS OBJETIVOS DAS CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA	34
6. O CLIENTE E A AGÊNCIA DE PROPAGANDA	37
CAPÍTULO II	
PRIMEIRA PARTE - EM QUAL RAMO DO DIREITO INTELECTUAL A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA É INSERIDA	40
SEGUNDA PARTE - DIREITO AUTORAL	48
1. HISTÓRICO	48
1.1. NO MUNDO	48
1.2. NO BRASIL	50
2. O QUE É DIREITO AUTORAL	53
2.1. DA NATUREZA DO DIREITO DE AUTOR	55
3. ESPÉCIES DE PROTEÇÃO AMPARADOS NO DIREITO AUTORAL	56
3.1. DIREITOS MORAIS OU PESSOAIS	56
3.2. DIREITOS PATRIMONIAIS	60
3.2.1. DIREITO DE SEQUÊNCIA	62
4. NO DIREITO AUTORAL, COMO SÃO CLASSIFICADAS AS OBRAS ?	62
4.1. OBRA ORIGINÁRIA	63
4.2. OBRA DERIVADA	63
4.3. OBRA COLETIVA	65
4.4. OBRA EM CO-AUTORIA	67
4.5. OBRA DE ENCOMENDA	68

CAPÍTULO III

1. DA AUTORIA E DA TITULARIDADE DAS OBRAS PUBLICITÁRIAS	71
2. DA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRAS PUBLICITÁRIAS	74
3. DAS RELAÇÕES PUBLICITÁRIAS – DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS	78
3.1. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E CRIADOR (EMPREGADO)	78
3.1.1. NOS CASOS EM QUE A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA É EFETUADA POR ÚNICO CRIADOR, EMPREGADO	84
3.2. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E <i>FREE LANCER</i>	85
3.3. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E PRODUTORA	90
3.4. RELAÇÃO ENTRE PRODUTORA E AUTOR/CRIADOR	93
3.5. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E CLIENTE	94
4. CONTORNOS DO FILME PUBLICITÁRIO	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

A integração da nova Lei dos Direitos Autorais ao ordenamento jurídico pátrio tem suscitado muitas indagações devido à tamanha dimensão dos efeitos que a sua aplicação pode propiciar. As alterações ocorridas na nova Lei têm demonstrado a insistência do ordenador em aperfeiçoar e atualizar os direitos autorais, frente às modernas tecnologias surgidas.

A maior parte da nova Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, vem reestruturar gramaticalmente os artigos da Lei nº 5.988/73, com a adequação constitucional de que os direitos autorais, ou seja, direitos morais e direitos patrimoniais, cabem, indiscutivelmente, ao autor criador. Também trata do aperfeiçoamento tecnológico, juntamente com a supressão dos artigos ou partes que mencionavam o CNDA - Conselho Nacional dos Direitos Autorais.

A nova Lei deveria servir para a clareza e total expressão da autoria e titularidade pertencentes ao autor criador. Na verdade, pelo que se percebe, mostra a força existente a nível empresarial, que acabou em resultar na propositura de ser criador originário da titularidade autoral a pessoa jurídica, diferentemente do que ela mesma estabelece no *caput* do art. 11.

Toda a abrangência da nova Lei envolve inúmeras disciplinas, desde que elas estejam relacionadas com as obras literárias, artísticas ou científicas, portanto, a criação de qualquer obra dessa natureza. Para a análise do assunto, observar-se-á apenas as duas primeiras categorias de obras, ou seja, as que possuem fins estéticos.

O direito de monopólio, constitucionalmente estabelecido ao autor criador, demonstra que as aptidões individuais devem ser respeitadas e protegidas, sobretudo no âmbito cultural e artístico. Isto não significa que se está privilegiando alguém em detrimento de outro, este fato deverá ocorrer de maneira a que o autor criador seja justamente recompensado pelo seu desenvolvimento intelectual, podendo para tanto usufruir da forma que bem quiser dos direitos patrimoniais que lhe forem concedidos, mas no tocante aos direitos morais ficam estes sob sua guarda perpetuamente, pois são irrenunciáveis e inalienáveis.

O caso em análise refere-se às diversas formas de adequação e formação das obras publicitárias, que pelo artifício e pré-requisito essencial da esteticidade encontra-se sob a proteção dos direitos autorais.

Como a obra publicitária desenvolve-se tanto pela propaganda - utilizada para informar, sem o objetivo de lucro - como pela publicidade - forma utilizada para expressar a forma de divulgar com o objetivo de lucro - tem-se que observar o contexto, ou seja, o espírito utilizado pelo indivíduo, pela empresa ou pela entidade, para a divulgação da campanha publicitária.

A campanha publicitária trata de todo o desenvolvimento necessário para que o “objeto” em questão seja difundido. Os passos começam a ser delineados quando o “cliente” sente a necessidade de difundir “seu produto” e o faz, geralmente, por intermédio da agência de propaganda, empresa especializada na criação de obras publicitárias que tenham como objetivo a difusão de idéias.

As agências de propaganda desenvolvem trabalhos que podem ser divididos em vários departamentos, que serão especificados no texto, como: o de atendimento, o de planejamento, o de criação e produção e o de veiculação ou mídia, além de possuir seu departamento de gerência e serviços administrativos.

A agência de propaganda é composta por vários departamentos mas que exercem ação de forma conjunta, não havendo como identificar o grau de participação, de direcionamento, de criação de cada um, mas sim a expressão total da obra, que poderá ser corriqueira - apenas mais uma publicação de propaganda que não passa de mero informativo sem muita criatividade - ou de criação - dotada dos pressupostos de originalidade e criatividade, não reproduzindo idéias que possam expressar o que já tenha sido dito.

Ao expressar de forma mais incisiva, onde estaria definida a criação publicitária, observa-se que sua classificação dar-se-á nas obras de cunho artístico, tendo como ponto fundamental a esteticidade.

O que será devidamente definido no conteúdo deste estudo é a criação publicitária como sendo obra e assumindo esta característica estará amparada pela Lei, pois possui caráter de autonomia que chega ao seu objetivo final. E, estando amparada por Lei, terá direitos e garantias resguardadas a seus autores criadores, ou seja, não havendo nenhum obstáculo para a tutelabilidade dos direitos morais e patrimoniais destes.

A obra publicitária está configurada dentre um complexo de figuras que podem ser expressas no campo das artes, como figura publicitária de pintura, de gravura, de cinematografia, de fotografia e outras mais; no campo da arte sonora - onde denota-se que o homem responde muito bem ao chamamento auditivo - dando origem aos cantores que anunciam vários produtos através de obras musicadas (hoje chama-se *jingle*)¹, e, com a conseqüente evolução técnica e social, especialmente em função do rádio e da televisão, a arte publicitária sonora e a audiovisual, que têm apresentada verdadeiras composições de real mérito nascidas destes criadores de obra intelectual publicitária.

Os interesses que circundam o tema da autoria e da titularidade da obra intelectual puderam ser verificados durante a tramitação do Projeto de Lei nº 249/89, do

¹ O dicionário AURÉLIO, de 1986, p. 988, estabelece a seguinte definição: "*curta mensagem musicada de propaganda.*"

Senado Federal, 5.430/90 da Câmara dos Deputados e por homologação do Poder Executivo que redundou no atual corpo da Lei nº 9.610/98. Muitas pressões, inclusive externas - dos EUA -, interesses, discussões, estiveram em confronto legislativo e que acabou em gerar uma Lei que aperfeiçoa, mas ao mesmo tempo estabelece “válvulas de escape”, contrárias a autoria do criador.

Como foi supracitado, o objeto é a análise da autoria e da titularidade das criações publicitárias, bem como das definições trazidas pela nova Lei dos Direitos Autorais, principalmente no que concerne às obras de cunho artístico.

O objetivo imediato da elaboração do escrito é a aprovação na disciplina DPS-5802 (Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia II), cursada no primeiro semestre do ano de 1998. O objetivo mediato é o de proporcionar ao seu autor um contato dirigido com a matéria de direitos autorais no que concerne às criações publicitárias, tema que vislumbra amplitudes inalcançáveis na sociedade, pois depende apenas do desenvolvimento do intelecto do homem e, por isso, sua dimensão caminha para a supressão das fronteiras - conforme já ocorre em convenções internacionais.

Para a análise do tema, estruturou-se o trabalho em três capítulos.

O primeiro deles trata de introduzir algumas categorias básicas de forma simples e didática da caracterização/conceituação de publicidade, propaganda, agência de propaganda, seus departamentos e a maneira de estruturação das criações publicitárias, para que se possa inserir dentro da conceituação jurídica de que esta necessita.

O segundo constitui-se da devida inserção das criações publicitárias dentro do campo jurídico que lhe é conveniente, objetivando as delineações de ordem primariamente legais, assim como, a conceituação, estruturação, formas de direitos aplicáveis, além das variantes que podem ocorrer no contexto jurídico.

Por fim, o último deles destaca a quem devidamente pode ser atribuída à autoria e à titularidade das criações publicitárias, pois estas referem-se aos direitos morais e

patrimoniais que norteiam toda a base dos direitos autorais, na constituição destes direitos e garantias.

AUTORIA E TITULARIDADE NAS CRIAÇÕES PUBLICITÁRIAS

CAPÍTULO I

1. HISTÓRICO DA PROPAGANDA E DA PUBLICIDADE

1.1. NO MUNDO

Ao relatar de forma sucinta a história da propaganda e da publicidade, serão mencionados apenas os marcos precisos desta evolução.

Pelo que se pôde absorver, de diversas leituras a respeito do assunto, foi constatado que a propaganda é tão antiga quanto a civilização, pois desde o momento que o homem desejou trocar o que possuía precisou se comunicar com outro homem. Primeiramente, quando os homens primitivos queriam comerciar o que possuíam, como: peles, colocavam na entrada das cavernas, significando o início da comunicação através da publicidade. E a partir destes atos, no início da civilização, surgiu o que se pode chamar de propaganda.

Esta prática da propaganda foi bem difundida na Grécia, quando os oradores proferiam discursos expressando, assim, suas ideologias através destes e com objetivos políticos.

Também na praça romana surgem sinais claros da existência da propaganda escrita, com o anúncio dos combates de gladiadores, características de escravos foragidos e outros mais.

Pelo que se pode observar através da mudança dos tempos, a evolução da propaganda deu-se nos meios e veículos e não através de formas, pois continua a ser usada a

forma oral e a escrita para divulgar seus objetivos. É claro que o seu desenvolvimento foi aprimorado, utilizando-se de mais conhecimentos e conseqüentemente de idéias mais criativas.

A palavra propaganda deriva do latim *propagare*, em sua forma gerundiva, e tem por significado “aquilo que deve ser multiplicado; tornado conhecido ou propagado”. O emprego - surgimento - desta palavra, “propaganda”, decorreu da congregação de cardeais da Igreja Católica Apostólica Romana que supervisionava e difundia a fé cristã nos países não-católicos. Esta congregação foi fundada em 1597, pelo Papa Clemente VIII e organizada por Gregório XV, em 1622, e mais tarde veio a ser chamada de Colégio Urbano em homenagem a Urbano VIII, que foi notável protetor da obra. A congregação, também conhecida por “Congregatio de Propaganda Fide”, tinha além da função de educar missionários para posterior atuação em países não-católicos, a de imprensa poliglota para a tradução e difusão de livros sagrados e litúrgicos. Assim, a propaganda era conceituada como atividade que tende a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico - é a propagação de idéias sem finalidade comercial.

O jornal Folha de São Paulo, em data de 20 de outubro de 1965, publicou a seguinte curiosidade:

“A gente pensa que a propaganda é uma coisa moderna, mas não é. Descobriram-se nas ruínas de Pompéia e de Corneto painéis anunciando combates de gladiadores ostentando, como complemento, reclames de diversas casas de banho, e de medicamentos, além de convite a todos se distraírem, depois do combate, em certas casas cujas atrações, descritas em termos persuasivos, deviam ter toda a semelhança com o strip-tease que acreditamos ser coisa moderníssima.”²

² MALANGA, Eugênio. Publicidade uma introdução, 2ª ed., SP, Ed. Atlas, 1977, p. 16.

No que se refere à publicidade, esta palavra advém de *publicitatem* (do latim *publicitas, publicitatis*, ligada a *publicus*) com sentido de “publicidade ou de divulgação para o público”. O primeiro relato devidamente documentado descoberto em Thebas, Egito, surgiu no ano 1000 a.C., relatando a fuga de um escravo. O fragmento de papiro encontra-se conservado no Museu de Londres. Assim, podemos dizer que já havia publicidade há mais de três milênios. Veja-se:

*“O escravo Shen fugiu de seu amo, Hapu, o tecelão. Todos os bons cidadãos de Thebas estão convidados a ajudar em seu retorno. Ele é hitita, tem 1,60 de altura, de constituição forte, avermelhada e os olhos castanhos. Oferece-se metade de uma moeda de ouro por notícias de seu paradeiro. E pelo seu retorno à loja de Hapu, o tecelão, onde a melhor roupa é tecida conforme você deseja, uma moeda inteira de ouro é oferecida.”*³

Os mesmos oradores da Grécia, por dominarem a oratória e saberem se expressar em público, eram contratados para anunciar alguns produtos vendidos em feiras ou praças públicas, ou seja, faziam a chamada propaganda comercial ou publicidade.⁴

Na China também consta, de forma documentada, a existência de tabuletas indicando lugarejos e casas determinadas à mercancia.

Há cerca de dois mil anos também foram encontradas em Roma tabuletas que indicavam mercadorias à venda, além de neste grande centro comercial funcionar o “Fórum Romano” destinado à venda de artigos, escravos ...

³ CABRAL, Plínio. Propaganda Técnica da Comunicação Industrial e Comercial, SP, Ed. Atlas, 1986, p. 24

⁴ A diferença entre propaganda e publicidade, é definida no item 2 deste Capítulo.

Na Inglaterra, no século XVI, com o desenvolvimento no campo das artes, o teatro foi se destacando e o mais conhecido era o de Shakespeare, na época da Rainha Elizabeth I, onde todas as classes sociais podiam freqüentar, independentemente de sexo - isto porque as mulheres eram privadas de certos atos da sociedade. Curiosa era a forma de comunicação por eles utilizada para anunciar - publicar - quando haveria ou não o teatro, isto porque era a céu aberto e quando chovia era impossível de ser realizado devido às circunstâncias. A maneira encontrada foi o hasteamento de uma bandeira para informar que naquele dia não haveria teatro. Mesmo rudimentar, pode-se dizer que esta também era uma forma de expressar a publicidade (pois a sociedade saberia se os ingressos seriam vendidos ou não nas horas que antecederiam o espetáculo).

Também surgiu, na Inglaterra, a publicidade evocativa, que consiste na publicidade através de símbolos visuais, onde os emblemas caracterizavam o estilo e acabavam por se transformar em marcas de comércio. Por exemplo: para identificar um açougue utilizava-se uma cabeça de boi; ou para uma barbearia, uma peruca. Após este avanço, a publicidade ficou estabilizada, não mais evoluindo até a invenção de Gutemberg.

Gutemberg inventou a imprensa, ou seja, a palavra impressa, o que acabou por mudar completamente o panorama da comunicação, inicialmente como divulgação de fatos e posteriormente com a produção em massa. De 1457, com a publicação da primeira Bíblia, até 1770, a publicidade sofreu uma evolução muito lenta.

O livro *Técnicas de Persuasão*⁵ informa que o primeiro jornal a publicar anúncios pagos foi o *Mercurius Britannicus*, em 1625, pois antes disso não havia necessidade deste tipo de contribuição, pois os jornais eram mantidos através de assinaturas. Esta técnica, que tinha inicialmente como finalidade chamar a atenção do leitor para determinado serviço ou produto, fixou-se nos jornais norte-americanos no final do século XVIII, dando início à

⁵ BROWN, J. A. C. *Técnicas de Persuasão: da propaganda à lavagem cerebral*, RJ, Ed. Zahar, 1965, p. 158.

publicidade moderna. Veja um destes anúncios, publicado no periódico citado acima em data de 30 de julho de 1658;

*“Essa excelente bebida China, aprovada por todos os médicos, chamada Tcha pelos chineses, por outras nações, tay, aliás Tea, é vendida na Cafeteria Cabeça de Sultana, em Sweeting’s Rents, pelo Royal Exchange, Londres.”*⁶

No século XVIII, a publicidade começava a garantir seu espaço, com mais força, o que foi imediatamente retaliado em 1734, com a Ordenação de Paris, que proibiu a publicidade, especialmente a distribuição de volantes para anunciar a venda, sob pena de multa e fechamento de negócio, na reincidência. Levada ao Parlamento a questão em 1760, foi confirmada a proibição que incluía a indicação de preço. Esta regulamentação foi devida ao crescente número de abusos e imoralidades praticados pelos comerciantes em busca da maior clientela. Mesmo com alguns regulamentos a publicidade prosperou.

Em meados do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, os veículos de propaganda tiveram uma profunda modificação em função da produção em massa, o que fez surgir a necessidade de ampliação do mercado consumidor e isto foi possível através da publicidade.

A primeira agência de publicidade foi criada por Wolney B. Palmer em 1841, na Philadelphia, tendo no início a função de agenciamento e corretagem de anúncios que por consequência passou a existir desde que os jornais começaram a vender espaços. Sentindo que havia um mercado promissor em vista, os agentes publicitários não contentaram-se em apenas vender espaços, mas começaram a redigir anúncios e após a ilustrá-los.

⁶ MALANGA, Publicidade uma introdução, p. 18.

Em 1864, surgiu a J. Walter Thompson, a empresa com as características do que hoje se chama agência de publicidade.

Em 1879, com a invenção de Thomas Alva Edison, ou seja, a invenção da lâmpada, a publicidade passou a ser usada através de luminosos.

Em 1.895, coube aos irmãos Lumière, na França, a invenção do cinematógrafo, também passando a ser usado pela publicidade.

Já no começo do século a cor surge como novo elemento de atração nas revistas norte-americanas, francesas e inglesas.

Nos EUA, na cidade de Pittsburg, em 1920, entra em funcionamento a emissora de rádio KDKA.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e o avanço tecnológico em pleno vapor, desenvolve-se um veículo revolucionário, a televisão, que congregava o rádio e o cinema ao mesmo tempo, acabou por influenciar de forma decisiva no escoamento da superprodução das indústrias, que encontravam dificuldades na colocação de seus produtos. Assim, o problema da superprodução teve como alvo os consumidores de forma geral e não específica como anteriormente, em tempo de guerra, quando tinha mercado certo nos estados conflitantes.

Com a produção agora destinada diretamente ao consumidor, procurou-se motivá-lo, para continuar garantindo o mercado, e conseqüentemente surgiu um novo processo, chamado *marketing*⁷, onde a publicidade é uma peça fundamental, garantindo o seu perfeito desenrolar.

No início das transmissões televisivas a publicidade não fazia outra coisa a não ser associar marca e produto, marca e serviço, numa espécie de informação - pode-se

⁷ "(...) uma orientação da administração baseada no entendimento de que a tarefa primordial da organização é determinar as necessidades, desejos e valores de um mercado visando adaptar a organização para promover as satisfações desejadas de forma mais efetiva e eficiente que seus concorrentes." (KOTLER, Philip. Marketing, Ed. Atlas, SP, 1980, p. 42).

dizer propaganda - onde não era possível assimilar nem enquadrar o repertório em que a marca do produto ensinaria o despertar do desejo no receptor.

Apenas na década de 60 é que surgiu a gravação em videoteipe, acabando com o teleteatro publicitário que era feito ao vivo na televisão. Para encurtar caminho, pode-se dizer, como demonstra Solange Bigal⁸, que o início da televisão como intersemiose⁹ de linguagens, por um lado, e o marco zero do aparecimento da sociedade de consumo de massa, por outro.

Assim, com o desenvolvimento das agências e conseqüentemente maior assimilação para desencadear a propaganda ou a publicidade elas dotaram-se de conhecimentos especiais que levam o cliente a ganhar mais com menores gastos.

Portanto, a propaganda e a publicidade são o desenvolvimento do intelecto, a inspiração concretizada pela criação e que não é demonstrada através de fórmulas, modelos, ou que possa ser entendida como ciência pura¹⁰.

1.2. NO BRASIL

A publicidade teve início no Brasil em 10 de setembro de 1808, quando surgiu o primeiro jornal aqui editado, a Gazeta do Rio de Janeiro, que publicou o seguinte anúncio:

⁸ BIGAL, Solange. Afinal, o que é criação publicitária? SP, Razão Social, 1993

⁹ Tipo de fragmentação de código de modo a estabelecer relações entre signos provenientes de diversas linguagens (FERRARA, Lucrecia D'Aléssio. "O Teste Não-Verbal" In: Leitura Sem Palavras. São Paulo, 1986, p. 13 a 20).

¹⁰ Entende-se ciência pura como conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação, a experiência dos fatos e um modelo próprio. E, como pode-se constatar pelo desenvolvimento econômico, científico e tecnológico pelo qual o mundo desenvolve, a propaganda nada mais é do que uma peça transitória, e que não serve de modelo para outros fatos; pode servir somente como norteador para uma nova criação que venha a desenvolver momentaneamente uma determinada empresa em prol do maior consumo de seus produtos com conseqüente aumento de lucratividade, pois seu "objetivo primordial" nada mais é do que a obtenção de lucro com o menor tempo possível e menor gasto. Mas como comentava, Almada "não há fórmulas, regras ou conceitos, princípios, métodos ou sistemas definitivos e indiscutíveis, seguros e inquestionáveis para orientar em propaganda. Ainda a intuição, o bom senso, o espírito profissional e a experiência de cada um devem ser os ingredientes de maior peso nas decisões."(p. 94)

“Estão no prelo as interessantes obras seguintes: Memória Histórica da Invasão dos Franceses em Portugal no ano de 1807. Observações sobre o comércio franco no Brasil.”¹¹

O jornalista Gondim da Fonseca informa em sua obra “Biografia do Jornalismo Carioca”, o seguinte:

“Faz-se saber ao público que a Gazeta do Rio de Janeiro deve sair todos os sábados pela manhã. Que se vende nesta Corte em casa de Paulo Martin Filho, mercador de livros no fim da Rua da Quitanda a preço de 80 réis. Que as pessoas que quiserem ser assinantes logo os primeiros seis meses a 1.900 réis; e lhes serão remetidas as folhas em suas casas no sábado pela manhã. Que na mesma Gazeta se porão quaisquer anúncios que se queiram fazer, devendo estes estar na quarta-feira no fim da tarde na Imprensa Régia.”¹²

Mais tarde, em 1825, foi fundado o Diário de Pernambuco, em 1827 o Jornal do Comércio, no Rio de Janeiro, e em 1875 o Jornal Estado de São Paulo.

A publicidade feita no Brasil, no final do século XIX, era através de panfletos, volantes, painéis ao lado dos jornais. Em 1900, agrupou-se a eles a Revista da Semana.

Em 1913, foi instalada a primeira agência de publicidade, pois até então havia a classe denominada “reclamista”, que colhia pessoalmente os anúncios. Com o sucesso deste mais novo ramo, muitos empresários voltaram-se para a publicidade como sendo esta a

¹¹ MALANGA, Publicidade uma introdução, p. 19.

¹² Idem, ibidem.

“galinha dos ovos de ouro”. Estes não se contentaram em simplesmente agenciar, ou seja, vender os espaços em jornais e começaram a se especializar na técnica de “criar recados”.

Após entrar em funcionamento a emissora de rádio KDKA, em 1920, nos EUA, também inicia suas operações no Brasil, em 1922, no Rio de Janeiro, e em 1924 em São Paulo.

Em 1927, foi fundada no Rio de Janeiro a Rádio Educadora, depois chamada Tamoio; Em 1932, a revista especializada Exitus e em 1937, a Propaganda.

Com o advento da televisão, que é o casamento perfeito entre a comunicação verbal e a imagem em movimento, a publicidade teve grande impulso, pois poderia adentrar a qualquer momento nos lares até mais conservadores. Isto ocorreu em 1950, com a criação da TV Tupi, em São Paulo, que possibilitou a apresentação de comerciais ao vivo, os filmes e a expansão dos fonogramas.

E assim, em 1960, com o grande impulso trazido pela televisão, foi possível a ampliação do parque industrial brasileiro.

O legislador preocupado com o desenvolvimento da publicidade, desde os anos quarenta existia anteprojetos a sua regulamentação. O primeiro foi o Decreto nº 4.113/42, que estabelecia normas éticas e proibições. Após continuou a preocupação e o Anteprojeto nº 3.291/61, acabou por transformar-se na Lei nº 4.680/65. O fato do legislador preocupar-se com a matéria publicitária, naquela época, colocou o Brasil como precursor desta. Somente foi superado, em pouco, pela Espanha.

2. QUAL A DIFERENÇA ENTRE PROPAGANDA E PUBLICIDADE ?

Como a produção em massa e a venda dos produtos estão intimamente ligadas, foi necessário criar uma força econômica capaz de fazer a relação destes pontos, ou

seja, em pleno século XX a publicidade moderna que serviu e serve como função comercial é a encarregada desta ligação.

Assim sendo, a obra de Eugênio Malanga¹³ conceitua propaganda e publicidade da seguinte forma:

Propaganda é o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico), ou seja, são atividades que tendem a influenciar o homem por uma ideologia.

Publicidade é o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes, ou seja, é a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o a ação.

Professor Carlos Alberto Bittar, conceitua publicidade de forma mais abrangente e não tão enfática. Veja-se:

“(...) publicidade é a arte e a técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar ao consumidor determinados produtos ou serviços, despertando nele o desejo de adquiri-los ou deles dispor.”¹⁴

O livro *Técnicas de Venda e Publicidade*¹⁵ estabelece algumas relações e diferenças entre a propaganda e a publicidade, que servem apenas para discussões acadêmicas, pois na prática não são consideradas. Veja-se:

¹³ MALANGA, Publicidade uma introdução, p. 11.

¹⁴ BITTAR, Direito de autor na obra publicitária, SP, RT, 1980, p. 73.

¹⁵ MAGALHÃES, C. Eduardo; COSTA, Carvalho F.; MAGALHÃES, M. M. Cauvet de – TVP: técnicas de vendas e propaganda. Porto, Manuel Barreira, 1959, p. 103-4.

PROPAGANDA		PUBLICIDADE
1.	É ideológica;	É comercial;
2.	É grátis (em sua maioria);	É paga pelo consumidor;
3.	É dirigida ao indivíduo;	É dirigida à massa;
4.	Apela para os sentimentos morais, cí- vicos, religiosos, políticos, etc.	Apela para o conforto, prazer, instinto de conservação, etc.

Vale a pena salientar que no Brasil a propaganda e a publicidade freqüentemente são utilizadas como sinônimas, o que acaba por tumultuar algumas interpretações feitas por autores nacionais e internacionais da área.

Para aumentar ainda mais o grau de sinonimidade, a Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que trata sobre o exercício da profissão de publicitário, elenca em seu art. 5º, assim como no art. 2º, do Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966, o seguinte:

“Art. 5º - Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”

“Art. 2º - Considera-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”

O fator convergente para que essa sinonímea ocorra reside no fator da divulgação, pois tanto a propaganda como a publicidade têm esta tarefa, já que utilizam dos mesmos meios¹⁶ e mesmas técnicas¹⁷ de construção da mensagem.

¹⁶ Os meios podem ser o radiofônico, o audiovisual e o impresso.

¹⁷ Quer dizer que a forma de criação segue os mesmos passos, somente com objetivos diferentes (um informativo e outro comercial).

Roberto Menna Barreto em sua exemplificação para definir o que é publicidade, considera a propaganda como sinônima. Veja-se:

“Sabe o que é Propaganda, rapaz? Olhe para este lápis. Você tem de fazer um anúncio sobre este lápis. Você fixa este lápis e rebusca na cabeça o que você pode dizer - não importa o que, nem como - capaz de levar o cara que vai ler a comprar este lápis! Você tem de convencer, de vencer, o sujeito! SÓ ISSO!”¹⁸

A principal distinção existente entre a propaganda e a publicidade reside no aspecto da geração de lucros, já que a primeira divulga idéias, posições de caráter ideológico ... com o objetivo de gerar adesões, e a segunda produtos, serviços e marcas, e tem por objetivo gerar lucros.

Mas para justificar o porquê desta confusão, também pode-se ressaltar a parte de intersecção entre ambas, como esclarece Solange Bigal:

“(...) a divulgação de idéias, específico da Propaganda, pode também ser organizada para se obter a resposta de compra. E a construção de uma mensagem com o fim de gerar lucro, específico da Publicidade, sempre está carregada de idéias na sua significação. Porém, a resposta de consumo a uma Propaganda é decorrência da adesão à idéia divulgada; a adesão às idéias divulgadas em uma mensagem publicitária é sempre uma adesão a um sistema de idéias de consumo.”¹⁹

¹⁸ BARRETO, Roberto Menna. *Criatividade em Propaganda*, 6ª ed., SP, Summus Editora, 1982, p.21.

¹⁹ BIGAL, Afinal, o que é criação publicitária?, p. 22

3. O QUE É AGÊNCIA DE PROPAGANDA ?

Como já citado, a agência de propaganda no início atua na função de agenciamento e corretagem de anúncios, que por consequência passou a existir desde que os jornais começaram a vender espaços. Posteriormente expandiu suas atividades em busca de um mercado promissor, pois os agentes publicitários não contentaram-se em apenas vender espaços e começaram a redigir anúncios e após a ilustrá-los.

Em 1864 surgia a J. Walter Thompson, a empresa com as características do que hoje se chama agência de propaganda. Desde então o aprimoramento destas empresas foi tão grande que hoje é praticamente inconcebível que um cliente faça sua publicidade sem a ajuda de uma delas, isto devido ao seu conhecimento na área de propaganda e nas áreas que porventura terceirizam os serviços, ela está em melhor posição que o anunciante para comprar ou escolher serviços especializados para o seu cliente. Sua função principal é fornecer idéias que venham a criar projetos, aspirações, sonhos, para o melhor desenvolvimento, desempenho de seu cliente, já que tem o dever de manter relações objetivas e profissionais, possuindo a visão da realidade do mercado, impulsionando os negócios de seu cliente.

Com o objetivo de dar validade e especificar o campo de atuação das agências de propaganda, a Lei nº 4.680/65, em seu art. 3º, assim como no art. 6º, do Decreto nº 57.690/66, assim especificam:

“Art. 3º - A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitárias, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta dos Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o

público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.”

“Art. 6º - A Agência de Propaganda é pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta dos clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições à quem servem.”

Observe o que nos diz Ney de Lima Figueirêdo:

“Mas uma agência é, antes de mais nada, os clientes que ela conquista e conserva. Os clientes ela possui porque presta serviços a eles. Os serviços ela presta porque tem bons profissionais. No fim, a agência, por si só, nada significa. Ela é a soma dos talentos a seu serviço na criação, arte, mídia, planejamento, pesquisa, administração. O resto são cadeiras, mesas, arquivos e algumas máquinas de escrever usadas.”²⁰

Pelo que se pode observar, o negócio publicitário está calcado na qualidade dos serviços prestados por seus profissionais, ou seja, no talento de cada um para criar, administrar, que acaba por formar um todo.

²⁰ FIGUEIRÊDO, Ney Lima; MEDEIROS, João; SIMONSEN Junior, Harry; ALMADA, Fernando; DOMINGUES, Caio A.; D'ALMEIDA, Armando e CARMO, Alfredo. Comunicação: as funções da propaganda, SP, Ed. Pensamento, 1970, p. 17

A agência de propaganda é formada com a composição dos talentos publicitários, habilidade e experiência reunidos numa organização e colocados à disposição do anunciante para tornar mais eficiente a sua publicidade, em particular, e suas atividades de mercado.

A ABAP - Associação Brasileira de Agências de Propaganda tem definido a agência de propaganda da seguinte forma:

“A Agência de Propaganda é pessoa jurídica independente de controle financeiro de qualquer anunciante ou veículo de divulgação, e especializada na arte técnica publicitária, e, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda a veículos de divulgação, com o objetivo de promover a venda de produtos ou serviços, difundir idéias, ou informar o público a respeito de organizações a seu dispor.”

A divisão predominante nas agências de propaganda, é demonstrada conforme o organograma abaixo:

- a) gerência;
- b) serviços administrativos;
- c) planejamento e atendimento;
- d) veiculação ou mídia; e
- e) criação e produção.

4. A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA

A criação é citada em último lugar porque toda a agência trabalha em sua função, ou seja, a criação é o princípio de tudo, pois todo o produto realizado pela agência tem a criação como a principal responsável, não importando sua forma, que pode ser através de anúncios, *slogans*, filmes, cartazes, folhetos, comerciais de rádio e televisão etc.

A peça publicitária²¹ não é constituída de pressupostos ideológicos e filosóficos mas sim por necessidades objetivas do cliente.

Fernando D. Almada nos explicita o seguinte:

*“Fazer criação em propaganda não é disparar a imaginação em viagem exploratória desordenada por todos os caminhos. A criação profissionalizante conduzida impõe uma rigorosa disciplina, exige preparação cuidadosa e completa, requer muito trabalho antes, durante e depois.”*²²

A interpretação da transcrição acima refere-se ao fato de que a viagem exploratória da imaginação somente deve ser desencadeada após alguns delineamentos que serão fornecidos pela equipe de planejamento e atendimento.

O atendimento, ou também chamado de contato, está diretamente relacionado com o cliente e por isso pode ater-se a peculiaridades que muitas vezes passam despercebidas pela equipe de criação e, juntamente com o planejamento - que em muitos casos é resumido na mesma pessoa - traçará linhas gerais sobre o que o cliente deseja como solução, ou seja, ele descobre as necessidades do cliente, é responsável pela coleta dos dados,

²¹ Peça é qualquer trabalho executado pela agência, como anúncio, comercial, folheto, *spot*, catálogo ou volante que se destina a um público determinado (Agências de propaganda, série *marketing* para a pequena empresa, 2. ed., 1994).

sistematização, análise e interpretação das informações do produto ou serviço, seu mercado e seu consumidor, pois deve indicar e organizar a substância da campanha²³.

Sendo assim, o planejamento - que em algumas agências é colocado como departamento em separado - é responsável por identificar e localizar o problema, seja ele através de pesquisa de mercado ou serviços de merceologia²⁴, descobrindo oportunidades para que o departamento de criação possa desenvolver o trabalho com maior grau de satisfação e credibilidade perante o cliente e o consumidor.

O departamento de atendimento e planejamento poderá ser pouco informativo, indicativo e até restritivo trazendo dificuldades para o departamento de criação, mas aquele departamento que for mais criativo, terá todas as respostas para as perguntas formuladas pela equipe de criação, o que acaba em direcionar os caminhos para uma boa campanha. Já que esta campanha deverá encontrar a idéia ou tema ideal, texto e preparação da matéria redacional, visualização, esboço e apresentação dos anúncios e materiais profissionais, compra e supervisão de trabalhos gráficos, preparo de textos e comerciais radiofônicos, ... para ser bem sucedida.

Veja algumas das perguntas a serem formuladas pela criação e conseqüentemente respondidas pelo departamento de atendimento e planejamento, responsável na formulação, do que se pode dizer, cadastro da empresa e do produto, ajudando inclusive a definir os problemas a serem resolvidos.

- Como é a empresa ?
- Como o negócio está organizado ?

²² Comunicação: as funções da propaganda, p. 95

²³ Elóy Simões salienta que a primeira fase do processo criativo consta em compreender o problema, e esta compreensão dá-se através de informações, que ele julga de extrema importância serem transmitidas diretamente do anunciante para o criador, por entender que o fato de existir intermediários no processo, não haveria a conservação da pureza da informação, como na história de uma moça que no início da rua disse que estava com dor de barriga, e ao chegar no final da rua, o comentário era de que ela estava grávida.

²⁴ É a parte da ciência do comércio que se ocupa especialmente da compra e venda, estudando a classificação e a especificação das mercadorias. Os serviços de merceologia são os treinamentos de vendas e obtenção da colaboração dos concessionários, ou seja, é o ajustamento necessário para o devido funcionamento da parte comercial da empresa do cliente.

- Qual a história da empresa ?
- Seus êxitos e fracassos ?
- Como está se comportando a concorrência ?
- Como é o produto ?
- O que ele faz ?
- Do que ele é feito ?
- Quais são suas vantagens e desvantagens ?
- O produto é de extrema necessidade ou não ?
- Que necessidades ele satisfaz ?
- Quais os concorrentes diretos do produto na ocasião ?
- Se já estiver no mercado, quais os concorrentes do produto que apareceram depois ?
- Como o produto é vendido ?
- Quando é vendido ? Há ocasiões especiais ?
- Quem compra o produto ?
- E quem o consome ?
- Com que frequência ?
- Quem exerce influência na compra deste ?
- O consumidor do produto. Como vive ? Onde compra ? Quanto ganha ?
A que classe pertence ?
- O que pensa do produto e de seus concorrentes ?
- Sabe usar o produto ?
- O consumidor tem consciência da necessidade do produto ?
- Já experimentou o produto ?
- Como reagiu ?
- Foi dentro da expectativa ?

- Continuou usando o concorrente ?
- Com o que o produto pode ser associado ? Desejo, satisfação ?
- Quais os problemas práticos e objetivos que o produto pode ajudar a resolver ?
- Qual a importância deste problema para o consumidor ?
- A compra do produto cria algum conflito que possa ser atenuado pela propaganda ?
- O dinheiro da compra do produto representa algum tipo de investimento ?
- Do ponto de vista do consumidor qual a importância das vantagens que o produto oferece ?
- Quais os atributos que se transformam em benefícios ?
- Os benefícios são palpáveis, demonstráveis ?
- Estes benefícios aparecem a curto, médio ou longo prazo ?
- Como manter o consumidor fiel ao produto ?
- Como relaxar a tensão do consumidor no momento da escolha ?
- Como o consumidor se comporta no grupo social ?
- Como a propaganda deve justificar socialmente sua compra ?
- De que forma o produto é utilizado ?
- O apelo para a compra deve ser emotivo ou racional ?
- ...

Estas perguntas são essenciais para o devido conhecimento da dupla de criação²⁵, pois eles devem ser extremamente curiosos, perguntadores, inquietos, ter a mente sempre excitada pela descoberta de nova idéia, nunca se dar por satisfeito com a primeira

²⁵ Dupla de criação é a prática dominante dentre as agências de publicidade. É constituída por redator e diretor de arte. Não se deve esquecer que na maioria das vezes a dupla de criação está subordinada ao diretor geral ou de criação.

solução, pois a próxima idéia pode ser melhor, já que quanto mais se sabe a respeito do problema a ser enfrentado, maior e melhores são as chances de obter bons resultados, o que levaria o(s) criador(es) a inventar o que se deseja. Sendo assim, o planejamento tem função importante e indispensável, mas ao passo que o desempenho talentoso da criação vai sendo desenvolvido, fazendo com que o produto vendido pela agência seja capaz de emocionar e persuadir o consumidor, através do produto de seu cliente, a criação torna-se o coração desta - em muitas agências este processo desenvolvido pelo planejamento conta com o responsável da criação.

Bem, como a dupla de criação deve estar perfeitamente inteirada com o departamento de planejamento e atendimento, este deverá estar também, inteirado com a criação, pois terá que comprar a campanha formulada por esta e vendê-la ao cliente, havendo assim cumplicidade no sucesso ou não desta campanha, para aprovação do cliente.

Após explicitados alguns afazeres do departamento de atendimento e planejamento, é necessário demonstrar os departamentos que formam a criação. São constituídos de diretor geral ou de criação, diretores de arte, redatores, produtores gráfico, de cinema, televisão e rádio. Estes departamentos existem de forma bem definida nas melhores agências, não necessariamente as com maior volume de trabalho, porte e poder aquisitivo. Nas agências menores alguns departamentos sofrem uma fusão com outros, ou seja, um indivíduo é responsável por mais de um departamento.

Os produtores gráficos são os responsáveis pela produção dos fotolitos, impressos, clichês, ao passo que os produtores de cinema, televisão e rádio, além de contribuírem com idéias para comerciais, supervisionam sua preparação nas filmagens e gravações. Geralmente a parte correspondente a estes produtores é terceirizada, ficando ao encargo das chamadas produtoras, e a parte criadora em específico à agência de propaganda - com o direito de criação, diretor de artes e redator.

Mas o que mais nos interessa é a parte central da criação publicitária que é constituída por um diretor de criação, um redator e um diretor de arte, que juntos trabalham (teoria predominante, chamada dupla de criação - redator/diretor de arte) para agrupar os talentos buscando a idéia mais adequada para cada situação de publicidade. Aqui não importa a ordem a ser seguida, o diretor de criação esboça seu conhecimento delineando a criação, e então não importa se é o redator quem sugere primeiramente a idéia e o diretor de arte quem a ilustra ou vice-versa.

Também deve-se ressaltar que a agência pode contratar profissionais que não fazem parte do seu seletivo grupo de criadores para trabalharem em determinada campanha, estes trabalhadores são chamados de “free lancers”.

Julieta Ladeira nos transmite uma noção do que especificamente o setor de criação faz:

“Criação - composto por duplas (redator/diretor de arte) este é o departamento que, mediante o briefing, estabelece objetivos e estratégias para a ação de comunicar, criando as peças correspondentes, capazes de conduzir o público à ação pretendida. O departamento cria peças isoladas ou campanhas publicitárias completas. Com os textos criados pelos redatores e os roughs executados pelos diretores de arte, o departamento de Criação aciona o Estúdio da agência, onde os layouts são elaborados de acordo com os recursos mais indicados, à mão ou eletronicamente.

“O departamento de Criação está estreitamente ligado ao trabalho do Estúdio e da Produção.”²⁶

²⁶ LADEIRA, Julieta de Godoy. Criação de Propaganda, 4ª ed., SP, Global Ed., 1997, p.49.

O redator, ao redigir um anúncio, terá em mente a procura do estímulo para influenciar nas vendas de seu cliente, lançando mão de idéias diferentes, arrojadas, procurando distinguir ao máximo o produto, de seus concorrentes, evitando assim o plágio²⁷ e garantindo desta forma a originalidade de sua criação. Isto tem seu início quando o criador redator possui mais vivência com a situação de mercado do que com a situação empresarial, o que possibilita sua comunicação com pessoas de formação cultural e social específica, garantidoras do sucesso criativo.

Ao desenhista ou diretor de arte cabe estudar as inovações e acentuar as características mais importantes, inspirando-se no texto produzido pelo redator, mas também poderá transformar em formas suáveis e agradáveis a forma ríspida e as rígidas linhas do produto.

Como se pode ter em mente, a criação é exercida de maneira livre, sem qualquer regra, mas com único objetivo que é o de influenciar, informar, cativar, conquistar o consumidor através de seu trabalho. E para que este objetivo seja alcançado, faz-se imprescindível que a criação esteja no papel, codificada como qualquer outro trabalho intelectual, já que é constituída de texto, imagem, conseqüência de raciocínio e emoção. Enquanto as idéias são debatidas, não são objeto de proteção jurídica, servindo apenas para reflexão.

O livro de Elóy Simões²⁸, intitulado Contato Imediato com Atendimento em Propaganda, elenca cinco fases do processo de criação publicitária, a saber:

A primeira fase consiste em saber com precisão qual é o problema, para que se possa evitar “dor de cabeça” na equipe de criação e conseqüentemente muitos trabalhos deixariam de ser refeitos. Nesta fase o autor salienta que o anunciante deverá conversar diretamente com o profissional de criação, para evitar desvio de informação, além de

²⁷ É classificado como uma violação, ou ato de imitar trabalho alheio, em propaganda. Está previsto no art. 185, CP.

²⁸ SIMÕES, Elóy. Contato Imediato com Atendimento em Propaganda (Agências & Anunciantes), SP, Ed. Global, 1992.

aproximá-los, pois quando a campanha é rejeitada quem leva toda a responsabilidade é o próprio criador, mas quando é aprovada, todos recebem os louros.

A segunda fase consiste em dar prazo certo e coerente para a criação desejada, evitando fazer com que os profissionais de criação trabalhem sob pressão, inexistindo a tão importante fase de incubação, o que acaba por baixar seu rendimento e conseqüentemente chegar a resultados duvidosos, extremamente frustrados, campanhas menos criativas e até rejeitadas.

A terceira fase refere-se à apresentação da campanha pela própria equipe de criação, pois ela poderá elucidar qualquer dúvida existente, já que é autora principal da propaganda.

A quarta fase reflete-se no sentimento, no fato de ir à frente a todo custo, abrindo novos caminhos, explorando novas tendências, pois, segundo o autor, que adianta dizer todas as coisas direito, se ninguém vai ouvir? Que adianta ter um posicionamento perfeito, se ninguém vai prestar atenção em você? Por que uma afirmação boba e chata do seu posicionamento jamais vai conseguir um pingão de atenção do consumidor? Um total de 85% dos anúncios não são, sequer, vistos. Sim, estamos ficando chatos em nossas comunicações ao consumidor, por causa de uma pretensa eficiência realista. Estamos procurando o que dizer, esquecendo-nos de que, como dizê-lo é a garantia de que vai dar certo. O tempo é peça chave na publicidade, pois quanto maior, mais criativa deverá ser a propaganda para “prender” o consumidor. Porque ela é a forma mais rápida e a mais econômica maneira de chegar aos consumidores.

A quinta e última fase enunciada por Simões refere-se ao trabalho criativo, o princípio da análise individual, já que, geralmente, a análise da campanha é um trabalho solitário, pois várias pessoas apenas tumultuariam a propaganda e, como diz o ditado popular “de um cavalo árabe teríamos um camelo”.

Ainda Almada salienta que:

*“A função da criação em propaganda seria a colocação do banal, do cotidiano, do trivial, das imagens e conceitos do dia-a-dia em alguma forma surpreendente. A originalidade em propaganda seria, sobretudo, o inesperado construído sobre dados já familiares ao receptor da mensagem.”*²⁹

Isto quer dizer que a informação e o talento são os dois princípios fundamentais no trabalho da dupla de criação que deve ter todo o conhecimento do produto, do mercado e principalmente do consumidor, tão bem quanto o cliente e o responsável pelo atendimento/planejamento, pois somente desta forma terá condições de defender o seu trabalho e ganhar o respeito daqueles que deverão aprovar a campanha.

O conhecimento do banal, do cotidiano, do trivial, faz com que o(s) criador(es) possa(m) depositar sua dedicação, amor e talento, cada vez mais na nova criação, pois é necessário pensar e repensar para se chegar ao que se deseja, ou seja, o esboço da obra publicitária. Já que de nada adianta ter um leque de experiências de produtos, informações bem estruturadas a respeito do produto, objeto da propaganda, se o “profissional de criação”³⁰ não tiver no seu espírito vivência armazenada, acervo cultural, enfim, todos os conhecimentos adquiridos graças a sua curiosidade e inquietude intelectual. Pois não existe assunto que não faça parte da formação de um profissional de criação. Estas aquisições que são armazenadas em desordem, ao serem fomentadas com a idéia principal da propaganda, terão maior chance de fazer surgir uma idéia criativa.

A criação em propaganda é um ato simples, básico, intelectualmente primário, mas que agregado à experiência vivida pelo(s) criador(es) torna-se o grande segredo que possibilita o verdadeiro achado, a descoberta, a produtividade fluente, a capacidade

²⁹ ALMADA, Comunicação: as funções da propaganda, p. 92

³⁰ Pode ser qualquer um que não possua vivência ou dedicação para a função.

infalível de criar, ou seja, “inventar a criação mais criativa” - aqui leva-se em conta o domínio da técnica profissional, que nada mais é do que a aplicação do domínio da técnica mental aliado ao conhecimento do(s) criador(es) - pois quando nossa mente trabalha de forma extrovertida é capaz da solução, desenvolve meios de selecionar essas informações e de transformá-las em alguma coisa mais viva para nós e para os outros³¹, tendo como finalidade chamar a atenção, prender o interesse, despertar o desejo de possuir o produto que acaba se transformando no desejo de ação - a compra do produto.

O objeto principal que deve conter o anúncio, seja ele de propaganda ou publicidade, é o desejo, pois na primeira ele é de adesão ao sistema de idéias, e na segunda é da idéia de consumo, ou seja, a venda do produto, que é confirmado pela cultura de massa. Esta cultura busca equilibrar o descompasso - pouco provável na sociedade atual - entre a real necessidade do sujeito e aquilo que é satisfeito pelo consumo de bens simbólicos. Dessa forma a criação do desejo/fantasia desenvolve expectativas imaginárias no ser humano que são criadas a partir da publicidade - ou até pela propaganda - com o intuito permanente da busca da realização econômica - ou parecer realizado, usufruído do que é oferecido e utilizado por quem já é realmente realizado - ou de suas satisfações, já que o desejo pode ser interpretado como o almejo entre a quantidade de bens que possui inicialmente e a quantidade desejada.

Segundo Peirce, esse sistema de crença no consumo, de tanto ser reafirmado pela cultura de massa, através da publicidade, leva o receptor da mensagem a criar o hábito de compra, tornando-se geralmente passivo e automático, porque a única regra de ação que se conhece está orientada pelo único sistema de crença que serve de referência para a ação de sujeitos envolvidos pela sociedade de consumo. Neste hábito de compra estão deslocadas as reais necessidades histórico-sociais que levariam à realização de desejos materiais.

³¹ LADEIRA, Criação de Propaganda, p.11.

“O anúncio adequado, inteligente, criativo, é demonstração de superioridade de imaginação sobre o comprador a ser persuadido, e este se persuade mais rápido por isso. O anúncio criativo gera, em quem recebe, uma admiração sincera, e ele cede de bom grado a esse julgamento. O fugaz e tão comum deslumbramento - “puxa! que anúncio bem bolado!” - pode ser meio caminho andado para fazer seu admirador comprar o produto. Afinal, convencer é uma forma de vencer ...”³²

Esta idéia criativa deverá estar vinculada diretamente ao montante que o cliente tem destinado para a veiculação da campanha publicitária, pois é completamente diferente fazer um filme publicitário de 15, 30, 45 ou 60 segundos, onde em um deverá ser criado uma frase de maior impacto, em outro frases mais suaves, em outro mais paisagens, e assim se diferem uns dos outros, dependendo do tempo de duração de cada um.

Aqui não se está querendo dizer que o redator ou diretor de arte serão menos criativos por causa da verba destinada, mas sim que poderão aproveitar melhor os recursos e meios disponíveis para o melhor desenvolvimento da idéia principal, fazendo com que a invenção primária possa ser aprimorada e conseqüentemente fazendo a verba brilhar.

Além destes fatos, devemos observar a própria história da propaganda, que é um reflexo do mundo contemporâneo, que tem nos mostrado que o criador não pode ter preconceitos nem regras fixas para que sua campanha seja criativa, diferente, emocione, deixe o consumidor com água na boca, pois como bem descreve Magy³³, criar é tornar interessante um assunto que às vezes não é. É aparecer mais do que simplesmente estar presente num espaço de televisão, jornal ou outras mídias.

Ou como ensina Roberto Menna Barreto:

³² BARRETO, Criatividade em Propaganda, p.135.

³³ IMOBERDORF, Magy; RIBEIRO, Julio; ALDRIGHI, Vera; BENETTI, Edison; LONGO, Walter; DIAS, Sérgio Roberto. Tudo o que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar, in Criação, SP, Atlas Ed. 1985.

“Talvez a palavra criatividade não ajude a exprimir bem o que ela seja. Dita assim, “criatividade” sugere o aparecimento de uma obra espontânea, como o nascimento gratuito de uma flor (e aí estaríamos de novo identificando criatividade como algo semelhante à inspiração).

“(...) Criatividade é sinônimo de SOLUÇÃO DE PROBLEMA. Ela só existe, ela só se exprime, face a um problema real, como aplicação para um problema real.”³⁴

Face ao exposto, pode-se deduzir que a inspiração, na publicidade, não existe, o que existe são orientações, técnicas, treino, talento, desenvolvimento do talento, capacidade de armazenamento, curiosidade, predomínio de uma idéia mais aberta, capacidade de enfrentar pressões, que no conjunto formam a criação publicitária, que é fundamentalmente comercial, mercenária, voltada para o sucesso. Isso ocorre porque a sociedade moderna necessita de homens criativos capazes de solucionar de forma mais rápida e econômica os problemas que possam surgir.

Em virtude disto, muitos autores fazem uma divisão no processo de criação, sendo uma fase consciente e outra inconsciente. Na primeira fica-se sabendo que há um problema a resolver e busca-se através de pesquisas, informações colhidas no planejamento, idéias descobertas em outras situações, o que acaba por preparar o espírito do profissional. Na segunda fase, onde o profissional está de posse de todas as informações, sua mente começa a trabalhar buscando encaixar as aquisições com sua vivência prática, que em um determinado momento de iluminação surge a idéia criativa, objeto essencial da propaganda ou como muitos chamam, esboço da obra publicitária.

³⁴ BARRETO, Criatividade em Propaganda, p. 69.

Conforme José Kfuri propôs na Escola Superior de Propaganda de São Paulo, esse esboço da obra publicitária estaria completo quando feita a análise sob três aspectos dos produtos que seriam desenvolvidos através da propaganda. São eles: o aspecto anatômico, fisiológico e o psicológico.

“A “anatomia do produto” descreve sua forma, seu conteúdo, sua apresentação. A “fisiologia do produto” descreve sua função, aponta características especiais de sua fórmula, estrutura ou desempenho. E a “psicologia do produto” revela o que êle subjetivamente representa para o consumidor, sua semântica, revela o signo que há naquele objeto, mostra o significado que transcende a sua condição primária de coisa útil.”³⁵

E, finalmente, no I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro, foram delineados as normas padrão a serem seguidas entre agência e cliente. Ele estabelece no item II as atribuições da agência para com seu cliente, inclusive a criação. Veja-se:

“II

São os seguintes os serviços básicos que a Agência de Propaganda presta ao Cliente-Anunciante:

(...)

f) executar o plano apresentado, isto é conceber e redigir o texto e idealizar e fazer a ilustração; produzir e distribuir a propaganda; verificar a sua perfeita execução e distribuição prestar contas ao cliente das despesas correspondentes ao plano aprovado.”

³⁵ ALMADA, Comunicação: as funções da propaganda, in Criação, p. 99.

Após desenvolvida a primeira fase destinada a criação publicitária é importante salientar que ela somente se dará por concluída com a produção, que “nada mais é do que dar corpo às idéias”.

O processo de produção tem seu desencadeamento após a aprovação da campanha publicitária pelo cliente que é responsável pela finalização de todo material.

O trabalho de produção é geralmente terceirizado por produtoras, que recebem a “criação primária” e a ela dão forma com seu toque finalístico, ou seja, introduz a visão de seu diretor na “criação primária”, adaptando-a aos requisitos exigidos pela sociedade e pela produção material.

Depois de concluída a criação publicitária, em todas as suas etapas, falta somente por em prática o resultado de todo esse movimento desencadeado com o intuito de desenvolvimento comercial ou institucional. Este processo finalístico em que se constitui a mídia, é o que ajuda em muito a difusão da idéia transmitida pela criação publicitária, pois ela tem o conhecimento de todos os veículos de divulgação e principalmente no qual será mais vantajosa a aplicação daquela campanha delineada no planejamento.

5. OS OBJETIVOS DA CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA

Para que se alcance com êxito os objetivos da campanha publicitária, faz-se necessário que a dupla de criação participe ativamente do planejamento, para quando chegar a hora do trabalho possa estar mais familiarizada, informada, dominando o problema, o que fará com que as idéias surjam mais naturalmente, com conseqüente ganho de tempo, dinheiro e sem desvio de finalidade - ao passo que se confiar tudo ao departamento de planejamento poderá ocorrer desvios de finalidade, maior demora e conseqüentemente perda de dinheiro.

Admitindo-se que as informações a respeito do produto, do mercado e do consumidor, estejam em posse da dupla de criação que produzirá a propaganda, esta poderá, neste momento, delinear os objetivos da campanha, que além de estar em sintonia com os objetivos do mercado, tem uma tríplice função que é a orientação para a criação, o ponto de referência para a pré-avaliação e a base para a avaliação dos resultados da campanha.

“A determinação do objetivo não é uma decisão aleatória. Exige um conhecimento amplo da situação de mercado, da situação da empresa, da posição e do desempenho do produto, da atividade, posição e desempenho da concorrência e do papel que a propaganda poderá desempenhar em tal panorama.”³⁶

Primeiramente, tem-se com a propaganda um objetivo, que é o aumento do faturamento das empresas, ou seja, a venda do produto, de uma imagem, uma idéia ou um hábito novo, que por ventura seu cliente queira implantar com o produto. Mas poderão surgir outros objetivos para a empresa como a conservação da clientela que ela possui, pois a conquista de novos consumidores exigiria um investimento muito além do previsto, outras vezes será um comunicado ou até anúncios de prestígio.

Em caso de lançamento de um novo produto, o objetivo é estimular a atitude de fidelidade do consumidor potencial para com aquela marca, chamando-lhe a atenção e aguçando a curiosidade deste para experimentar o novo produto.

Num caso de concorrência, o objetivo da propaganda é de renovar o interesse do consumidor, salientar as vantagens do produto e se possível estimular a comparação com o produto concorrente, incentivando a infidelidade do consumidor.

³⁶ ALMADA, Comunicação: as funções da propaganda, in Criação, p. 104.

As empresas possuem vários objetivos - que por ela são delineados - e a propaganda tem como objetivo básico a informação e a motivação do consumidor para a aquisição do produto fornecido pela empresa do cliente. Observe alguns dos objetivos das empresas:

- “- produzir uma venda imediata,*
- construir uma demanda primária,*
- informar sobre a disponibilidade de um produto,*
- construir imagem, preferência ou aceitação de marca,*
- informar sobre um novo produto, disponibilidade, características, preço,*
- ajudar os vendedores, criando receptividade por parte do atacadista/varejista,*
- criar uma reputação de bons serviços, qualidade, capacidade pesquisa,*
- aumentar a participação no mercado,*
- modificar os apelos e os motivos de compra existentes,*
- aumentar a frequência de compra (“giro”) de um produto,*
- informar sobre novos usos para um produto,*
- aumentar o número ou a qualidade dos varejistas,*
- construir a imagem da empresa,*
- atingir novas áreas ou novos segmentos da população em áreas existentes,*
- desenvolver mercados externos.”³⁷*

Salientado-se que é necessário um objetivo bem definido para que a criação possa delinear com clareza o seu trabalho que residirá na capacidade de atrair a atenção do

³⁷ Eugene J. Kelley, Editor, “Marketing: Strategy and Functions”, Prentice Hall, Inc., 1965, adapted from John B. Matthews, Jr. Robert D. Buzzell, Theodore Levitt, Ronald E. Frank, “Marketing: an introductory Analysis”, McGraw-Hill, 1964. Estes dizeres estão contidos na obra de SIMONSEN Junior, Harry. Comunicação: as funções da propaganda, in Marketing, p. 43

consumidor, ou seja, o que se pretende com a criação é que a mensagem seja entendida e conseqüentemente o produto seja lembrado e com isto se desperta no consumidor o desejo de adquirir o produto anunciado, além de servir para avaliação dos resultados obtidos com a propaganda ou publicidade.

6. O CLIENTE E A AGÊNCIA DE PROPAGANDA

A propaganda não pode mais ser estudada como um fenômeno isolado, ela faz parte de todo o meio de comunicação e conseqüentemente envolvida em fenômenos paralelos, onde colhe subsídios.

Além disso, a propaganda/publicidade é um dos meios mais importantes que a empresa tem para comunicar-se com o mercado consumidor, e esta tarefa está sendo executada sistematicamente por agências independentes, desde que a propaganda exista como função independente.

Harry Simonsen Junior, revela a relação entre a empresa e a agência de propaganda;

“A relação funcional entre a empresa e a agência de propaganda depende mais da organização da empresa que da agência, uma vez que a maior parte destas últimas está organizada para comunicar-se com seus clientes por meio de contatos ou, melhor dizendo “account executives”, que atendem uma ou mais empresas-clientes.”³⁸

³⁸ SIMONSEN Junior, Comunicação: as funções da propaganda, p. 54.

Esta afirmação decorre do fato das empresas estarem à procura de novas fontes de produtividade e o empresário ver na propaganda um dos terrenos mais férteis, capaz de lhe trazer os resultados esperados. Mas o contrário também pode acontecer, quando o investimento publicitário não tiver os objetivos devidamente delineados. Isto quer dizer que a agência encarregada pela empresa possui profissionais especializados - contatos - para o atendimento e possíveis soluções para seus clientes, mas de nada adianta esta organização por parte da agência se a empresa não tiver certo grau de organização, pois é impossível que o responsável pela propaganda daquele cliente desenvolva seu trabalho com êxito se não tiver as informações desejadas. E, como um velho ditado relata: a organização “começa em casa”.

Dando continuidade à explanação feita até o momento, pode-se deduzir que a criação é a “peça-chave” na agência, pois desenvolverá soluções através do que o contato lhes transmitir.

Após ter citado as cinco principais partes em que pode ser dividida uma agência, pode-se dizer que ela até pode sobreviver mesmo com a falta de qualquer uma das partes³⁹, salvo o departamento de criação, que funciona como o cerne da agência de propaganda, tudo o que ela produz sai da criação, seja essa criação boa ou não. Os outros departamentos contribuem diretamente para assessorar e por em prática o trabalho do departamento de criação, com o conseqüente aperfeiçoamento e delineamento.

Por mais que se tenha argumentado sobre a criação publicitária, não obstante as discussões teóricas, a função da propaganda ainda é vender. Porém ninguém consegue criar sem ter definidos os objetivos e metas do cliente.

Alfredo Carmo ressalta que a problemática da criatividade não depende somente das condições materiais, psicológicas ou ideológicas encontradas nas organizações de

³⁹ Faz-se ressaltar que esta afirmação é feita de forma geral em que todas as partes da agência funcionem normalmente, e não quando há destaque em determinada área, como por exemplo: gerenciamento ou mídia (esta até já constitui espécie de agência paralela, destinada especificamente a difundir a obra publicitária).

propaganda, mas a maior ou menor criatividade depende também do patrocinador ou do cliente, seja na remuneração ou ideologia.

A finalidade da agência de publicidade é fazer anúncios que vendam, sendo que nada adianta ter excelentes relatórios, planos indispensáveis do produto, mercado e consumidor, se não tiver anúncios criativos, pois o consumidor, único e principal alvo, não lê relatórios, mas sim adquire produtos pelo que vê nos anúncios e demonstrações.

Diante do exposto, pode-se concluir que todo negócio publicitário começa e termina com o consumidor (alvo principal da empresa e objeto principal a ser satisfeito pela criação publicitária), pois quanto antes ele for atingido, fispado pela propaganda, ou seja, quanto menor o prazo para que ele adquira o produto, maior será a rentabilidade da empresa (cliente da agência), o que acaba em ser um pré-requisito para a penetração e obtenção de resultados de uma agência no mercado de trabalho.

CAPÍTULO II
PRIMEIRA PARTE
EM QUAL RAMO DO DIREITO INTELECTUAL
A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA É INSERIDA

A publicidade é a principal força no auxílio ao crescimento empresarial mundial servindo como um dos alicerces ao desenvolvimento econômico, especificamente neste século. Mesmo sendo a técnica publicitária conhecida há centenas de anos - em que a máxima é produzir mais para vender mais com menores custos. Atualmente, para que isso aconteça a publicidade é o meio que contribui, pois engloba todas as formas de comunicação destinadas a difundir o consumo (podem ser desde criação de cartazes até *sits na internet*, desde que visem a informação e/ou lucro).

Esta forma de trabalho serve tanto para a iniciativa privada como para a pública. A primeira sustenta o desenvolvimento econômico e a segunda, de sentido institucional, serve-se da publicidade para a devida prestação de contas dos governantes ao povo e para transmitir à população as informações que lhes são necessárias. Deve-se ressaltar que o governo também pode anunciar com finalidade econômica - como nos casos da autarquias, economias mistas.

O Professor Carlos Alberto Bittar define obra publicitária da seguinte forma:

“Obra publicitária é a criação intelectual, de regra breve e expressiva, que se destina a promover a comunicação ao público de determinado produto ou serviço. Contém sempre uma mensagem, voltada para a sensibilização do público” (p.117).⁴⁰

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Publicitária, SP, RT, 1981, p. 117.

Para Antônio Chaves a definição de obra publicitária, é a seguinte:

*“Obra publicitária é aquela que, por meios visuais, auditivos ou audiovisuais faz chegar ao público em geral, ou a determinadas categorias, o conhecimento da existência e das virtudes de um determinado produto.”*⁴¹

A criação publicitária abrange composições literárias como: anúncios, cartazes e *slogans*, as artísticas como: *jingles*, gravuras, filmes e por fim as complexas - que compõem-se de combinações de gêneros diferentes: obras lítero-musicais, lítero-figurativas entre outras, que podem abarcar certos anúncios, *jingles*.

A obra publicitária pode ser expressa de várias formas e através de diversos meios de comunicação como: imprensa, televisão, rádio, cinema, impressos e outros, sendo capaz de desenvolver comportamentos imediatos, pois trabalha com arte e técnica juntas que envolvem principalmente o trabalho intelectual de criação, o qual vem suscitando muitas questões no campo jurídico.

Dentre as questões mais interessantes podemos destacar os direitos intelectuais decorrentes da invenção ou criação publicitária do autor mediante sua obra.

Deve-se aqui registrar que nem todo o produto do intelecto interessa ao direito em questão, tais como: as manifestações políticas, religiosas e outras. As atividades que interessam a esse direito estão delineadas dentro de determinadas categorias que expressam as obras literárias, artísticas e científicas, além de algumas aparentemente abrangidas, serem excluídas.

Para ter o devido conhecimento da aplicação legal, deve-se ter em mente que o gênero direito intelectual, como já mencionado, constitui-se de direitos autorais, que divide-se em direito de autor e direitos conexos e os de propriedade industrial ou direito

⁴¹ CHAVES, Antônio, RTJE, vol. 160, in Filmes Publicitários. Na natureza jurídica. Importância., de set/out. de 1997, p.65.

industrial, tendo inclusive institutos legais em comum, como: serem disciplinados como sendo bens móveis; a de interpretação restritiva dos negócios jurídicos devidamente expressa na Lei dos Direitos Autorais (art. 4º) e aproveitada por analogia na propriedade industrial, pois o que não está devidamente exposto nos contratos não constitui "*pacta sunt servanda*".

Assim, como existem peculiaridades entre os direitos intelectuais, também existem diferenças dentre as quais pode-se citar: uma das relações mais marcantes é estabelecida pela própria Constituição Federal, quando enuncia o aspecto privado nas obras literárias, artísticas e científicas, contando como interesses individuais do criador na matéria de direitos autorais, ao passo que os direitos de invenções, também enunciados pela Carta Magna, transmitem o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país, ou seja, prima pelo interesse público. Os prazos destinados à proteção dos inventos e criações são diferentes, sendo de 10 anos para marcas (podendo ser renovada infinitamente, desde que em igual período), de 15 anos para os inventos, de 20 anos para os de modelo de utilidade, e de 25 anos para os desenhos industriais, enquanto que o período de proteção dos direitos autorais é de 70 anos, caindo, após estes períodos, em domínio público; Nos direitos autorais impera o princípio da informalidade ou da proteção automática, pois o criador é possuidor de seus direitos desde a sua criação, não necessitando registrar seu fruto para tê-lo, ao passo que na propriedade industrial a formalidade deve ser obrigatoriamente cumprida para que o inventor tenha seus direitos protegidos, resguardados.

A partir destas constatações chegou-se à desmistificação do intelecto, sendo que a criação leva em conta a satisfação dos objetivos estéticos e a constituição de obra de engenho⁴², ao passo que a invenção considera como necessidades básicas a satisfação e produção de utilidades materiais, ou seja, consubstancia-se em um objeto de aplicação técnica.

⁴² Segundo Professor Bittar, obra citada, p. 34, estabelece que obra de engenho "é aquela que, por uma própria natureza, preenche objetivos estéticos ou de conhecimento. Possui, pois, valor estético autônomo. Encerra em si esse atributo, dirigindo-se aos diferentes sentidos do homem." Cita como fonte Ascarelli, p. 638 e ss., Are, p. 29.

Com o decorrer da história, os estudiosos foram definindo, além das já citadas, quais as diferenças existentes nestes dois âmbitos. Veja-se:

O direito de propriedade industrial é caracterizado pelas obras de ordem material no sentido de utilidade técnica, levado-se em conta a intenção e a utilidade da obra. Através deste instrumento, pretende-se preservar a obra em conformidade com a aplicação do produto final na solução de problemas técnicos relacionados com o processo de produção e expansão da economia. Seu objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da obra para a multiplicação ou da inserção do processo produtivo. Isto quer dizer, uma vez produzida “a coisa” ou objeto, ela é vendida e passa a integrar o patrimônio do adquirente. Geralmente, o direito industrial é específico, ou seja, versa sobre determinada invenção que tem fim utilitário determinado, além de necessariamente exigir os requisitos da novidade e originalidade.

Já os direitos autorais são caracterizados por obras dotadas de unidade intelectual, que por si só atendam às exigências intelectuais sem se importar com a intenção do autor ou a utilização da obra (constitui em satisfazer objetivos estéticos). Aqui procura-se defender a paternidade (autoria conforme a nova Lei) e a integridade da criação do autor percebendo ele assim proventos de natureza econômica resultantes de sua utilização. Neste plano o adquirente “da obra”, objeto da criação intelectual, tem somente a detenção corpórea ou até a utilização do direito patrimonial⁴³, dependente de transferência, já que o direito moral⁴⁴ é irrenunciável e inalienável.

A doutrina germânica definiu como protegida a criação intelectual individualizada em forma interna⁴⁵ e manifestada sob determinada forma externa, o que também influenciou os legisladores brasileiros, podendo-se então constatar a proteção através da forma com que o autor apresenta sua atividade espiritual. Desta forma pode-se deduzir que

⁴³ Será especificado na parte B, subitem 3.2. deste Capítulo.

⁴⁴ Também chamado de direito pessoal ou personalíssimo; será especificado na parte B, subitem 3.1. deste Capítulo.

⁴⁵ Segundo o Professor Carlos Alberto Bittar é a expressão objetivada do pensamento ou a construção orgânica da obra e a forma externa seria o revestimento literário ou artístico que ela recebe.

a obra intelectual necessita de suporte para exteriorizar-se mas não para finalizar-se, pois pode assumir diversas expressões, e conforme o princípio da independência dos direitos de autor, que recaem sobre a obra, pode ela ser protegida em todos os aspectos jurídicos que for de direito. E, finalmente a obra deve ter sua essência conceitual como função estética e como requisitos básicos um mínimo de esforço criativo e original - a Lei dos Direitos Autorais também protege as obras compostas e derivadas onde existe apenas novidade formal extrínseca - capaz de produzir efeito espiritual.

Assim sendo, quando a atividade publicitária assumir concretização exterior e manifestar os requisitos de originalidade e criatividade, será tutelada pelos direitos autorais.

Deve-se ressaltar que poderão surgir criações com características artísticas e utilitárias de forma inseparáveis, ou seja, de forma simultânea, onde a obra artística poderá ser aplicada na indústria sem perder a qualidade de obra de arte, o que resulta, segundo denominação do Professor Carlos Alberto Bittar, uma obra de arte aplicada, merecendo dupla proteção. Pode-se opor que o fim utilitário esteja presente também na própria expressão, mas o poder de convencer da obra publicitária não lhe retira a possibilidade de alcançar fim estético como por exemplo as obras de tapeçarias que mesclam arte e utilidade, a utilização de obras intelectuais como: desenhos de etiqueta, industriais, quadros publicitários e vários outros produtos artísticos/industriais.

O Professor Bittar relatando os dizeres de Francisco Vaillant no livro intitulado *La regulación de la actividad publicitaria*, relembra o seguinte:

“Realçando um dos requisitos legais, assinala um dos autores que as criações intelectuais resultantes de atividades publicitárias podem possuir condições de originalidade que lhe confirmam a tutela jurídica, bem

como as invenções e obras industriais, que se acham, pois, amparadas, conforme o caso, pelo Direito de Autor ou pelo Direito Industrial.”⁴⁶

Deve-se ressaltar que para as obras, fruto do intelecto, serem protegidas por um ou ambos os direitos intelectuais é necessária a existência de suporte físico, pois não é concedido amparo à obra estruturada na mente do autor.

Certo de que existe muitos problemas referentes às criações publicitárias que enquadram-se na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996), tais como criação de uma marca, *slogan* e muitas outras, mas para a presente monografia é preferível observar com mais atenção a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, que passou a vigorar a partir do dia 20 de junho do corrente ano) que delineará os pontos que poderão nortear o direito do criador, ou seja, do “autor criador” e “autor detentor da titularidade”, já que estes direitos podem ser divididos entre os direitos morais ou pessoais, também chamados por alguns de personalíssimos, e os direitos patrimoniais.

Observando os dispositivos legais codificados na Lei de Propriedade Industrial - Lei nº 9.279/96 - nota-se claramente a impossibilidade de proteção às criações ou obras publicitárias. Veja-se:

“Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

(...)

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética.” (grifou-se)

⁴⁶ BITTAR, Direito de Autor na Obra Publicitária, p. 158.

“Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda.” (grifou-se)

Assim, faz-se necessário examinar alguns problemas referentes à relação jurídica existente na criatividade publicitária, deixando a parte os relativos à propriedade industrial, bem como os referentes a veiculação e distribuição dessas respectivas obras.

No plano levantado aqui o anunciante contrata uma agência de publicidade para desenvolver profissionalmente a campanha de determinada empresa ou produto, ficando, envolvidas as seguintes formas intelectuais, direitos conexos e de imagem:

- a) Dramática (textos ou *scripts* de rádio, TV, cinema e outros);
- b) Musicas (*jingles*, trilhas sonoras);
- c) Literárias ou escritos em geral (anúncios de revistas, jornais, folhetos)
- d) Imagem (fotografia, qualquer representação da epígrafe: mídia impressa e comercial);
- e) Artísticas (cartazes, anúncios, outdoors, ponto de venda etc.: mídia impressa); e
- f) Direitos conexos (atores, intérpretes, diretores e produtores de fonogramas, vídeoteipes, filmes cinematográficos: comerciais).

Tanto a nova Lei nº 9.610/98, como a antiga Lei nº 5.988/73, não tratam especificamente da criação publicitária. No entanto as características intrínsecas e expressões finais são plenamente coincidentes com as especificadas no art. 7º da nova Lei dos Direitos Autorais, merecendo pois, a mesma proteção, apesar de suas diferentes formas de manifestação exterior. E, quando de forma externa, as criações publicitárias materializadas

forem inconfundíveis e originais qualquer imitação, reprodução, ou utilização não autorizada, constitui um ilícito civil e penal.

Alguns autores, como Hermano Duval⁴⁷, defendem a idéia de que não é necessário a menção expressa da obra publicitária. O que se deve saber é se ela reflete expressões artísticas, não necessitando atingir o nível de criações de grandes talentos, mas o seu enquadramento na esteticidade da obra artística - a arte publicitária reveste-se de feição popular e vem-se afirmando através de concursos, festivais - para merecer a qualificação de arte e conseqüentemente ser protegida.

Pelo já demonstrado sobre a obra publicitária e pelo constante progresso das idéias e das técnicas utilizadas, verifica-se que o conceito está ajustado à obra intelectual, sendo perfeitamente protegível pelo direito de autor, carecendo apenas de normas expressas para conferir aos autores dessas criações publicitárias maior garantia e pleno gozo dos direitos assegurados nesse campo.

Como especificado acima, existe proteção legal não de forma expressa, como seria, para alguns, necessário, mas pelas similaridades com as obras definitivamente protegidas e por conseguinte, uma das questões freqüentemente debatidas no campo jurídico, se refere à autoria e à titularidade autoral da obra publicitária, ou seja, a quem cabe os direitos morais e direitos patrimoniais.

O assunto principal deste trabalho de conclusão de curso, referente à autoria e à titularidade das criações publicitárias, será desenvolvido no Capítulo III, após as definições necessárias para o entendimento e aplicação do direito autoral nestas criações.

⁴⁷ DUVAL, Hermano. A Publicidade e a Lei, SP, Saraiva, 1.976, p. 273.

SEGUNDA PARTE

DIREITO AUTORAL

1. HISTÓRICO

1.1. NO MUNDO

O direito do autor existe desde a mais remota antigüidade, não havia despertado qualquer interesse nos juristas até o século XV, quando ocorreu um fato que viria a revolucionar a história; este fato foi a invenção da imprensa por Gutemberg⁴⁸, marco principal da incessante evolução dos meios de comunicação e conseqüentemente da divulgação das obras intelectuais e artísticas.

Apesar de não existir regulamentação sobre o direito de autor na legislação greco-romana, alguns especialistas acreditam que já havia uma noção do que seria o direito de autor, pois tanto em Roma como na Grécia o plágio era veementemente condenado pelos autores literários.

Os primeiros estudos sobre direito de autor como norma, deram-se através do clero, apesar de haver divergências. Nestes estudos, primeiramente, procurou-se defender os interesses pecuniários de editores e impressores que monopolizavam as produções artísticas, já que naquela época a igreja e os governantes distribuía concessões, num sistema de privilégios, que possibilitava o controle absoluto sobre estes. Tais privilégios acabaram em gerar grandes atritos que culminaram com a intervenção do governo e conseqüente reavaliação do sistema existente.

O golpe de misericórdia para o antigo sistema deu-se inicialmente na Inglaterra com a Rainha Ana, através da promulgação, em abril de 1710, do “Act Anne 8 c

⁴⁸ A invenção de Gutemberg, possibilitou a reprodução das obras até então manuscritas principalmente por membros do clero.

19”, que transformou-se no “Copyright Act”, proibindo a reprodução de obras e dando aos autores o direito exclusivo sobre seus trabalhos inéditos, pelo período de 14 anos.

Após esta data vários países europeus e nos Estados Unidos da América, sucessivas leis foram promulgadas mas o berço do direito de autor, como conceituação moderna, nasceu na França com a Revolução Francesa.

Em 1777, a França abolia os privilégios perpétuos e em 19 de julho de 1793, com a promulgação do Decreto que estendia a proteção do direito de autor a todas as obras, com os dizeres: “peças e escritos de todo gênero” - anteriormente a proteção era restrita aos autores permitirem a encenação de seus textos dramáticos e a proteção era voltada aos editores e aos impressores, preocupando-se diretamente com a reprodução não autorizada - com o reconhecimento do direito de propriedade e impondo a figura do autor como peça fundamental na legislação da época.

Desde então, o direito de autor vem sofrendo veementes alterações para continuar a ser reconhecido no mundo atual, onde sua importância é indispensável para proteger a propriedade intelectual do autor, nestes tempos em que o processo evolutivo saltou da simples reprodução de livros à criação de sofisticados programas de computador - devido ao desenvolvimento de novas tecnologias como: rádio (AM/FM), televisão (transmissão normal/a cabo), vídeo, disco laser, satélites de comunicação e computadores que passaram a fazer parte do cotidiano e exigir a atualização da legislação no tocante a proteção dos direitos autorais.

Com a diversidade de regulamentações existentes a respeito do direito de autor em cada país, e pretendendo garantir uma igualdade mínima para todo e qualquer autor de obra protegível, surgiu em 9 de setembro de 1886, a 1ª Convenção Internacional de Berna, constituindo uma União para a proteção dos direitos dos autores de obras literárias e artísticas de sua lavra (art. 1º), objetivando a legitimidade universal do direito de autor.

Como o progresso técnico é muito superior ao legislativo, faz-se constantes redefinições, aprimoramentos e inclusões de novas espécies de obras protegidas, como se tem efetuado nas Convenções de Berlim (13/11/1908), Bruxelas (26/06/1948), Estocolmo (14/07/1967), Paris (24/07/1971) e Bruxelas (em 1974), sendo que na de Paris definiu-se como incluídas no âmbito do Direito de Autor: “todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”.

Também pode-se citar como Convenções importantes a de Genebra, realizada em 6 de setembro de 1952, as Convenções Americanas que seguiram a diretriz de Berna (a primeira foi a Convenção de Montevideú, em 1889, Washington, de 22/06/46).

1.2. NO BRASIL

Durante o período colonial, ou seja, período em que Portugal como metrópole determinava as ordens a serem seguidas na colônia, era proibido utilizar a imprensa em qualquer forma de manifestação cultural aqui produzida, o que de certa forma justifica o desinteresse pela área do direito autoral. Mas este aspecto continuou após o Brasil ser elevado à categoria de Reino Unido de Portugal e Algarve, como reflexo da imposição da antiga metrópole.

Mesmo após a independência, o Brasil continuou com o sistema de privilégios que somente foi extinto com a proclamação da República.

A primeira manifestação ligada à área de direito autoral, ou seja, o marco inicial na história do direito de autor no Brasil, surgiu com a promulgação da Lei de 11 de

agosto de 1827, que criou os cursos jurídico-sociais nas cidades de Olinda e São Paulo, ainda não abolido o sistema de privilégios⁴⁹. Trazia a Lei em seu art. 7º, os seguintes dizeres:

Art. 7º. Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela congregação servirão inteiramente; submetendo-se porém a aprovação da Assembléia Geral, e o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, compêndios aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.”

O Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830, já estipulava pena a quem utiliza de formas ilícitas que acarretassem a violação da criação de autor sem autorização.

O Brasil através da promulgação do Decreto nº 10.353, de 14 de setembro de 1889, ratifica o acordo feito com Portugal, no qual cada país concedia o tratamento nacional aos autores do outro país.

Após a proclamação da República o primeiro texto legislativo a conter o direito de autor foi o Código Penal (Criminal) de 1890, estabelecendo punições a crimes de contrafação, e no ano de 1891, com o advento da nova Constituição, a matéria ganhou nível constitucional, garantindo-se o direito exclusivo aos autores de obras literárias e artísticas a reprodução pela imprensa ou qualquer outro processo mecânico, deixando aos herdeiros o gozo destes direitos pelo período que a lei determinar⁵⁰. Este dispositivo só não foi mantido, salvo algumas alterações na Constituição de 1937.

⁴⁹ Isto porque a Lei atingia somente os professores acadêmicos daquelas instituições e pelo prazo de 10 anos, e portanto, ainda, com prazo inferior ao que se deu na primeira legislação de direito de autor, que foi de 14 anos, no “Copyright Act”.

⁵⁰ Foi previsto no art. 72, § 26.

Versando especificamente sobre direitos autorais, a primeira lei brasileira que os definiu e garantiu foi a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque⁵¹. Ela contemplava os escritos de qualquer natureza, assim como, o enquadramento de qualquer produção, em suma, do domínio literário, científico ou artístico.

Com o advento do Código Civil de 1917, o direito de autor consolidou-se e sendo inserido no Instituto do Direito das Coisas e do Direito das Obrigações - arts. 649 a 673, que limitavam-se a enunciar as criações pertencentes a obras literária, artística e científica.

Desde então, até o ano de 1973, quando foi promulgada a consolidação da matéria referente aos direitos autorais, através da Lei nº 5.988, que vigorou até poucos dias atrás (para ser preciso, até dia 19 de junho de 1998), foi uma enxurrada de textos de lei e decretos tentando acompanhar e dar solução aos conflitos surgidos com o desenvolvimento da comunicação e de reprodução de sons e imagens. Dentre os quais podemos citar o Decreto nº 4.790/28, que regulava os direitos autorais no domínio das sanções; a Lei nº 4.944/66, regulamentada pelo Decreto nº 61.123/67, que tratava dos direitos conexos.

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973⁵², com seus 134 artigos, elaborada sem consulta às categorias interessadas no processo de criação intelectual, e estruturado com base no CNDA - Conselho Nacional de Direito Autoral, nas associações de titulares de direitos autorais e no ECAD - Escritório Central de Arrecadação, superou o texto especificado no Código Civil⁵³, representando grande avanço, apesar de inúmeros erros e lacunas, pois estabeleceu um conjunto de prerrogativas que garantiam o direito do criador ao seu trabalho artístico e intelectual.

⁵¹ O Projeto de lei é de autoria de A. Montenegro e a chamam assim, devido ao relator ser Medeiros e Albuquerque, que trouxe importantes e modernos dispositivos que até hoje permanecem.

⁵² O Projeto de lei surgiu no ano de 1973, de autoria do Professor José Carlos Moreira Alves, e, de forma inexplicável superou outro dois projetos que tramitavam, um de autoria do Des. Milton Sebastião Barbosa e revisto pelo Prof. Antônio Chaves, e outro do Professor Cândido Motta Filho.

⁵³ A Lei apenas ressalva a legislação especial que com ela for compatível, não revogando expressamente os arts. do CC, donde vem a pergunta. Estão estes artigos revogados ou não? Nossa resposta chegou com a nova Lei dos Direitos Autorais de 1998, Lei nº 9.610, que expressamente revogou os artigos do CC.

Se por um lado os autores conseguiram uma lei específica para resguardar seus direitos, por outro o progresso da tecnologia está lhes afastando do controle de suas obras, pois “a lei é estática e a realidade é dinâmica”⁵⁴, sendo assim, este distanciamento acaba por enfraquecer a lei fazendo com que ela seja constantemente reformulada, o que veio a ocorrer com a promulgação da nova Lei dos Direitos Autorais, a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (tendo início de vigência em 20 de junho do corrente ano).

2. O QUE É DIREITO AUTORAL

O direito de autor resulta da proteção do interesse privado em relação ao interesse público, justamente no momento em que os direitos individuais começavam a se firmar. Isto foi possível graças ao advento das constituições modernas que privilegiam as realizações culturais e conseqüentemente cria-se a proteção ao indivíduo. Sendo assim, o direito de autor é um amplo direito de particulares que regula suas situação no âmbito social.

Após ter-se demonstrado, através do histórico, que o direito autoral é uma constante mudança, devido ao progresso tecnológico, ao conceituá-lo se estará correndo o risco de pecar pelo excesso ou pela omissão. Veja o conceito fornecido pelo Mestre Carlos Alberto Bittar:

*“O Direito de Autor disciplina as relações decorrentes da criação de obra intelectual, pertencente aos domínios literário, artístico e científico e expressa em uma das múltiplas formas possíveis.”*⁵⁵

⁵⁴ Manual de Direito Autoral do Ministério da Cultura, p. 6.

⁵⁵ BITTAR, Direito de Autor na Obra Publicitária, p. 23.

Arnaldo Rizzardo, em sua obra *Direito das Coisas*, conceitua o direito de autor, direcionando-o mais ao campo intelectual. Veja-se:

*“Afigura-se como obra de engenho humano a obra de espírito, original e criativa, resultante de uma certa modalidade de especificação de idéias, feita pessoalmente pelo autor, e que objetiva a comunicação ao público de uma necessidade de ordem cultural.”*⁵⁶

Para o Professor Antônio Chaves em estudo realizado sobre *Produções Publicitárias - Proteção Pelo Direito de Autor*, conceituou este da seguinte maneira:

“Direito de autor é o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas de alguma originalidade; de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.” (RT 649, de novembro de 1997, p. 7)

Observe que quando se fala em direitos autorais está se referindo às leis que objetivam garantir ao autor a proteção a um reconhecimento moral, a participação financeira em troca da utilização da obra que ele criou.

Na conceituação de Antônio Chaves, houve a afirmação de que o autor gozaria dos direitos patrimoniais *“durante toda a sua vida”*, o que perante a nova Lei nº 9.610/98, estabelece de forma contrária, como no caso do art. 44. Veja-se:

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*, in *Propriedade Literária, Artística e Científica*, p. 768.

“Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.”

Em suma, o direito autoral é o direito que o autor, pessoa física criadora de obra intelectual, tem de usufruir dos benefícios morais e econômicos advindos de sua criação.

Os benefícios mencionados acima referem-se aos direitos morais e patrimoniais - devidamente especificados nos itens 3.1 e 3.2, respectivamente, neste Capítulo.

2.1. DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR

A natureza jurídica do direito de autor sempre gerou controvérsias, pois uns acreditam que seja direito de personalidade⁵⁷, outros consideram que é direito patrimonial⁵⁸ e terceiros que acreditam ser um direito intelectual ou como o Professor Bittar o denomina de *sui generis*.

No que se refere ao Brasil, inicialmente, tinha-se apenas a proteção patrimonial, mas a partir do Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, obteve-se a inclusão dos direitos morais. Mesmo com a revogação expressa dos artigos referentes à proteção da propriedade literária, científica e artística do Código Civil, as leis específicas posteriores⁵⁹ mantiveram os direitos morais. Assim, pode-se afirmar que os direitos autorais obedecem a uma concepção dualista, ou seja, o autor obtém proteção moral e patrimonial, como será especificado mais adiante.

⁵⁷ Será especificado mais adiante quando se tratará dos direitos morais.

⁵⁸ Também será especificado mais adiante quando se tratará dos direitos patrimoniais.

⁵⁹ Está se referindo as Leis 5.988/73 e 9.610/98.

3. ESPÉCIES DE PROTEÇÃO AMPARADOS NO DIREITO AUTORAL

Anteriormente a lei brasileira - Lei nº 5.988/73 - fazia confusão entre autoria e titularidade dos direitos autorais, o que foi sutilmente corrigido na nova Lei nº 9.610/98.

À autoria é direito inalienável e irrenunciável - art. 27 - concedida ao autor criador, pessoa física, de obra literária, artística ou científica, conforme preceitua o *caput* do art. 11.

Já a titularidade refere-se aos direitos patrimoniais, dando poderes de exercê-los, obtendo rendimentos através da exploração econômica, podendo esta ser concedida à pessoa jurídica, como especifica o art. 17, § 2º.

Feita a distinção entre autoria e titularidade, agora pode-se continuar as especificações e definições sobre o cerne dos direitos autorais, que são os direitos essenciais, ou seja, os morais e os patrimoniais.

3.1. DIREITOS MORAIS OU PESSOAIS

O direito moral teve início em meados do século XIX, quando já se defendia nos tribunais franceses o direito moral do autor no tocante à defesa de sua obra, se indevidamente utilizada. Na Alemanha, em 1880, também já admitia-se o direito à personalidade moral do autor. O Brasil como seguidor das revoluções autorais ocorridas na Europa, também aderiu aos direitos morais.

Tanto a antiga Lei nº 5.988/73, como a nova Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, trazem em seu texto legal a expressão “direitos morais”, o que para José de Oliveira Ascensão é uma terminologia imprópria e incorreta. Imprópria porque não existe setores não éticos no direito autoral, e incorreta porque foi implantada sem tradução da língua francesa.

Salienta ele que o significado que se pretende dar é o contraposto de direito patrimonial, ou seja, direito pessoal.

O autor dos direitos morais é o criador da obra por natureza, como demonstra o art. 22 da Lei nº 9.610/98, pois a este pertence determinadas propriedades que devem ser protegidas no que se refere a sua personalidade manifestada na obra. A devida especificação destes direitos está elencada nos arts. 24 e seguintes da referida Lei.

Os direitos morais são um prolongamento da personalidade do seu criador, ou seja, eles surgem da relação criação-criador e desta forma não podem ser transferidos, salvo no caso de sucessibilidade - especificado no § 1º do art. 24. Pelo protecionismo determinado na Lei entende-se como sendo apenas estes os direitos morais a serem protegidos e não como tipicidade exemplificativa. Estes direitos servem para que o autor possa a qualquer momento defender sua obra contra qualquer espécie de violação ou conduta que desabone sua personalidade, mesmo que ele não esteja com a posse (detenção patrimonial).

As principais características que revestem os direitos morais:

a) são absolutos: quer dizer que fazem efeito sobre todos indistintamente, ou seja, são oponíveis "*erga omnes*";

b) são inalienáveis: devidamente legislado no art. 27, eles são intransferíveis, salvo nas faculdades expressas na Lei - por morte do autor;

c) são imprescritíveis: pelo que se pode observar na nova Lei, ela não estabelece tempo de proteção para o autor no direito moral, como ocorre com o direito patrimonial, sendo assim são eles perpétuos;

d) são impenhoráveis: eles não podem ser transferidos, portanto, não podem ser objeto de garantia aos credores, em razão da execução;

e) são irrenunciáveis: também devidamente expresso no art. 27 como sendo insuscetíveis de abandono/renúncia por parte do autor.

Acima foram enunciadas as características dos direitos morais, as quais são devidamente observadas por dispositivos legais e analógicos. Após estabelecer estes norteadores dos direitos morais é possível estabelecer o que compreende este direito no tocante ao seu conteúdo. Os direitos que serão elencados estarão em conformidade ao art. 24 da nova Lei nº 9.610/98. Veja-se:

a) direito ao inédito: após a concretização da obra, parece ser o primeiro direito que se concretiza pois cabe especificamente ao autor divulgar ou não sua obra, sendo que ninguém é obrigado a divulgar aquilo que produziu. O motivo da não publicação pode estar relacionada de características pessoais as quais o autor não queira que se tornem conhecidas do público. Caso alguém venha a divulgar obra que o autor não queira, pode ele exigir a apreensão dos exemplares e a cominação das sanções previstas na lei; Caso tenha ele falecido cabe aos herdeiros os direitos constantes no § 3º do referido artigo;

b) direito à autoria ou à paternidade da obra: é um direito inalienável e imprescritível, podendo ser reivindicado a qualquer tempo; garante ele o reconhecimento do direito do autor ter seu nome, pseudônimo ou símbolo convencional determinado pelo autor - conforme estabelecido na Lei nº 9.610/98 - associado a obra que criou quando esta for utilizada por terceiro. Importante salientar que o reverso também poderá ocorrer, ou seja, se o autor não puder evitar certas utilizações de sua obra, poderá proibir que seu nome seja associado a uma utilização não autorizada;

c) direito à integridade: pode ser reivindicado a qualquer tempo, desde que ocorra qualquer espécie de insulto à personalidade do autor - atinjam sua honra ou reputação. Este direito protege o autor em face da ocorrência de modificação parcial ou total ou em sua essência da obra que se tem por objetivo levar ao público. Ressalta-se que se uma obra for adaptada ou traduzida, devidamente original, não estará implicando em agressão à integridade.

d) direito de modificação: está intimamente ligado ao direito à integridade da obra, que veda modificações alheias, ao passo que a este é dado, positivamente, ao autor

modificar sua obra antes ou depois de utilizada, devido a insistência de editores em modificar a obra em correções posteriores a entrega de originais. A modificação ocasionada por parte do autor após a publicação da obra sem qualquer espécie de interferência do editor, caberá a este indenização por perdas e danos, e também a terceiros.

e) direito de arrependimento: após a autorização para publicação da obra, o autor poderá pedir a sua suspensão, retirá-la de circulação, quando ele considerar negativamente a sua difusão. Mas desde já fica ressalvado ao editor o direito de indenização de perdas e danos.

f) direito de acesso a exemplar único: inserido pela nova Lei nº 9.610/98, traz este direito ao autor nos casos de não existir mais exemplar de obra disponível ao público, o fato de ter acesso ao exemplar com finalidade de preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível ao detentor da obra. E, em caso de qualquer dano, fica o autor responsável em indenizar o prejuízo causado ao detentor.

Arnaldo Rizzardo⁶⁰ elenca apenas três categorias de direitos quando se refere a direitos pessoais. São elas:

a) quanto à paternidade da obra (aqui ele classifica os incisos I e II do art. 24 da Lei);

b) quando envolve o direito à integridade da obra (insere os incisos IV e V do referido artigo);

c) quanto à publicação (insere os incisos III e VI do citado artigo).

De modo geral, pode-se dizer que somente os incisos V e VI não são passíveis de transmissão hereditária. O § 1º, do art. 24 elenca como sendo transmissíveis pela sucessão os direitos contidos nos incisos I a IV.

Ao analisar esta nova regulamentação referente aos direitos pessoais, constata-se que foi inserido o inciso VII, que não sofreu nenhuma espécie de menção quanto a

⁶⁰ RIZZARDO, obra citada, p. 783.

sua transmissão sucessiva. Pelo comparativo pressupõe-se que o legislador quis proteger o autor no que se refere a “exemplar único e raro da obra”, dando-lhe condições de obter cópia para seu acervo. Sendo assim, mais importante é crer que este direito é plenamente transmissível aos herdeiros do autor.

3.2. DIREITOS PATRIMONIAIS

Os direitos patrimoniais estão elencados no art. 22, da atual Lei, e, primeiramente, pertencem ao autor da obra. Os arts. 28 e ss. delineiam os direitos que regem o aspecto patrimonial da obra, ou seja, são direitos que decorrem da utilização econômica da obra intelectual, tanto pelo autor como por quem ele tenha autorizado, pois o art. 28 atribui exclusivamente ao autor o poder de utilizar, fruir⁶¹ e dispor⁶² da obra intelectual.

Este direito é no Direito Brasileiro muito importante, pois como se sabe ele tem raízes no direito romano, o qual se preocupava mais com o patrimônio, e assim, foi mais evidenciada esta proteção. A maioria das leis autorais partem do pressuposto de que o autor deve perceber benefícios econômicos advindos da utilização de sua obra.

Para que a obra possa ser utilizada por terceiros é necessário prévia autorização do autor para que ele não seja punível civil e penalmente, como disposto na Lei.

As diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si e necessitam de contrato para que terceiros possam utilizá-las nas formas do contrato, pois pode o autor ceder determinados direitos patrimoniais, por determinado período, a alguém e outros direitos patrimoniais a outrem, sobre a mesma obra intelectual.

⁶¹ Salienta Arnaldo Rizzardo através da exposição de Walter Moraes que especifica o seguinte: “em direito de autor ‘utilizar’ é o mesmo que auferir proveito econômico, que explorar: coincide justamente com o significado do *jus fruendi*, com fruir”.

⁶² Significa que o autor da obra terá direito de fazer uso desta através das formas de transferências contidas no Capítulo V da Lei dos Direitos Autorais.

A nova lei autoral brasileira exemplifica possibilidades de fazer uso - formas de utilização - dos direitos patrimoniais com objetivo de lucro⁶³, no art. 29, incluindo a reprodução parcial ou integral, a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações, a distribuição, a inclusão da base de dados, aumento das formas de comunicação ao público e quaisquer modalidades que advierem do avanço tecnológico - sendo que ele possibilita as mais variadas maneiras de exploração econômica da obra intelectual.

Importante ressaltar que o direito patrimonial sofre uma classificação, sendo dividido em duas categorias⁶⁴: os direitos de representação e os direitos de reprodução. Os primeiros, ou também chamados de direitos de execução, necessitam de autorização do autor - salvo os expressos no art. 46 - mas não implicam na sua multiplicação, porque partem da interpretação da obra intelectual original. Na reprodução ocorre uma autorização do autor para que terceiro - como por exemplo o editor - possa reproduzir sua obra - em determinadas circunstâncias, elencadas no art. 46 é dispensável de autorização quando não há o intuito de lucro. Esta reprodução está estritamente vinculada ao número de exemplares que deverão ser produzidos e as formas pelas quais serão feitas.

Outra forma muito utilizada é a cessão de direitos, que decorre da autorização do autor original, mediante contrato para terceiro, onde ele transfere os direitos patrimoniais sobre a obra. O contrato de cessão deverá ser muito bem formulado, pois no direito autoral a interpretação é feita de maneira restritiva, não admitindo-se “o está subentendido”. Sendo assim, deverá o cessionário estipular no contrato todas as formas em que pretende utilizar a obra intelectual, para não necessitar de nova autorização.

⁶³ Este lucro não precisa ser necessariamente na forma direta, ou seja, não carece que o lucro advenha da própria utilização da obra mas que o auxílio desta venha trazer lucro para terceiro - assim de forma indireta. Por exemplo: a execução de canções em restaurantes, exibições de filmes em aviões, ...

⁶⁴ Arnaldo Rizzardo classifica os direitos patrimoniais como sendo de multiplicação e de divulgação.

3.2.1. DIREITO DE SEQÜÊNCIA⁶⁵

Dentro do direito patrimonial, o direito autoral brasileiro estabelece o direito de seqüência, que surge em consequência da alienação da obra. Este direito é uma espécie de proteção ao titular originário da obra que quando aliena ou vende adquire preços baixos, e com o passar dos tempos e com as revendas seu valor vai aumentando, e o direito de seqüência nada mais é do que um garantidor de “uma bonificação” ao autor que transferiu seu direito patrimonial sobre obra de arte e manuscrito a terceiro, ou seja, é um autorizativo ao autor para que saque provento em função de sua criação. Sendo este direito indisponível, ou seja, irrenunciável e inalienável - está contido no art. 38, parágrafo único.

Pelo exposto sobre direitos patrimoniais, deve-se ter bem claro que o que o simboliza é a exploração econômica da obra e não o fato de terceiro utilizá-la - pois poderá assim fazê-lo, se quiser, desde que não obtenha lucro direto ou indireto, conforme art. 46, II e VI.

4. NO DIREITO AUTORAL, COMO SÃO CLASSIFICADAS AS OBRAS?

A Nova Lei dos Direitos Autorais - Lei nº 9.610/98, que entrou em vigor a partir do dia 20 de junho do corrente ano - estabelece em seu art. 5º, inciso VIII, que as obras classificam-se em: co-autoria, anônima, pseudônima, inédita, póstuma, originária, derivada, coletiva e audiovisual. Para o melhor entendimento do assunto serão explicitados alguns dos tipos de obras mais importantes na sua elucidação e consequente classificação. Assim sendo serão esclarecidos os tipos de obras originária, derivada, coletiva e em co-autoria.

⁶⁵ Os autores divergem quando se referem ao direito de seqüência como característica dos direitos reais. Dentre os que não é característica dos direitos reais esta José de Oliveira Ascensão.

4.1. OBRA ORIGINÁRIA

Está mencionada no art. 5º, inciso VIII, alínea “f”, da nova Lei dos Direitos Autorais, instituindo que as criações de obra originária são as criações primígenas. Isto quer dizer, que ela deverá ser integrada por elementos - traços e caracteres próprios -, de tal forma, que não possa se confundir com outra preexistente, ou seja, já materializada. O Professor Carlos Alberto Bittar, em seu livro Direito de Autor, estabelece:

“Ademais, apresenta a originalidade caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um ou outro modo, o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum. Basta a existência, pois, de contornos próprios, quanto à expressão e à composição, para que a forma literária, artística ou científica ingresse no circuito protetor do Direito de Autor.”⁶⁶

A menção feita no texto acima refere-se, em uma visão ampla, a intensa absorção de novas formas de expressão que vêm surgindo com o constante incremento do desenvolvimento tecnológico, o que acaba em criar no campo literário, artístico e científico, formações, que norteadas pela esteticidade (intrínseca) tornam-se legalmente protegidas como forma original.

4.2. OBRA DERIVADA

A exemplo da obra originária a obra derivada também é merecedora da proteção constante na Lei dos Direitos Autorais, sem prejuízo de quaisquer dos respectivos direitos. Ela está especificada no art. 5º, inciso VIII, alínea “g”, da mencionada Lei.

“g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;”

A obra derivada consiste na criação intelectual “aperfeiçoada” de criação existente, ou seja, parte de uma obra preexistente, podendo ser de forma integral ou parcial, e exercida através de diversas formas como: pela transformação, tradução, reunião, incorporação, redução, complementação, junção.

Duas idéias básicas devem estar intrínsecas quando da criação de obra derivada: a primeira consiste em obter prévia e expressa autorização do autor para fazer uso da obra (como demonstra o art. 29 da Lei nº 9.610/98)⁶⁷, salvo se já não estiver em domínio público; e a segunda, é o estabelecimento de peculiaridades que levem a evidenciar a existência de criação intelectual.

Menciona o referido autor na obra supra citada que as criações derivadas de obras caídas em domínio público, na qual a lei assegure direitos ao criador da obra derivada - nos casos de traduções, adaptações, orquestramento -, não poderá o titular opor-se a novas criações, salvo se forem simples reproduções de seu trabalho. Esta interpretação advinha do art. 8º da Lei anterior e art. 14, da atual, sendo que não seria necessário tal dispositivo para se chegar a tal interpretação, acima mencionada, pois impera o princípio da liberdade de utilização na fase do domínio público, e quando reproduzido fielmente sem as devidas especificações, é violação dos direitos autorais.

⁶⁶ BITTAR, obra citada, p. 21.

⁶⁷ Professor Carlos Alberto Bittar menciona em seu livro denominado Direito de Autor, 2º ed, p. 23, que “não prescindem de autorização do autor da obra originária (Lei n. 5.988, art. 30), ...”. Pela menção feita ao art. 30 da lei anterior, creio que se trata de um erro de digitação - adequação -, já que aquele artigo estabelece em seu *caput* que “depende de autorização do autor de obra literária, artística ou científica qualquer forma de sua utilização, assim como: ...”, não admitindo interpretação contrária a este preceito.

4.3. OBRA COLETIVA

A obra coletiva está devidamente especificada no art. 5º, inciso VIII, alínea “h”, da nova Lei dos Direitos Autorais, sendo uma inovação da presente Lei, pois anteriormente não estava expressamente prevista no rol das obras. Veja a conceituação exposta na Lei:

“h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;”

Pela definição de obra coletiva, esta pressupõe a inserção do conceito de empresa, ou seja, pessoa jurídica, que tem sob sua total responsabilidade, organização e iniciativa da conjugação dos esforços individuais necessários a realização da obra. Isto não quer dizer que pessoa física não possa ser criadora de obra coletiva, a própria Lei estabelece a estas e àquelas a titularidade da obra coletiva.

A principal característica da obra coletiva é a incidência de diferentes elaboradores na sua construção, ou seja, com a ajuda mútua de diversos “criadores” que fazem surgir uma nova obra, seja ela no campo literário, artístico ou científico. Isto quer dizer que a criação é resultante de autoria plúrima⁶⁸, ou seja, advinda do esforço criativo de mais de uma pessoa.

⁶⁸ Autoria plúrima quer dizer que para a construção ou confecção de determinada obra foram utilizados esforços, trabalhos intelectuais de mais de um autor. O trabalho intelectual pode ser desenvolvido de forma individual ou em conjunto, o que importa é que na obra final não seja possível individualizá-lo, atribuir titularidade em específico a um ou outro autor, somente a criação como um todo.

Este esforço, resultado do empenho de determinado grupo de pessoas, exige, para surgimento de uma obra coletiva, que seja através da união de vontades direcionadas a um determinado fim, como forma de agregação direcionada.

Pela Lei, na definição de obra coletiva, esta poderá ter origem sob titularidade da pessoa jurídica, no que se refere aos direitos patrimoniais, e, neste aspecto estará sustentado no parágrafo único do art. 11, que esclarece na própria lei os casos em que poderá ocorrer a titularidade da pessoa jurídica. E, sendo de forma mais incisiva o § 2º do art. 17 estabelece:

“§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.”

Este é um caso raro da legislação autoral onde é estabelecido o direito patrimonial a pessoa(s), autor(es) diverso(s) do(s) que criaram a obra. Assim, conservou-se os direitos morais, como devido, aos verdadeiros autores e concedeu-se à pessoa jurídica, empresa a titularidade dos direitos patrimoniais.

Confirmando o enunciado acima, Professor Bittar, em sua obra supra mencionada, esclarece os elementos necessários para feitura da obra coletiva, pois carece ela de determinados elementos que estão intimamente ligado. Veja-se:

“Para tanto, é necessário a reunião dos seguintes elementos: direção e coordenação do encomendante; trabalho intelectual remunerado de vários elaboradores, que produzem em equipe (assalariados, exatamente, para criar); fusão dos respectivos esforços na obra final encomendada (filme, software, novela, texto, música, reclame publicitário). Desse modo, se, no conjunto das elaborações, se puder destacar qualquer contribuição

autônoma, os direitos próprios pertencerão ao respectivo titular, sem prejuízo dos direitos sobre o conjunto.”⁶⁹

4.4. OBRA EM CO-AUTORIA

A exemplo de outras obras, a obra em co-autoria também é merecedora da proteção constante na Lei dos Direitos Autorais, sem prejuízo de quaisquer dos respectivos direitos. Ela está especificada no art. 5º, inciso VIII, alínea “a”, da mencionada Lei. Veja-se:

“a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;”

A princípio nos mesmos moldes da obra coletiva, a obra em co-autoria necessita, como o próprio nome já diz, de mais de um autor com o fim determinado, ou seja, em comum. Isto quer dizer que é resultado da conjugação simultânea de esforços, desde que estes possam ser divididos, seja totalmente, no caso de uma coletânea de artigos, ou relativamente, como criações individuais que no conjunto formam uma nova criação - caso de uma composição musical com diversos cantores, cada qual compondendo e cantando sua parte para a composição maior que é a letra da música -, ou ainda na fusão das composições pessoais da obra resultante (obras escritas em comum).

Observa-se que nas obras em co-autoria não é necessário que os poderes sejam repartidos igualmente, assim também a divisão da titularidade patrimonial, dependendo esta de acordo ou proporcionalmente a cada um na referida parte que produziu, salvo a nomeação, pois não se pode colocar um dos nomes dos co-autores maior do que o de outro.

⁶⁹ BITTAR, Direito de Autor, p. 40.

Na obra em co-autoria os nomes dos autores aparecem na obra, conforme cada um preferir, seja por nome, pseudônimo ou sinal convencional. Cada um têm direito de utilização da obra, salvo disposição em contrário, mediante acordo comum em uma comunhão de direito.

A obra em co-autoria pode ser classificada em divisível ou indivisível. A primeira pode-se definir, individualizar a criação de cada autor, sendo assegurado a ele todas as faculdades inerentes a obra individual, podendo ele explorá-la separadamente - sendo de forma individual ou quando reunida em outra obra, desde que não resulte prejuízo na utilização da obra comum (art. 15, § 2º). Nas obras em co-autoria indivisíveis, não se distingue a autoria direta, dependendo cada um dos autores, para publicação ou autorização de publicação, do consentimento dos demais mediante acordo.

Interessante ressaltar que a Lei previu em seu art. 42, parágrafo único, que em não havendo sucessores/herdeiros do co-autor falecido, agregar-se-á esta parte ao(s) co-autor(es) restantes e não como, muitos pensam, cairá em domínio público.

Também estabelece a Lei que não se considera co-autor aquele que simplesmente auxiliou o autor na produção da obra (art. 15, § 1º), seja revendo-a, dirigindo sua edição, atualização.

Ainda com referência a co-autoria da obra literária, artística e científica, considera-se nas obras audiovisuais a sua existência entre o autor do assunto e o diretor (a Lei anterior ainda elencava a figura do produtor que nesta nova Lei foi excluído) (art. 16).

4.5. OBRA DE ENCOMENDA

A obra de encomenda é comumente conhecida como a obra nascida pela iniciativa de um terceiro, que contrata ou dirige a produção de um autor, mediante prévio ajuste.

Os primeiros sinais das obras feitas sob encomenda surgiram na Antigüidade nas mais remotas civilizações, onde os monarcas com mania de grandeza construíam suntuosos palácios e templos, contratando escritores, artistas, poetas, arquitetos (como na construção dos “jardins suspensos” da Babilônia). Assim, vários centros foram se formando, como: em Roma, no tempo de Augusto, gozavam os escritores e poetas de enorme prestígio; em Atenas, Péricles incentivava as artes e as letras.

Mas foi a partir do século XIV, tempo áureo do Renascimento, que se intensificou o interesse dos governantes e poderosos pelos artistas e homens de letras e ciências, que por encomenda produziam obras que enriqueceram o patrimônio artístico e cultural da humanidade. No século XVII, os literatos de corte, os sábios, como eram conhecidos, alicerçavam as decisões dos déspotas da época, como Frederico II, da Prússia, Catarina II, da Rússia. No século XVIII, com o Iluminismo, continuaram surgindo uma gama de escritores muito bons, nos quais chegou-se a reunir em enciclopédia. Com o advento do Liberalismo e o nascimento do Estado Moderno o interesse pela cultura não mais se alterou, continuando a surgir inúmeras obras advindas de encomenda através de notáveis autores.

A obra de encomenda objeto de estudos dos direitos autorais e devidamente expressa no art. 36 da antiga Lei, foi simplesmente excluída da nova Lei, sendo singelamente elencada no art. 46, I, “c”, constituindo uma das obras que não ofendem os direitos autorais. Crê-se que o legislador quis com esta atitude estabelecer diretrizes iguais às estabelecidas no preceito constitucional onde o criador é o único autor da obra, podendo através da transferência dos direitos de autor fornecê-los - direitos patrimoniais - ao encomendante, sem prejuízo dos direitos morais.

Crê-se que isto se deve às constantes controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência, além das legislações apresentarem soluções diferentes a respeito. Este feito ocorre devido ao fato de que é a criação que faz nascer a autoria e a titularidade do autor sobre

a obra, repassando a segunda ao encomendante, mediante contrato de cessão e, na encomenda o encomendante quer ser o titular de todos os direitos, inclusive o de autoria.

Com o advento de conseguir a titularidade originária da obra chegou-se até a criar uma teoria: a da aquisição, que consistia em fazer pessoa diversa do criador fosse considerada sujeito de direito inerente à criação da obra. Mas esta teoria não conseguiu se sustentar, pois negava a própria essência do direito do autor, que é o direito moral, donde alicerça-se toda a sua estrutura. Assim, definiu-se que somente o criador pode ser considerado como autor originário de obra de encomenda.

Peculiaridade existente entre a obra de encomenda e a obra coletiva, constitui-se em que quando um terceiro investe, contrata por sua responsabilidade o resultado, advindo da criação, e não sendo especificamente divisível o resultado da obra, pertence a este os direitos patrimoniais como elencados no art. 17, § 2º, resultante da transferência destes determinados direitos.

Fato importantíssimo a ser esclarecido, refere-se à ingerência ou não do comitente. Quando este não tiver nenhuma participação na criação da obra, via de regra o artista permanece com todos os direitos de autor, com exceção das obras destinadas à divulgação. Já naqueles em que o comitente tem profunda ingerência, fazendo com que o comissário (executor da encomenda) seja despojado da titularidade de criador, pois é apenas um mero executor do pedido, cabendo então a titularidade ao comitente, ou dependendo do grau de ingerência deste e do comissário para criar, pois pode-se instalar uma obra em co-autoria.

CAPÍTULO III

1. DA AUTORIA E DA TITULARIDADE DAS OBRAS PUBLICITÁRIAS

As obras publicitárias, como já especificadas no Capítulo I, constituem-se, no que se refere à titularidade, num complexo de direitos, pois diversas são as maneiras de expressão, ou melhor dizendo, de formação das criações publicitárias.

Segundo alguns “comentaristas”⁷⁰ a nova Lei dos Direitos Autorais não trouxe mudanças para o mundo publicitário, pois ensejam que na prática ficou tudo na mesma.

Após muita pesquisa deve-se discordar daqueles que assim se expressam, desconhecendo o âmbito jurídico relacionado com a aplicação prática, ou seja, com a realidade, pois tal inverdade dita aos profissionais - empregados, empregadores e encomendantes - e leitores aflitos com tais mudanças, acabam por tumultuar o verdadeiro espírito da Lei.

Ressalta-se, primeiramente, que o art. 36, da superada Lei nº 5.988/73 estipulava a divisão dos direitos de forma igualitária para com o criador e o responsável pelo desenvolvimento da criação, ou seja, a agência de propaganda - em alguns casos a produtora -, que exercia poder sobre o criador da idéia, estando ele subordinado a ela por meio de contrato de trabalho ou prestação de serviço, e também, nos casos de obra sob encomenda.

O Projeto de Lei nº 5.430/90, da Câmara de Deputados, remodelava o antigo art. 36 que, perante a Constituição Federal de 1988, era considerado como inconstitucional e assim, o remodelado também o foi. Por isso, após um “cochilo” do Dep. Aloysio Nunes Ferreira, relator do referido Projeto de Lei, que fora aprovado na Câmara dos Deputados e posteriormente feito pedido de exclusão dos arts. 36, 37 e 38 - pelo referido deputado - para o Presidente do Senado Federal, sob a mesma alegação, ou seja, de que estes artigos feriam a

⁷⁰ CAMIN, Arnaldo. *Jornal Meio & Mensagem*, nº 791, de 19/01/98, p. 24.

Constituição Federal quanto à propriedade moral, que é intransferível, pois teria que passar pela votação final naquela casa. Estabelecia o art. 36 o seguinte:

“Art. 36 Na obra literária, artística ou científica, produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviço, os direitos patrimoniais do autor, salvo disposição em contrário, pertencerão ao empregador ou contratante exclusivamente para as finalidades e na forma pactuada.”

Os outros dois artigos mencionados - 37 e 38 - seguem a mesma linha, ou seja, determinando como criadores originários e detentor dos direitos patrimoniais a “pessoa jurídica”, o que foi, como já dito, considerado também inconstitucional por estabelecer de forma diversa a titularidade preceituada no art. 5º, XXVII e XXVIII, da CF/88 e *caput* do art. 11, da Lei nº 9.610/98. Veja-se:

“XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”

“XXVIII - são assegurados, nos termos da lei;

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico da obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

“Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

Não foram, portanto, aprovados pelo Senado Federal tais dispositivos - arts. 36 a 38. O Projeto de Lei nº 249/SF, foi aprovado e homologado pelo Presidente da República em 19 de fevereiro de 1998, sob a denominação de Lei nº 9.610, vigendo a partir de 20 de junho do corrente ano.

Com a promulgação de tal legislação, tentou o legislador abarcar o maior número possível de controvérsias que poderiam ser resolvidas através desta.

Sabe-se que, no tocante aos direitos morais publicitários, não se acha nenhum dispositivo que trata deste assunto em específico e, em decorrência disto, cabe aplicar a lei genérica, ou seja, a Lei dos Direitos Autorais, Lei nº 9.610/98.

Como também especificado no Capítulo II, o direito autoral é pertencente à categoria dualista ou como o Professor Bittar denomina: *sui generis*, ou seja, constitui-se de direitos morais e direitos patrimoniais. O primeiro pertencem à categoria dos direitos pessoais, ao passo que o segundo pertence aos direitos reais. Portanto, não encaixando-se na classificação de um ou outro e, desta forma, estes dois tipos de direitos - morais e patrimoniais - definem as regras de autoria e titularidade, para se estabelecer quem é o criador e detentor da referida criação, já que esta resultante é que atribui direitos sobre as obras intelectuais. Sendo assim, é necessário que nas criações publicitárias se estabeleça quem são os detentores dos referidos direitos destas criações intelectuais e artísticas.

Entretanto, no que se refere à titularidade pode-se ainda classificá-la em originária ou derivada. A primeira, caracterizada como titularidade originária é concedida ao autor⁷¹ que concebe e materializa a obra de engenho. Na titularidade derivada ocorre a

⁷¹ O direito autoral não exige qualquer condição para ser titular, podendo, portanto, ser menores, incapazes, debilitados mentalmente, silvícolas, pródigos, que somente serão submetidos às normas

aquisição de direitos - entenda-se patrimoniais - através dos métodos jurídicos, como contratos específicos, ou de cessão, e dos referentes ao vínculo sucessório.

Nas criações publicitárias faz-se necessário estabelecer diversas etapas que vão desde a sua classificação como obra até a definição da autoria e titularidade⁷² das relações existentes perante os diversos confrontos para se estabelecer a quem pertence tais e quais direitos. Estes confrontos ocorrem no conflito das seguintes relações: entre empregado e agência, entre agência e *free lancer*, entre agência e produtora, entre produtora e autor e entre agência e cliente.

2. DA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRAS PUBLICITÁRIAS

Todo o processo de criação publicitária foi devidamente especificado no Capítulo I, onde desencadeou-se uma idéia de conjuntura, que será desenvolvida e classificada nesta oportunidade.

Uma criação publicitária tem seu início primário na necessidade do cliente em difundir informações, seus negócios ou fazer vender seu produto. E para que isso ocorra, hoje, faz-se necessário o auxílio de empresa que tenha conhecimento nesta área, ou seja, uma agência de propaganda.

do direito comum no que se refere a assistência, representação, conforme o caso. Fato importante a ser lembrado refere-se à criação, quando decorrente no período de casamento, também dependendo da espécie deste para quantificar o devido. A nova Lei, a exemplo da antiga, estabelece que os direitos patrimoniais do autor não se comunicam, salvo pacto antenupcial, excetuando-se os rendimentos obtidos com estes, como elenca o art. 39.

⁷² Ao se referir a publicidade o Professor Carlos Alberto Bittar, preceitua o seguinte:

"Alcançada recentemente, depois de longos estudos e debates, a reformulação (no plano ético), discute-se no momento, a reformulação da legislação de regência, dando-se ênfase à titularidade dos direitos decorrentes da criação publicitária." (Direito de Auto na Obra Publicitária, 1980, p. 18).

A agência de propaganda, pessoa jurídica de direito privado, possui um corpo técnico encarregado de solucionar os problemas existentes no campo de atuação de seu cliente, e para isso “cria soluções”.

O primeiro contato com o cliente é feito pelo responsável pelo atendimento ou também chamado de contato, que é o cartão de visitas da agência de propaganda, fazendo a ponte entre o cliente e a agência, levando a ela às necessidades dele. E também apresentando o resultado obtido “como solução” pela produção da agência de propaganda em relação ao problema do cliente.

Partindo deste desenvolvimento, deverá ser dado pleno campo de atuação do departamento de planejamento, que arrebanhará todas as informações necessárias através de pesquisas, informações históricas, de mercado, concorrenciais, que sirvam como campo de visagem, necessário ao conhecimento da equipe de criação (departamento), para que então esta possa começar a buscar a solução daquele cliente.

Agora, de posse das informações pertinentes ao cliente e necessárias a propiciar o desenvolvimento da “criação solucionadora do problema”, a equipe de criação - composta pelo Diretor de Criação, responsável pelo redator e desenhista ou diretor de arte - começa a esboçar o trabalho, dar “asas à imaginação” buscando toda aquela vivência prática, capaz de ser convertida em solução, já que nesta etapa discute-se o problema a fundo, levando-se em consideração a forma, o conteúdo, a apresentação, a função, características especiais da fórmula do produto, o desempenho, a estrutura e deixando transcender a condição de que será matéria útil no seu dia-a-dia, e, portanto, chegando-se ao resultado (esperado), apresentando a idéia-matriz.

Após chegar-se a esboçar a solução do problema, é chegada a hora de corporificá-lo, ou seja, dar corpo às idéias desenvolvidas através do desempenho do contato/atendimento e do planejamento que desmistifica a problemática do cliente, fornecendo

as informações necessárias para que a criação seja capaz de desenvolver seu raciocínio na direção correta, buscando sanar o problema existente.

E com isso, aos poucos, as idéias são, de forma gradativa, aperfeiçoadas pela equipe de criação, que introduz seu conhecimento na busca da sanção momentânea do problema existente, dando formato material à idéia surgida, para, daí então, apresentá-la ao cliente. Esta apresentação é feita através de *layout*⁷³.

O cliente analisará a criação publicitária e esboçará sua opinião, autorizando que se produza ou não a campanha apresentada. Para dar prosseguimento ao raciocínio, levaremos em consideração que o cliente aprovou a solução apresentada pelo departamento de criação e autorizou a produção.

A aprovação da criação publicitária dá início ao processo de produção, que é a corporificação final da idéia criativa ou criação publicitária. Ainda na produção tem-se a inserção da produtora, parte que pertence ao departamento de criação mas que aos dias de hoje é terceirizada. A produtora, através do direito de produção, seja ele gráfico, de cinema, de televisão, de rádio ou de eventos, acaba por sugerir transformações para a melhor adequação da criação ao espírito real, de originalidade.

Após passar por essa maratona de encadeamentos é que finalmente a criação publicitária toma forma final, ou seja, é materialmente corporificada através do *corpus mechanicum*.

Feita e acabada a produção - a obra publicitária -, tem-se, ainda, que utilizar-se as pesquisas realizadas anteriormente pelo departamento de planejamento para que o departamento de mídia possa investir adequadamente a produção em veiculação que venha a dar retorno ao cliente.

⁷³ O dicionário AURÉLIO, de 1986, p. 1018, estabelece na forma em português fica leiaute e tem a seguinte definição: "1. Pop. Esboço de anúncio, em que se apresentam ressaltados os seus diversos elementos (título, texto, ilustração, etc.). 2. P. ext. Esboço, projeto, planejamento ou esquema de uma obra, apresentados graficamente."

Desta forma, pelo especificado acima e nos Capítulos I e II, pode-se classificar as criações publicitárias como obras protegidas pelos direitos autorais, na qualidade de obras originárias e derivadas, dependendo da circunstância, mas como forma específica de adequação no contexto geral, sua classificação é como obra coletiva. Caso se queira direcionar para um determinado departamento, como o de criação, poderemos obter até uma obra em co-autoria, mas se estaria abandonando aquilo que foi o início, que deu subsídio, que aperfeiçoou, delimitou (no sentido de direcionar para o melhor caminho) e especificou a criação publicitária, salvo se os responsáveis pela criação exercem todas as atividades, desde o atendimento até a execução final do *corpus mechanicum*. Sendo assim, as criações publicitárias podem ser classificadas dependendo do modo em que se observa, mas no contexto de obra completa é classificada como coletiva.

Para clarear mais esta afirmação o Professor Bittar, estabelece o seguinte:

“In fact, se o terceiro (em geral, uma empresa) tem a iniciativa da obra, dirige a sua realização, oferece os meios materiais para a sua concretização, edita e divulga a obra, com recursos próprios, suportando os riscos da produção, ele - e não os elaboradores - é o criador da obra, pois sem a sua atividade esta não surgiria. O terceiro deve, pois, ser considerado o criador da obra, sempre que não puder individualizar a contribuição de cada elaborador. Essa orientação conforma-se, aliás, à própria natureza dessas entidades de direito (pessoas jurídicas), que participam dos atos da vida civil, sendo representadas, em sua exteriorização, por pessoas naturais.”⁷⁴

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda, SP, RT, 1977, p. 80.

Isto se deve ao fato de não ser possível determinar diretamente quem é o responsável pela criação publicitária, pois um depende do outro, um interfere no raciocínio do outro, tornando uma criação de conjunto, abrangendo toda a coletividade da agência de propaganda, cliente, produtora e, para o sucesso da criação, os veículos de comunicação.

3. DAS RELAÇÕES PUBLICITÁRIAS - DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS

Na concepção da idéia e na elaboração da obra publicitária, ocorre a intervenção de diversas entidades e pessoas, dentre as quais pode-se citar: o cliente que necessita de solução para seu problema, muitas vezes opinando e até criando; a agência, coordenadora das atividades e dos riscos; os profissionais que, com a agência, colaboram; sejam eles: publicitários, empregados ou prestadores de serviços (*free lancers*), escritores, artistas, pesquisadores; e produtoras - no complemento da campanha publicitária, insere-se também os veículos de comunicação.

Veja-se algumas das relações mais importantes concernentes às criações publicitárias.

3.1. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E CRIADOR (EMPREGADO)

Para tornar possível e clara a compreensão da autoria e titularidade dos direitos autorais nas criações publicitárias, especificamente no que concerne à relação entre empregador e empregado, é necessário especificar algumas definições constates na CLT - Consolidação das Leis do Trabalho.

Pelo enunciado anteriormente - O que é agência de propaganda, Capítulo I - é clara a constatação de que a agência de propaganda é uma empresa, coletiva, que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço⁷⁵ dos indivíduos que a compõe e que para ela trabalham.

Estes indivíduos - os empregados - especificamente tratados neste item, estão definidos e com suas diretrizes traçadas no art. 3º da referida Consolidação. Veja-se:

“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.” (grifou-se)

Após ter definido o papel da agência de propaganda e do empregado, pode-se ainda elencar o disposto na Lei nº 9.279/96 - Lei de Propriedade Industrial - que trata especificamente da titularidade das invenções. Esta Lei revogou a Lei nº 5.772/73, que por sua vez revogou o art. 454 da CLT, que tratava das invenções do empregado, ocorridas na vigência do contrato - constantes nos arts. 88 a 93. Veja o que estabelece o art. 88:

“Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

⁷⁵ Esta é basicamente a definição constante do art. 2º da CLT.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.” (grifou-se)

A CLT estabelece que as regras que nela constam valem para todos os “empregados”, independente do trabalho ser intelectual, técnico ou manual. Portanto, entende-se que as normas constantes na Lei nº 9.279/86, que revogaram o art. 454 da CLT, são válidas como normas dos direitos autorais, na falta de legislação mais específica. Veja-se o que transmite Tavares Paes:

“O inventor nunca trabalha só, ou quase nunca, ou como escreveu Augustin-Charles Renouard que nenhuma idéia é isolada e ninguém a deve por si mesmo por inteiro e exclusivamente. A parte advinda de pensamentos alheios e a resultante da fecundação do comércio intelectual são sobretudo visíveis no preparo dos inventos industriais (Du Droit Industrial dans ses Rapports avec les Principes du Droit civil sur les Personnes et les Choses, Guillaumin & Cie. Librairie, p. 408).”⁷⁶

A nova Lei dos Direitos Autorais não mencionou explicitamente, como a anterior - Lei nº 5.988/73 - em seu art. 36, alias, o projeto original da nova Lei especificava a quem pertencia a titularidade nos casos de criação quando feitas por assalariados, por

⁷⁶ PAES, P. R. Tavares, Nova Lei da Propriedade Industrial, SP, RT, 1996, p. 76.

prestador de serviço e nos casos de encomenda, e que por interpretação de poucos foi excluído, deixando a autoria dos direitos morais e a titularidade dos direitos patrimoniais ao critério de normas gerais, sem maior especificação. A lei geral - Lei nº 9.610/98 - estabelece:

“Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.” (grifou-se)

“Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”

O *caput* do art. 11 transmite de forma clara e objetiva que somente pessoas físicas poderão ser sujeito de criações intelectuais, ou seja, no caso em análise, das criações publicitárias. E, ao autor pertencem os direitos morais e patrimoniais. Mas o legislador apercebendo-se que causaria enormes prejuízos às empresas mantenedoras dos salários de seus empregados, acrescentou ao art. 11 o parágrafo único, estabelecendo que pessoa jurídica PODERÁ receber proteção, desde que estabelecida nesta Lei. Pois não seria justo que o empregador - entenda-se agência de propaganda - que por sua conta assume riscos, não ser recompensado por possível investimento - às vezes sem obter resultados.

Tentando evitar choque de dispositivos e interpretações dúbias a respeito da titularidade de criação originária, derivadas ... de pessoa jurídica, e para não deixar de forma tão desguarnecida o empregador, a nova Lei estabeleceu em seu art. 17, § 2º o seguinte:

“Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

(...)

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.” (grifou-se)

Desta forma, pode-se averiguar que somente os direitos patrimoniais poderão ser concedidos, quando obra coletiva, como objeto de titularidade de pessoa jurídica, para que ela possa usufruir destes em prol de seus riscos no investimento. Ao passo que os direitos morais continuam sendo de exclusividade das pessoas físicas, criadoras da obra, conforme esta expressamente demonstrado no Título III, Capítulo I, da Lei nº 9.610/98.

Com o advento da cessão dos direitos patrimoniais, Professor Bittar esclarece:

“Não se modifica a situação se o criador é empregado da agência e a obra surge no desenvolvimento de seus trabalhos. A empresa pode utilizá-la na forma convencionada e estritamente nos limites de sua atividade, quando remunerar o criador para esse fim.”⁷⁷

As criações publicitárias próprias, de pessoas físicas, poderá, porém, ter sua titularidade - em parte - atribuída ao âmbito de pessoas jurídicas, empresas especializadas em criar e produzir obras de engenho, sob sua direção, como trabalham os executores (autores). Sendo assim, titular dos direitos patrimoniais, pois isso se deve ao fato de os executantes (criadores) serem remunerados especificamente para alcançarem determinado objetivo. Alcançando ou não o objetivo, são remunerados, correndo o empregador o risco pelo

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor, SP, RT, 1992, p. 179.

insucesso do empregado. Já que a regulamentação jurídica estabelece que os direitos morais não lhe cabem, pois são de natureza indiscutível de autor pessoa física, no caso o trabalhador assalariado - empregado.

Para a junção das diversas idéias expostas até o presente momento, deve-se atentar ao que o Professor Bittar estabelece:

“A criação da obra publicitária decorre, normalmente, do vínculo de emprego, regendo-se pela legislação trabalhista. Mas, devem ser registrados os princípios e normas especiais do Direito de Autor sobre a obra criada e os da regulação orgânica da atividade.”⁷⁸

Examinando os ensinamentos do Mestre Bittar, atento aos fatos de que a legislação trabalhista foi revogada pela Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96, que estabelece competência de titularidade ao empregador. Mas como, muito bem lembrado, os princípios norteadores do direito de autor devem ser respeitados e estes especificam que o autor é titular de todos os direitos pertinentes à obra literária, artística ou científica que criou, salvo quando a própria Lei dispuser de forma diversa (art. 11, parágrafo único c/c 17. § 2º).

E, por último, como definidor de direitos, deve-se observar as normas especiais que regem cada atividade. No caso em questão as criações publicitárias, a regulamentação específica apenas estabelece a relação pertinente aos aspectos da titularidade existente entre a agência e cliente anunciante e entre a agência e veículos de comunicação, não definindo o principal para os tempos modernos, ou seja, a titularidade entre o autor criador e titular de direitos - a agência como titular em casos de obra coletiva.

Mas, caso entenda-se que deverá ocorrer contrato fixando os direitos patrimoniais de cada uma das partes, observa-se novamente o que preleciona o Professor:

⁷⁸ BITTAR, Direito de Autor na Obra Publicitária, p. 136.

*“Os contratos de criação são os que a agência celebra com os elaboradores, que podem ser: **internos, mantidos sob a égide da legislação laboral**, e externos, estes vinculados através de contratos de comissão ou encomenda; ou de cessão de obra existente. O contrato de criação pode também ser firmado entre anunciante e agência, esta como entidade criadora. Desse jaez são também os ajustes firmados com os produtores de fonogramas e filmes.”*⁷⁹ (grifou-se)

3.1.1. NOS CASOS EM QUE A CRIAÇÃO PUBLICITÁRIA É EFETUADA POR ÚNICO CRIADOR, EMPREGADO

Quando a criação publicitária é desenvolvida por apenas um sujeito, ou seja, somente um trabalhador, não se está diante de obra coletiva, como afirmado até o presente momento, mas sim diante de criação originária ou derivada, individual, em que pesa sobre o criador todos os direitos autorais, sejam eles morais ou patrimoniais.

Entretanto, por ser empregado da agência de propaganda e receber para efetuar aquele determinado serviço de criação de obra publicitária, ele estará cumprindo com sua obrigação. Mas a Lei dos Direitos Autorais estabelece que a ele cabem os proventos de seu intelecto, ou seja, o de utilizar seus direitos patrimoniais da forma que bem desejar.

E, portanto, como especificado, anteriormente pelo Professor Bittar, está ele recebendo mensalmente para efetuar aquele trabalho, não importante que seja intelectual, técnico ou manual, ou seja, está sujeito à legislação laboral, como preceitua a CLT.

⁷⁹ Direito de Autor na Obra Publicitária, p.132/3.

Mas com o objetivo de resguardar a agência de propaganda contra iniciativas de empregados, prestadores de serviços, sendo estes, um único criador, sem necessitar de auxílio para desenvolver a criação publicitária, deve-se lavrar contrato de transferência total dos direitos de autor, referente aos direitos patrimoniais e de exclusiva representação quanto aos direitos morais, para que a agência possa usufruir deste direito quando lesado por outrem, através do instituto jurídico da cessão que é efetuado de forma escrita, e previsto no art. 49 da nova Lei dos Direitos Autorais, Lei nº 9.610/98.

Assim, como preleciona o Professor Fábio Maria De-Mattia⁸⁰, terá a agência de propaganda, como opção segura para a salvaguarda de seus interesses, que acordar com o empregado em caráter definitivo, que toda a criação deste seja objeto de cessão dos direitos patrimoniais e de outras prerrogativas que possam surgir do ato de criação, devendo, desde logo, ser acordado que toda sua produção estará cedida àquela por este instituto, fazendo, inclusive, constar na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, a opção de cessão, assim como, sejam tomadas outras providências pertinentes, como elaboração e anotação no contrato de trabalho, e outras que serão submetidas em razão da não previsão expressa da Lei nº 9.610/98, como a obra sob encomenda - que no final obrigará, como solução mais adequada, recorrer ao instituto da cessão total ou parcial do direito de autor previsto nos arts. 49, 50 e 51, da mencionada Lei.

3.2. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E *FREE LANCER*⁸¹

Pelo explicitado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, segue os preceitos e orientações estabelecidos nas convenções internacionais, concedendo ao autor o direito exclusivo de utilização de suas obras. A nova Lei, a exemplo da anterior - em parte,

⁸⁰ Em Parecer, de 20 de março de 1998, sobre a nova Lei nº 9.610/98.

⁸¹ Profissional contratado exclusivamente, mediante determinada remuneração, para criar determinada campanha publicitária, ou seja, cria a saída para determinado produto que a empresa ou instituição deseja vender ou transmitir.

pois o art. 36 preceituava de forma diversa - está adequada aos princípios gerais expostos na Constituição Federal e complementados de forma palmar na nova Lei. E, partindo desta idéia, será possível esclarecer a titularidade decorrente das criações publicitárias feitas sob encomenda ou prestação de serviços dos chamados *free lancers*.

Os *free lancers* exercem importante papel na agência de propaganda, atuando como salva vidas para suprir as necessidades existentes sem contudo representar aumento de custo com encargos sociais e com despesas necessárias para manter à disposição do cliente um seleto grupo de funcionários. Para suprir as necessidades e reduzir os custos das criações publicitárias, os *free lancers* auxiliam nas necessidades da agência, fazendo com que ela sofra profunda transformação.

Esta transformação é decorrente dos encargos acima mencionados e consiste na contratação de criadores competentes nas horas em que as agências de propaganda necessitarem; para o atendimento de campanhas específicas para seus clientes, através de prestação de serviços ou contratos sob encomenda.

A criação publicitária continua sendo construída da mesma forma, com o auxílio de diversos departamentos que, interligados, constituirão a obra coletiva. O que muda é que os integrantes destes departamentos receberão especificamente por aquele trabalho encomendado, feito através de prestação de serviços que, ainda assim, corre a agência o risco do cliente não aprovar a criação encontrada como ideal.

A prestação de serviços perante a análise da titularidade poderá ocorrer em três aspectos, que são: quando o autor está livre, sozinho para criar da forma que bem entender a melhor solução solicitada pela agência; quando a criação publicitária é realizada com a influência da agência de propaganda; e ainda quando a agência de propaganda simplesmente contrata um terceiro - *free lancer* - para realizar a obra "idealizada por ela", ou seja, dirige o trabalho da forma que bem quiser.

A autoria e a titularidade que se estabelece através dos direitos morais e patrimoniais, respectivamente, ficam assim determinadas:

No primeiro caso, a autoria, ou seja, os direitos morais pertencem indiscutivelmente ao autor, criador, prestador de serviços, pois são indissociáveis da pessoa. Assim como são inalienáveis e irrenunciáveis por dispositivo legal - art. 27; Os direitos patrimoniais pertencem também ao autor, mas como foi feito por encomenda, é através de um contrato prévio de cessão de direitos, estabelecido entre este e a contratante - agência de propaganda -, que se resolve a questão referente à titularidade patrimonial, mediante pagamento ajustado no contrato prévio.

O segundo caso ocorre principalmente no departamento de criação, onde o prestador de serviço - *free lancer* - tem acesso a todas as informações pertinentes, previamente realizadas e desenvolvidas pela agência de propaganda, tendo participação efetiva e relevante, pois chega ao ponto de estabelecer as linhas mestras do que deve ser a criação publicitária. A autoria dos direitos morais, decorrente do empenho de ambos os criadores, que contribuíram paritariamente para a criação publicitária, é deferida em co-autoria, ou seja, com direitos morais em “exercício comum”; e os direitos patrimoniais são também em co-autoria, mas realiza-se contrato prévio de cessão de direitos em prol da contratante, mediante cláusula estabelecendo remuneração prefixada.

No terceiro caso, o *free lancer*, prestador de serviços, age de forma absolutamente mecânica, apenas aplicando a idéia pesquisada e desenvolvida pela agência de propaganda. Neste caso ele somente deu forma material e suporte e, por isso não adquire direitos morais, porque a criação não adveio de sua autoria; e nem os direitos patrimoniais, decorrentes da criação para utilização econômica da obra, que pertencerão, por força do art. 17, § 2º, à pessoa jurídica que possibilitou a obra coletiva e, recebe ele, pelo trabalho executado, certa remuneração ajustada através de contrato prévio. A autoria dos direitos

morais, que parece estar pendente, é atribuída em co-autoria aos autores idealizadores e coordenadores da obra efetuada pelo prestador de serviços.

Também não se deve deixar passar, sem ressalvas, que o autor criador, detentor dos direitos morais, tem assegurado o direito de proteção às participações individuais em obras coletivas - art. 17, *caput* -, podendo, inclusive, proibir que se indique ou anuncie seu nome na mencionada obra - art. 17, § 1º -, publicar sua parte, caso seja divisível, em separado, desde que não prejudique a principal - art. 15, § 2º- e de suspender a obra - nos casos elencados no art. 25 da Lei nº 9.610/98 -, caso haja prejuízo para o detentor dos direitos patrimoniais, aqui pertencentes a agência de propaganda, devendo então o autor criador, detentor dos direitos morais indenizar.

Pelo até então demonstrado, Professor Bittar estabelece o seguinte:

“Isso significa que a par da agência - titular de direitos sobre a obra final - aos autores e artistas publicitários são assegurados direitos, de índole moral e patrimonial, sobre as suas produções e interpretações, aqueles para a defesa de aspectos da personalidade do autor, estes para a retribuição pecuniária correspondente, pelas leis de todos os países civilizados.

(...)

Pode, ainda, ocorrer a cessão de direitos por parte de seu criador - como de uso na atividade empresarial - exatamente para que haja o aproveitamento econômico, pelo empresário, da obra criada, mas sempre mediante a remuneração do autor.”⁸²

⁸² BITTAR, Contornos Atuais do Direito do Autor, p. 177.

Como estabelece a Lei nº 9.610/98, o contrato de cessão de direitos patrimoniais deve ser expresso e ter de forma explícita os direitos cedidos, a forma e as condições de utilização, bem como o tempo, lugar e preço ajustado para tal cessão. O contrato deverá conter, no mínimo, estas normas, pois os arts. 4º e 49, VI, do referido dispositivo legal, estabelecem que nos negócios jurídicos referentes aos direitos autorais a interpretação é feita de maneira restritiva.

Esta decorrência encaixa-se perfeitamente neste aspecto, pois o pagamento contratado deu-se para efetivar determinado serviço, trabalho, tendo ele única e exclusivamente aquela finalidade. Caso queira o empregador utilizar de maneira diversa da que contratou deverá efetuar novo contrato com o autor, pois não é possuidor daquilo que não foi convencionado com o prestador de serviços ou *free lancer*.

Isto é o que está devidamente determinado nos dispositivos legais, mas na prática o que ocorre, como já mencionado com mais detalhes anteriormente, são os contrato verbais ou simplesmente em forma de recibos. Veja-se os dizeres do Professor Bittar:

“(...) Quando autônomo o autor ou artista, ou intérprete, são firmados, de regra, simples recibos, denominados de cessão ou de cachê - conforme o caso - em que se cedem os direitos correspondentes a utilização. Em poucos casos são assinados contratos próprios de cessão de direitos autorais.”⁸³

O autônomo, aqui chamado de *free lancer*, é aquele que desempenha atividades específicas como desenho, texto, artes, criações gerais e outros, satisfazendo-se com um simples recibo de honorários.

⁸³ BITTAR, Direito de Autor na Obra Publicitária, p. 136.

Os mencionados cachês, também em forma de simples recibo, são em virtude do uso de imagens de pessoas em fotografias, folders, cartazes, outdoors, propagandas audiovisuais, servindo para que o subscritor conceda autorização para uso de sua imagem. Este trabalho é devidamente estipulado na Lei nº 6.533/78 que, em seu art. 13, veda a cessão de direitos, apenas autoriza a utilização por determinado período.

Assim, com a transmissão dos direitos patrimoniais do autor e intérprete através do instituto jurídico da cessão, opera-se a titularidade derivada, ou seja, o autor criador transfere à agência seus direitos, tornando-se ela titular destes de forma derivada, ou o intérprete transfere seus direitos à produtora, que por sua vez transmite à agência, tornando-se titular destes direitos de forma derivada.

3.3. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E PRODUTORA

A agência de propaganda principal, responsável pela criação da obra publicitária, terceirizou a conclusão do trabalho através de produtoras. Esta última, tinha direitos assegurados como co-autora⁸⁴ no que se refere à autoria e à titularidade dos direitos das obras cinematográficas. Veja-se o que dispunha o art. 16, da revogada Lei nº 5.988/73:

“Art. 16. São co-autores da obra cinematográfica o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical, o diretor e o produtor.”

⁸⁴ Na revogada Lei nº 5.988/73, era expressamente permitido a titularidade da pessoa jurídica, como mencionava os arts. 15 e 36.

Com a promulgação da nova Lei nº 9.610/98, o artigo continuou com a mesma redação, salvo a substituição da palavra cinematográfica pela audiovisual e a exclusão do produtor como detentor em co-autoria da titularidade dos direitos autorais⁸⁵.

Estas modificações são de fundamental importância para se preservar o autor pessoa física como detentor dos direitos morais e dos direitos patrimoniais, podendo estes últimos serem cedidos ou alienados da forma que quiser, como recompensa pelo seu trabalho.

As produtoras exercem importante papel, quase que na essencialidade, nas obras audiovisuais e principalmente nas obras audiovisuais publicitárias, espécie do gênero obra audiovisual, e por isso merecem uma definição mais estruturada, já que não gozam mais dos direitos morais e patrimoniais como anteriormente.

As obras audiovisuais elencadas na Lei dos Direitos Autorais, tratam mais precisamente de obras cinematográficas e muito pouco se referem às obras audiovisuais publicitárias, em que as produtoras são responsáveis pela materialização final das criações destas, ou seja, da produção da obra publicitária - salvo art. 81, § 2º e 86.

Aspecto importante a ser destacado, refere-se aos artistas e intérpretes que, sob a égide da Lei nº 6.533/78 e Decreto nº 82.385/78, que estão impossibilitados de ceder ou estabelecer promessa de cessão de seus direitos autorais e conexos nas obras audiovisuais, estabelecendo a obrigatoriedade de pagamento desses direitos em cada exibição da obra (arts. 13 e 33/34, respectivamente). Assim, esta legislação específica parece contrariar o disposto nas normas gerais dos direitos autorais, mas isto não ocorre porque os atores, intérpretes e executantes PODERÃO transferir o uso de seus direitos autorais por período determinado e não deverão transferi-los ao criador principal - e a legislação específica estabelece a proibição de transferências, podendo autorizar a utilização, às produtoras por determinado período. Isso

⁸⁵ Estabelece a co-autoria da obra audiovisual para: a) o autor da criação; b) autor da música integrante da obra publicitária; c) autor da obra litero-musical; e d) o diretor. Assim o legislador excluiu expressamente, da co-autoria, o produtor da obra audiovisual e por consequência também da obra audiovisual publicitária.

significa que a nova Lei mantém da mesma forma os dispositivos desta Lei específica sem qualquer alteração (art. 115)⁸⁶. Com isso deve-se entender que o legislador quis tornar indisponíveis nesta profissão não somente os direitos morais mas também os patrimoniais - por tempo indeterminado -, objetivando evitar o enriquecimento indevido das empresas do ramo - produtoras.

Entretanto, pode-se observar que surgiu nesta etapa um novo direito de autor incluído na criação publicitária, que é o direito de imagem das pessoas integrantes desta, para as quais a produtora mantém contrato de utilização dos direitos patrimoniais por determinado período - geralmente é de 180 dias. Caso queira renovar por mais um período igual o preço cobrado será de 50% do primeiro, já que não mais necessita de trabalhos materiais, como gravações, refilmagens, os quais transfere à agência de propaganda para compor a titularidade da obra coletiva.

Tanto nesta relação como nas anteriores, raramente, se tem efetuado contratos expressos, resumindo-se a prévio ajuste verbal, que por acordo de cavalheiros é, geralmente, cumprido e quando muito se expressa, o contrato é feito de forma geral, quase sempre desprovido das nuances necessárias que devem nortear os contratos de direitos autorais, pois, a sua interpretação deve ser obrigatoriamente restritiva.

A característica dos contratos publicitários exprimirem de forma verbal e não expressa tem sua vazão no art. 7º do Decreto nº 57.390/66. Veja-se:

“Art. 7º Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e

⁸⁶ Outra questão pertinente na área publicitária, refere-se aos direitos à imagem, seja ela de artistas, pessoas notórias, pois é consubstanciada através da união da pessoa com sua expressão externa - traços que a distinguem e a individualizam. Este direito à imagem como menciona Professor Carlos Alberto Bittar, na obra *Contornos Atuais do Direito do Autor*, consiste no direito que tem a pessoa de impedir que outrem a utilize, sem autorização, de sorte que a fixação e a posterior utilização econômica dependem de sua anuência. (p.185)

reembolso das despesas previamente autorizadas, observadas as Normas-Padrão recomendados pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda.”
(grifou-se)

Sendo assim, na produção da obra publicitária impera a atipicidade contratual.

Pelo especificado no início deste item, a produtora não obtém nenhuma espécie de titularidade sobre os direitos autorais da criação publicitária, mas detêm temporariamente, a titularidade patrimonial dos direitos de imagem dos intérpretes, atores etc., transferindo-o para a agência pelo prazo ajustado.

3.4. RELAÇÃO ENTRE PRODUTORA E AUTOR/CRIADOR

Como demonstrado no item anterior a produtora de audiovisual publicitário ficou desguarnecida de disposições legais garantidoras de titularidade.

E, quanto ao autor criador, todos os direitos autorais, tanto os direitos morais como os direitos patrimoniais lhe são conferidos legalmente pelos dispositivos da nova Lei nº 9.610/98.

Os direitos morais tem seu surgimento no momento do esboço da idéia criativa pelo autor criador, ou seja, com a aquisição do *corpus mechanicum*, tornando-se inalienáveis e irrenunciáveis por força de dispositivo legal - art. 27. Já os direitos patrimoniais são passíveis de transferência, conforme dispõe o Título III, Capítulo V, da Lei dos Direitos Autorais.

3.5. RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA DE PROPAGANDA E CLIENTE

Para se desenvolver este item deve-se primeiramente examinar os direitos pertinentes às agências de propaganda, especificados na Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que por estar em conformidade com a nova Lei dos Direitos Autorais, Lei nº 9.610/98, em nada foi alterada. Além da Lei nº 4.680/65, também o Decreto nº 57.690/66, criado por força do art. 18, e o Código de Ética, hoje denominado de Normas-Padrão, em virtude do art. 17, ambos da Lei supra citada delinham as relações das agências para com o mercado, outras agências e para com os clientes anunciantes. Veja o conceito de agência de propaganda estipulado na referida Lei nº 4.680/65:

“Art. 3º A agência de propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitárias, que através de especialistas, estuda, concede, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.”

Dentro desta definição o Decreto supra citado e as recomendações do I Congresso Brasileiro de Propaganda, respectivamente, determinam de forma expressa a quem pertence a titularidade da criação e uso da obra publicitária. Veja-se:

“Art. 9º Nas relações entre Agência e o Cliente serão observados os seguintes princípios básicos:

(...)

VIII. A idéia utilizada na propaganda é, presumidamente, da Agência, não podendo ser explorada por outrem, sem que aquela, pela exploração, receba a remuneração justa, ressalvado o disposto no art. 545, da Consolidação das Leis do Trabalho.”

“VIII

No caso de o Cliente resolver suspender a utilização dos serviços da Agência, não lhe caberá, sem expressa autorização da Agência, o direito de utilizar anúncios ou quaisquer trabalhos por ela criados, tendo em vista que à Agência pertence a idéia publicitária.”

Conforme pode-se observar, já naquela época o legislador e os profissionais do ramo tinham a preocupação com a titularidade publicitária, determinando a quem pertencia, em quais situações e quem são os merecedores deste título patrimonial. Como pode-se perceber o legislador estabeleceu, presumidamente, a titularidade à agência de propaganda em detrimento do cliente anunciante, mesmo sendo ele quem definitivamente pagou pela obra.

Continuando nas especificações do referido Decreto, importante notar que antes de determinar definitivamente a autoria e a titularidade, o legislador ressaltou o especificado no art. 545, da CLT, que fora revogado pela Lei nº 5.772/73, que por sua vez também fora revogada pela Lei nº 9.279/96⁸⁷, como já especificado no momento em que se tratou da autoria e titularidade das criações publicitárias criadas por assalariados - item 2.1.

E para reforçar ainda mais a qualidade de possuidora dos direitos pertencentes à obra intelectual publicitária, a Lei nº 4.680/65, determina em seu art. 17, que as atividades publicitárias serão regidas pelo Código de Ética de 1957, e agora reestruturado e

⁸⁷ Conforme determina o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC.

atualizado sob o nome de Normas-Padrão Para Prestação de Serviços de Comunicação Pelas Agências de Propaganda e Veículos de Comunicação e Suas Recíprocas Relações (resultantes do aprimoramento realizado em junho de 1997), que consta em seu art. 5º o seguinte:

“Art. 5º Com o objetivo de incentivar a produção de idéias de que tanto necessita a propaganda, presume-se sempre que elas pertencem à Agência de Propaganda criadora, como titular de direitos do autor, e não podem ser exploradas sem que a Agência de Propaganda dela se beneficie.”

Apesar de ter sido homologado, estas Normas-Padrão, sob a égide da Lei nº 5.988/73, que concedia também direitos morais à pessoa jurídica, indistintamente - por força do revogado art. 36 -, da sua não criação, o referido dispositivo vem em conformidade a nova Lei nº 9.610/98, que estabelece a titularidade dos direitos patrimoniais ao organizador da obra coletiva - art. 17, § 2º.

Apesar das novas diretrizes estabelecidas nos direitos autorais, veja o que nos esclarece o Professor Bittar:

“Na regulamentação, definindo os princípios básicos que devem imperar no relacionamento entre as entidades do mercado, salienta que a idéia utilizada na propaganda pertence, presumidamente, à agência, não podendo ser explorada por outrem, sem aquela, pela exploração, receba a remuneração justa (Decreto 57.690, de 1.2.1966; art. 9. , VIII).”⁸⁸

⁸⁸ BITTAR, Direito de Autor na Obra Publicitária, p. 177.

As normas determinadas, supra citadas, e entendimentos chegam ao ponto de impedir expressamente que o cliente anunciante continue a utilizar a obra publicitária feita pela agência de propaganda, após o prazo contratual, ou seja, está a criação publicitária protegida no caso de ser rescindido o contrato de prestação de serviços publicitários estabelecido com a agência (seja ele verbal ou escrito).

Além do exposto até aqui a agência de propaganda é quem preenche os requisitos exigidos para a configuração da obra coletiva, conforme dispõe o art. 5º, VIII, “h”, da nova Lei nº 9.610/98, pois é ela quem procede pesquisas, levantamentos de dados do produto ou serviço a ser divulgado, verificação da situação de concorrentes e, essencialmente, da criação da idéia publicitária corporificada no roteiro da campanha, seja ele qual for o meio escolhido para a divulgação, sua execução por diversas pessoas - sobre a supervisão e organização da agência - leva a conclusão que se trata de mais uma obra coletiva e, portanto, os direitos autorais daí decorrentes pertencem a agência de propaganda.

“Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

(...)

§ 2º. Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.”

“Art. 5º. Para os efeitos desta Lei considera-se:

(...)

VIII - obra:

(...)

h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;" (grifou-se)

Mas, ressalta-se que na negociação e na documentação que consubstancia a contratação para realização da obra publicitária deve ficar consignado que a agência de propaganda, como criadora da obra coletiva, é a titular do direito patrimonial de autor e, por consequência, quem tem legitimação para beneficiar e velar pelos direitos patrimoniais, assim como representar os co-autores dos direitos morais no que concerne a violação dos direitos morais exurgidos da criação.

Portanto, conforme disposições legais e interpretações, os clientes anunciantes, diferentemente do direito reconhecido às agências de propaganda, não são titulares de direito patrimonial de autor ou de direito moral de autor sobre obra publicitária, salvo se tenham em conformidade com os mecanismos disponíveis adquirido referida titularidade do criador, tornando-se titular derivado pela transferência aperfeiçoada através dos instrumentos jurídicos pertinentes, constantes do Título III, Capítulo V - Da Transferência dos Direitos de Autor, arts. 49 a 52.

4. CONTORNOS DO FILME PUBLICITÁRIO

O filme publicitário pela sua formação e abrangência está inserido no contexto das obras audiovisuais, devidamente especificadas no art. 5º VIII, "i". Veja-se:

“Art. 5º. Para os efeitos desta Lei considera-se:

(...)

VIII - obra:

(...)

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;”

Para esta categoria, obra audiovisual, teve o legislador a preocupação de reservar um dispositivo para tratar do período de proteção, que anteriormente era de sessenta anos, passando, agora, para setenta anos, além de excluir deste dispositivos as obras fotográficas e de arte aplicada, e, também, alterando a palavra cinematográfica para a audiovisual. Importante observar que o prazo anterior começava a ser contado a partir da conclusão e agora passou a ser contado da divulgação da obra audiovisual. Veja-se:

*“Art. 44. O prazo de proteção para os direitos patrimoniais sobre **obras audiovisuais** e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de **sua divulgação**.”* (grifou-se)

Com os conhecimentos adquiridos nos itens 1, 2 e 3, mencionados anteriormente, pode-se determinar que a titularidade sobre a obra audiovisual publicitária é pertencente à agência de propaganda, por força do art. 11, parágrafo único c/c art. 17, § 2º, que determina, pela natureza da obra, a titularidade patrimonial à organizadora da obra coletiva criada, mesmo tendo sido ela contratada e remunerada para tal criação - função.

Ainda assim o anunciante dependerá de autorização expressa para nova utilização. Veja o que dispõe o Decreto nº 57.390/66:

“Art. 9º Nas relações entre Agência e o Cliente serão observados os seguintes princípios básicos:

(...)

VIII. A idéia utilizada na propaganda é, presumidamente, da Agência, não podendo ser explorada por outrem, sem que aquela, pela exploração, receba a remuneração justa, ressalvado o disposto no art. 545, da Consolidação das Leis do Trabalho.” (grifou-se)

A agência de propaganda poderá, através de contrato de cessão de direitos patrimoniais, autorizar a utilização da obra audiovisual publicitária pelo anunciante, posteriormente aquela realizada, e então, este estará investido da titularidade, para apenas mais uma divulgação, ainda que, dependendo do negócio jurídico ajustado.

Isto decorre da falta de determinação da titularidade patrimonial da obra audiovisual publicitária, que como já citada, não está agraciada nos dispositivos relativos à utilização da obra audiovisual - arts. 81 a 86 da Lei nº 9.610/98. E, mesmo assim, pelo exposto, a titularidade é pertencente à agência de propaganda.

Importante mencionar que após a suspensão do instituto jurídico da encomenda na Lei dos Direitos Autorais, cabe à agência optar pela aquisição destes direitos - de criador, dependendo do caso e conexos - através dos institutos de transferência dos direitos de autor, estabelecidos nos arts. 49 e 50 da Lei nº 9.610/98, no que se refere às obras audiovisuais publicitárias. Desta forma deve-se lembrar que não é admitida a cessão de modalidades passíveis de serem instituídas, ou seja, futuras, somente de modalidades existentes no momento da efetiva cessão - art. 49, V.

A referida cessão futura dos direitos deverá ser renovada, no máximo, a cada cinco anos, por força do art. 51 da Lei nº 9.610/98. Veja-se:

“Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.”

Apenas para definir didaticamente o papel do diretor na obra audiovisual, exerce ele, conforme estipulado no art. 25 da Lei dos Direitos Autorais, o exercício exclusivo dos direitos morais - creio que refere-se a obras cinematográficas e não audiovisuais publicitárias.

“Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.”

Já na obra audiovisual publicitária, ou seja, o filme publicitário, exerce o diretor, os direitos morais em co-autoria aos demais autores criadores da obra publicitária - do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical, estabelecido no art. 16, e novamente, não faz distinção entre a obra audiovisual publicitária e a cinematográfica (audiovisual comercial) -, cabendo ainda a ele os direitos estabelecidos nos incisos I, II e VII (este último, no que couber), do art. 24, da Lei nº 9.610/98. Não tendo nenhuma participação no que se refere à titularidade dos direitos patrimoniais.

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível e seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpre, neste momento, ressaltar os pontos considerados mais importantes desta pesquisa.

O objetivo de uma nova Lei de Direitos Autorais é incentivar a criação literária, artística e científica, a fim de possibilitar o aumento do conhecimento e, conseqüentemente, a demonstração dessa criação para todo o social, tendo por conseqüente seus direitos garantidos.

Deve-se ressaltar que a antiga Lei nº 5.988/73 foi homologada durante o período militar, cuja política nacionalista e intervencionista delimitou seus contornos. E agora, com o regime democrático e aberto ao chamado “sistema global” aquela Lei ficou ultrapassada, devido ao desenvolvimento tecnológico, que incrementou a probabilidade e possibilidade de novas criações artísticas.

Com as novas adaptações feitas na antiga Lei, quis-se determinar o cumprimento do preceito constitucional que determina ao autor criador os poderes decorrentes dos direitos morais e patrimoniais de sua criação, com isso, buscou-se premiar a genialidade humana, em sua concepção idealística - direitos morais - e capitalística - direitos patrimoniais.

Esta concepção foi criada devido ao quadro de exploração econômica globalizada e abrangente, que tende a buscar setores, antes pouco merecidos de guarnição jurídica, que não vislumbravam controvérsias.

Um destes setores, pode-se afirmar, é a obra publicitária, que, por ser hoje complexa, fez-se necessária o desdobramento em diversas fases, determinadas pelos vários departamentos, capazes de melhor atender ao cliente e, conseqüentemente com esta aglutinação surgiram direitos que, perante às criações, devem ser determinados e delineados nos direitos autorais.

Assim, com o advento da nova Lei, concretizou-se os aspectos da criação publicitária, que principalmente, através das obras coletivas, expressamente determinadas, puderam ser definidas.

Apesar da Lei nº 9.610/98 ter remodelado gramaticalmente a antiga Lei, trouxe importantes mudanças quanto ao nível da autoria e da titularidade das criações intelectuais, mesmo tendo ela novamente sido imposta sem a consulta das classes diretamente envolvidas, restando para estas os murmúrios finais que ajudaram a determinar o cumprimento dos preceitos constitucionais, quando da exclusão dos arts. 36 a 38 do Projeto de Lei.

O que se pode afirmar na determinação das criações publicitárias é que sua regulamentação, no contexto jurídico, está calcada na conceituação de “obra” que na diversidade de quesitos atribui a especificidade de cada uma. E por ser obra, a atividade publicitária gera proteção dos direitos morais e patrimoniais, mesmo ela não sendo dotada de brilhante idéia criativa, bastando ter cunho estético, alguma criatividade e originalidade, ou seja, não importa o fim objetivado pelo autor e nem a sua efetiva utilização, se for para difundir as atividades de um banco ou para informar as atividades governamentais, o que importa é que deverá, no mínimo, apresentar expressão intelectual autônoma.

Portanto, a criação publicitária está inclusa na categoria de obras culturais e artísticas, dirigindo sentidos e inserindo, novos elementos no domínio da arte o que possibilita a fuga do convencional.

Com o enquadramento da obra publicitária, como protegida na Lei dos Direitos Autorais, esta recebeu o enquadramento dos direitos pertinentes e sobre estes direitos é que se desenvolveu um dos assuntos que passou a ser de vital importância para o cumprimento do preceito constitucional, ou seja, a garantia dos direitos.

Reputa-se a autoria das obras publicitárias àquele que por seu desenvolvimento cultural, expressivo e intelectual, tenha desenvolvido criação publicitária e

expressa em *corpus mechanicum*, mesmo que não seja a obra final, cabendo também proteção quando for esta em forma de esboço.

A titularidade também é atribuída ao autor criador da obra publicitária, pois é a partir deste direito patrimonial que ele poderá arrebanhar frutos de seu trabalho e, conseqüentemente, usufruir da forma que bem entender, como, por exemplo, através de uma das modalidades de transferência destes direitos - cessão, licença.

O artifício da titularidade expressa de forma contundente os preceitos delineados, porém, com uma especificação que acarreta no desvirtuamento do autor criador para o organizador em casos de obra coletiva, o que significa que o organizador, pessoa física ou jurídica, poderá ser titular originário dos direitos autorais patrimoniais em caso de obra coletiva, diferentemente de como preceitua o espírito da Lei que estabelece à pessoa física o poder de criar e usufruir dos benefícios da obra intelectual.

Esta foi uma característica utilizada para que as empresas não ficassem “ao léu”, investindo, correndo riscos e sem nenhuma espécie de recompensa. Pois, caso contrário, poderia o empregado, quando autor criador, efetuar determinada criação intelectualmente protegida, exigir que seu empregador pagasse novamente pelo serviço ao qual foi pago, mensalmente, para executar.

Portanto, no que se refere à autoria nenhuma dúvida surge de que ela pertence ao autor criador da obra intelectual, mas no que concerne à titularidade, além de ser expressa por Lei que cabe ao autor criador, a mesma lei estabelece que poderá ser titular dos direitos patrimoniais pessoa diferente da física, ou seja, pessoa jurídica. O que não se adapta muito bem aos preceitos e princípios da criação intelectual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965.

Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Lei nº 6.533 de 24 de maio de 1978.

Lei nº 9.610, de 19 e fevereiro de 1998.

Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966.

Decreto nº 2.262, de 26 de junho de 1997.

Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aprovada no III Congresso Brasileiro de Propaganda em São Paulo, 4ª ed., 1983.

CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, Estatutos Sociais.

CONAR - Regime Interno do Conselho de Ética – RICE, 6ª ed. de 11 de maio de 1987.

Que são Agências de Propaganda. Que Serviços Prestam. - ABAP.

ABRÃO, Eliane Y. Direito Autoral e Propriedade Industrial Como Espécie do Gênero Propriedade Intelectual. Suas Relações Com os Demais Direitos Intelectuais, SP, RT – 739 – maio, 1997.

AFONSO, Otávio. Manual de Direito Autoral, Fundamentos do Direito Autoral, Brasília, CBI – Centro Brasileiro sobre Direitos Autorais, 1989.

ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Autoral, RJ, Forense, 1980.

BARRETO, Roberto Menna. Criatividade em Propaganda, 6ª ed., SP, Summus Editora, 1982.

BIGAL, Solange. Afinal, o Que é Criação Publicitária, SP, Razão Social Editora, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência, SP, RT, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor, SP, RT, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor, 2ª ed., RJ, Forense Universitária, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Feita sob encomenda, SP, RT, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Publicitária, SP, RT, 1981.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor nos Meios Modernos de Comunicação, SP, RT, 1989.

- BITTAR, Carlos Alberto. O Direito de Autor e o Impacto das Novas Técnicas, SP, RT – 701 – Março de 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR Filho, Carlos Alberto. Tutela dos Atos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, SP, RT, 1993.
- CABRAL, Plínio. Propaganda Técnica da Comunicação Industrial e Comercial, SP, Atlas Ed., 1986.
- CAMIN, Arnaldo. Mudanças na Lei dos Direitos Autorais, SP, Meio & Mensagem, nº 791, de 19/01/98, p. 24.
- CHAVES, Antônio. Direito de Autor, Princípios Fundamentais, RJ, Ed. Forense, 1987.
- CHAVES, Antônio. RTJE, vol. 160, de setembro de 1997, in Filmes Publicitários. Na Natureza Jurídica. Importância.
- CHAVES, Antônio. Produção Publicitária. Proteção Pelo Direito de Autor, RT, 649 - novembro de 1989.
- COSTA NETO, José Carlos. Os Direitos de Autor e os Que Lhes São Conexos Sobre Obras Intelectuais Criadas ou Interpretadas Sob o Regime de Prestação de Serviço, Brasília, Rev. Informativo Legislativo, nº 107, julho/setembro, 1990.
- COSTA NETO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil, SP, FTD, 1998.
- COSTELLA, Antônio. Direito da Comunicação, SP, RT, 1976.
- D'ALMEIDA, Armando; CARMO, Alfredo; DOMINGUES, Caio A.; ALMADA, Fernando; SIMONSEN, Junior, Harry; MEDEIROS, João; FIGUEIRÊDO, Ney Lima., Comunicação: as funções da propaganda, SP, Ed. Pensamento, 1970.
- DUVAL, Hermano. A Publicidade e a Lei, SP, RT, 1976.
- FELIPPE, Junior, Bernardo de. Agências de Propaganda: o que são e como utilizar, Brasília, Edição SEBRAE, 1995.
- HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual, São Leopoldo, RS, Ed. Unisinos, 1996.
- IMBERDOART, Magy; RIBEIRO, Júlio; ALDRIGHI, Vera; BENETTI, Edison; LONGO, Walter; DIAS, Sérgio Roberto. Tudo o Que Você Queria Saber Sobre Propaganda e Ninguém Teve Paciência Para Explicar, SP, Atlas Ed., 1985.
- LADEIRA, Julieta de Godoy. Criação de Propaganda, 4ª ed., SP, Global Editora, 1997.
- LEDUC, Robert. Propaganda Uma Força a Serviço da Empresa, 1ª ed. - 5 tiragem, SP, Atlas Ed., 1986.
- MALANGA, Eugênio. Publicidade Uma Introdução, 2ª ed., SP, Atlas Ed., setembro 1977.

- ◊ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI, Direito das Coisas in Propriedade Intelectual. Propriedade Industrial, 4ª ed., SP, RT, 1983.
- PAES, P. R., Tavares. Na Lei de Propriedade Industrial, SP, RT, 1996.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas, in Propriedade Literária, Artística e Científica, RJ, Adie Ed., 1991.
- ROMAN, Komneth; MAAS, Jane. Como Fazer Publicidade Um Manual Para o Anunciante, Lisboa, Editora Presença, 1991.
- SILVEIRA, Newton. Curso de Propriedade Industrial, 2ª ed., RJ, RT, 1987.
- SIMÕES, Elóy. Contato Imediato Com Atendimento em Propaganda (Agências & Anunciantes), SP, Ed. Global, 1992.