

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL

RAFAEL GUSTAVO PALUMBO

O CONTRATO DE TRABALHO E OS DIREITOS DE AUTOR
DO FOTÓGRAFO EMPREGADO

CURITIBA
2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

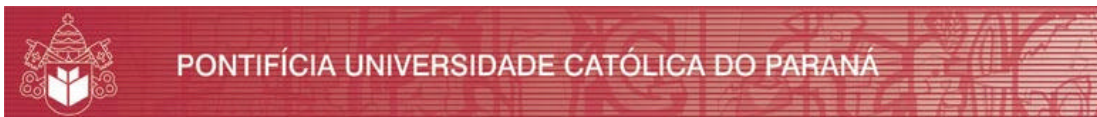
Rafael Gustavo Palumbo

**O contrato de trabalho e os direitos
de autor do fotógrafo empregado**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Mestrado em Direito Econômico e Social

Curitiba
Julho de 2005



Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Rafael Gustavo Palumbo

**O contrato de trabalho e os direitos
de autor do fotógrafo empregado**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roland Hasson

Curitiba
Julho de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Rafael Gustavo Palumbo

O contrato de trabalho e os direitos de autor do fotógrafo empregado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Roland Hasson

Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Curitiba, ____ de _____ de 2005

Resumo

Palumbo, Rafael Gustavo. **O contrato de trabalho e os direitos de autor do fotógrafo empregado**. Curitiba, 2005. 87p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O contrato de trabalho parte da premissa do desequilíbrio entre os contratantes e, como tal, seu traço característico é a proteção do trabalhador. De outro lado, os direitos de autor partem da premissa de conferir proteção àqueles que retiram o sustento das suas qualidades intelectuais, empregados ou não. É na intersecção dessas áreas do Direito que o presente estudo busca se aprofundar, fazendo uma análise da proteção conferida ao fotógrafo empregado, em razão das suas fotografias, estas objeto dos direitos de autor. O tema revolve o estudo isolado de ambos os institutos – contrato de trabalho e direito de autor, para, então, amoldar os direitos de autor naquele. A matéria afeta aos direitos autorais é, de certo modo, estranha ao cotidiano dos juslaboralistas, de modo que a doutrina é escassa e a quase inexistente jurisprudência dos Tribunais do Trabalho refoge ao centro da discussão. Mereceram análise destacada os temas da fotografia como objeto da proteção que é conferida ao autor e as duas vertentes de tutela conferida, patrimonial e moral, no contexto da relação empregatícia.

Palavras-chave

Contrato de trabalho; fotógrafo; direito do autor; direitos autorais.

Abstract

Palumbo, Rafael Gustavo. **The labor contract and the author's rights of the employed photographer**. Curitiba, 2005. 87p. Master's degree paper – Law and Social Sciences Center, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The labor contract, recognizing the lack of equality of the contractors, tends to protect the employee, the weak side on the relation. On the other side, the author's rights tend to protect those who make a living out of his own intellectual capabilities, employees or not. It's on the intersection of these two branches the present study proposes to go, analyzing the legal protection given to the employed photographer. At first the two areas are studied apart – labor contract and the author's rights, and then the author's rights are fitted into the labor contract, with its own peculiarities. The author's rights are somehow strange to the labor law operators, so there is little doctrine on the subject, and the almost non-existing jurisprudence does not face the center of the problem. The study analyzed the photography as the object of protection awarded to its author, and the two lines of the protection, which are economical and moral, based on the labor contract.

Keywords

Labor contract; photographer; author's rights.

Sumário

1. Introdução	7
2. O contrato de trabalho	9
2.1. O contrato de trabalho – uma visão histórica	9
2.2. Caracterização do contrato de trabalho	12
2.3. Morfologia do contrato de trabalho	18
2.4. Classificação do contrato de trabalho	23
3. O fotógrafo-autor como sujeito da relação de emprego	25
3.1. Direito Autoral – pano de fundo	25
3.2. O fotógrafo e a fotografia	38
3.3. A fotografia como objeto de proteção do direito autoral	43
3.4. O fotógrafo como sujeito de direitos	49
4. A interpretação do contrato de trabalho à luz do Direito Autoral	59
4.1. O salário e seu caráter expropriatório	59
4.2. O direito patrimonial do fotógrafo	63
4.3. O direito moral do fotógrafo	75
4.4. A impropriedade da aplicação da analogia com a lei de propriedade industrial	77
5. Conclusão	81
6. Referências Bibliográficas	84

1. INTRODUÇÃO

Nada de novo há em dizer que o direito do trabalho está em crise.¹ As relações de emprego vêm sendo bombardeadas pela onda neoliberal e pouco resta dos antigos modelos de contrato de trabalho. Contudo, ao lado das propostas de flexibilização do direito, vemos também modificados os sujeitos da relação jurídica empregatícia.

Consequência da mecanização e da robotização, já há muito anunciada, os tradicionais postos de trabalho foram, ao longo de todo o século XX e século XXI, sendo substituídos por máquinas e cedendo espaço a novas formas de trabalho, versados sobre a produção intelectual. Foi-se identificando a necessidade da produção criativa, do talento, da força de trabalho artística e inovadora. O empregado, agora mais do que nunca, põe à disposição do empregador seu trabalho intelectual nas mais diversificadas esferas do mercado.

Nesse cenário é que se desenvolve o presente estudo, sintonizado com essa forma de trabalho cada vez mais corriqueira na atualidade, origem de conflitos pouco discutidos e ainda não desvendados.

Por isso, não se pode afastar das novas relações de trabalho o “direito intelectual”, gênero do qual é espécie o direito do autor, o direito da propriedade industrial² e o direito do software.

O fotógrafo, profissional sobre o qual está debruçada a proposta desta dissertação, é um forte representante do novo sujeito da relação empregatícia, pois o produto do seu trabalho – a fotografia – é obra intelectual protegida pelo direito do autor.

Nessa confluência de sistemas jurídicos (direito do trabalho e direito do autor), com previsões, muitas vezes, díspares e conflitantes, é que se busca a harmonização de institutos e a melhor exegese do contrato de trabalho do autor – fotógrafo, harmonizado com os princípios juslaboralistas.

¹ Desabafa Rodrigo de Lacerda Carelli: “O Direito está em crise. O Trabalho está em crise. O Direito do Trabalho está em crise. Estas crises, tomadas como questionamentos de sua funcionalidade, efetividade e finalidade, estão no centro de todas as discussões no mundo acadêmico, jurídico e político...” CARELLI, R. de L. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 13.

² É importante destacar que o direito do autor versa sobre obras estéticas e o direito da propriedade sobre obras de cunho utilitário. Os direitos sobre a propriedade industrial estão regulados na Lei 9.279/96 e os direitos sobre *software* encontram-se na Lei 9.609/98.

A doutrina é incipiente e a jurisprudência, praticamente, inexistente e vacilante. Contudo, multiplicam-se os contratos empregatícios envolvendo direitos autorais, bem como os conflitos daí decorrentes, que demandam soluções efetivas dos operadores do direito. Essa é a razão da dissertação.

Nesse passo, não é outra a proposta do presente estudo que não elucidar essa forma de contrato que tem como objeto o trabalho do autor, especialmente do fotógrafo, e procurar indicar a melhor interpretação à relação laboral nessa intersecção de direitos, notadamente no que diz respeito à expropriação da obra artística – fotografia – pelo pagamento do salário.

Com fins didáticos, a dissertação encontra-se subdividida em três capítulos principais.

O primeiro capítulo diz respeito ao contrato de trabalho, relação jurídica central nesse estudo. Procurou-se situar sua conformação histórica a fim de rememorar as bases do desequilíbrio entre os atores da relação empregatícia e, assim, legitimar a inserção do direito autoral no contrato de trabalho. Procurou-se, ainda, caracterizar os elementos da relação de emprego, identificar a morfologia do contrato de trabalho e apresentar sua classificação doutrinária.

As considerações acerca do fotógrafo, como sujeito da relação de emprego, ocupam o capítulo segundo. A partir de um breve apanhado sobre o direito autoral – definição, natureza jurídica, evolução histórica e proteção legislativa –, procurou-se bem caracterizar o fotógrafo e a fotografia, sendo esta o objeto do direito do autor. Identificou-se o empregado-fotógrafo como aquele que é autor de fotografias em razão de contrato de trabalho, ainda que não seja jornalista e que sua fotografia não seja especialmente artística. Especial ênfase foi dada à identificação dos direitos morais e patrimoniais do autor-fotógrafo, a fim de reconhecer a aplicação da legislação de proteção autoral.

Por fim, no capítulo terceiro, tentou-se configurar a interpretação do contrato de trabalho à luz do direito autoral, enfatizando-se, especialmente, o restrito alcance do caráter expropriatório do salário e, finalmente, foi demonstrada a inadequação da analogia com o direito de propriedade industrial para interpretar os contratos em que há relação de direito autoral.

2. O Contrato de Trabalho

2.1. O contrato de trabalho – uma visão histórica

Em que pese o presente trabalho não ter um viés historicista, é certo que uma releitura dos fatos mostra-se relevante, sobretudo para mostrar que, no seu processo evolutivo, direito autoral e contrato de trabalho tiveram uma dinâmica diversa, mas com o traço comum do direito liberal e do atendimento aos interesses burgueses.³

A respeito do surgimento do contrato de trabalho, observam Segadas Vianna et al.⁴ que:

...a fermentação que daria razão de ser para seu aparecimento só começaria a ser sentida no final do século XVIII, com a revolução política e a revolução industrial ou técnico-econômica. Com aquela, o homem tornava-se livre, criava “o cidadão como categoria racional na ordenação política da sociedade”; na outra, transformava-se a liberdade em mera abstração, com a concentração das massas operárias sob o jugo do capital empregado nas grandes explorações com unidade de comando. Acentuava-se, rapidamente, a afirmação de Ripert de que “a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores”.

O trabalho nas fábricas concentrou trabalhadores, homens, mulheres e crianças, impôs a eles sacrifícios de jornada, péssimas condições de trabalho e remuneração escorchante. Carmem Camino⁵ remonta o momento histórico em breves linhas:

O advento da máquina, em 1812, aperfeiçoada por James Watt, em 1848, ensejou rápido crescimento industrial, e este acarretou profundas alterações na Economia e nas relações sociais, em especial entre Capital e Trabalho. Surgiram as grandes concentrações de operários, nasceram os primeiros centros industriais, formando terreno propício à expansão do capitalismo emergente à época dos grandes descobrimentos, favorecido pela idéias liberais nascidas na Revolução Francesa de

³ A respeito dos direitos autorais, Renato Ortiz coloca que: “Os trabalhos sobre a vida intelectual européia no século XIX têm, reiteradamente, chamado a atenção para dois tipos de mudanças em relação ao *ancien regime*: a autonomização de determinadas esferas (artes, literatura) e o surgimento de um pólo de produção orientado para a mercantilização da cultura. São transformações profundas que correspondem ao advento da ordem burguesa, que traz com ela o desenvolvimento de um mercado de bens culturais...”. ORTIZ, R. **A moderna tradição brasileira**: cultura brasileira e indústria cultural. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 71.

⁴ VIANNA, S. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho** 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1. p. 34.

⁵ CAMINO, C. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 28.

1789. No falso pressuposto da igualdade entre os homens, e conseqüente liberdade para contratar, os trabalhadores foram explorados à exaustão e submetidos à condição aviltante. A desigualdade econômica, ignorada pelo Estado absenteísta, inspirada nos falsos princípios do *laissez faire, laissez passer*, do ‘que é contratual e justo’, gerou situação de miséria sem precedentes para a classe operária que, explorada e faminta, iniciou movimento ascendente de grandes proporções, impulsionada pelo sentimento de solidariedade que é próprio dos oprimidos.

A pressão da classe operária, que então começava a se organizar, abalou as bases do capitalismo, forçando-o a se transformar para sobreviver⁶, numa espécie de “mal menor”, consoante pontuou José Affonso Dallegrave Neto⁷:

...em verdade, a proposital concessão dos burgueses aos trabalhadores, foi, assim, uma espécie de mal menor, haja vista o interesse maior dos liberais em manter em ordem o sistema produtivo de riquezas que estava ameaçado em face da tensão aguda entre capital e trabalho verificada naquele instante.

Dallegrave Neto⁸ também comenta que a classe operária uniu-se para vindicar melhores condições de trabalho, cobrando intervenção do Estado liberal burguês, que passou a ceder e, assim, a propiciar o nascimento das primeiras leis trabalhistas. Surgiam, então, regras e institutos, visando à proteção dos trabalhadores.

O Estado começava a fazer sobressair o interesse coletivo, tornando relativo o direito individual, de modo que à nova ordem de pensamento correspondiam medidas que, sem ainda significar uma orientação legislativa com direitos marcantes e visando, principalmente, a problemas de saúde e higiene, podiam, entretanto, ser consideradas como limites iniciais do Direito do Trabalho⁹.

No entanto, a consagração do direito do trabalho e a emancipação definitiva do contrato de trabalho ocorreram sob a égide do Estado chamado Social¹⁰. Nesse período:

⁶ A esse respeito, merece referência a observação de Leandro Dornelles: “Uma vez constituído um período de retração capitalista (fim de um longo ciclo de expansão), o sistema, a fim de buscar a sua adaptação e sobrevivência diante da crise instaurada, condiciona uma reconfiguração da organização produtiva. Desse modo, incorporam-se novas formas de extração de mais-valia ou de produção e concentração de riqueza e, assim, concentram-se os findos necessários para o financiamento de um novo período de crescimento econômico.” DORNELLES, L. do A. D. **A transformação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 25.

⁷ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 50.

⁸ DALLEGRAVE NETO, loc. cit.

⁹ VIANNA, S. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho** 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1., p. 34.

¹⁰ DALLEGRAVE NETO, loc. cit.

deu-se a oficialização do Direito do Trabalho enquanto regulação preservacionista do trabalhador cientificamente autônoma (...) A inserção humana no processo produtivo deixou de ser efetivada via contrato civil e passou a ser efetivada por intermédio de um contrato específico de trabalho.¹¹

Reportando-se a esse novo direito obreiro, pondera Arion Sayão Romita¹² que:

O sistema de liberdade contratual limita as relações entre empregado e empregador aos deveres contratuais mútuos, prescindindo de um fundo ético social; vê na relação de trabalho unicamente troca de bens patrimoniais, que -trabalho e salário. Por isso, a missão do novo direito obreiro consiste em conceder validade aos direitos humanos do operário e estruturar os vínculos de trabalho como relação jurídico-pessoal sobre um novo plano de liberdade pessoal. O Direito do Trabalho representa uma limitação imposta aos excessos da liberdade contratual jurídico-formal no campo das relações de trabalho.

Assim, foi com a derrocada da ideologia liberal-burguesa que se iniciou uma nova forma de regulação estatal (Estado Social), voltada à proteção do trabalhador e à melhoria de sua condição de trabalho.

Com isso, deram-se as bases da superação da igualdade formal para a igualdade jurídica nas relações de trabalho, mediante a chamada “desigualdade compensatória”. Como pontua Américo Plá Rodrigues¹³:

O Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho. As desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. Durante certo tempo, conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu, assim, a legislação do trabalho.

Com efeito, a intervenção estatal na órbita contratual

...deu-se (e dá-se) de várias formas: através do *dirigismo contratual*; por intermédio de leis que protegem diretamente a parte hipossuficiente; ou com o apoio a entidades organizadas, vg: sindicatos, associações. Tudo para que o contratante débil possa enfrentar de forma igualitária o signatário mais forte, restabelecendo um equilíbrio na relação jurídica e, ao mesmo tempo, coibindo os freqüentes abusos das condições contratuais herdadas do modelo voluntarista.¹⁴

¹¹ DORNELLES, L. do A. D. **A transformação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 30-1.

¹² ROMITA, A. S. **Temas de Direito Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 142-3.

¹³ RODRIGUES, A. P. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 66.

¹⁴ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998. p. 39.

Na observação do mesmo autor¹⁵ “...inicia-se a fase da universalização dos direitos trabalhistas que outrora ficavam a cargo de leis esparsas”.

As propostas liberais, contudo, foram retomadas, a partir dos anos 70, com o Estado chamado de neoliberal. Verificou-se a busca pela não-intervenção estatal nas relações trabalhistas, pela livre negociação e pelo fim da proteção ao empregado.

Em que pese a real movimentação do direito do trabalho, no cenário internacional, na direção da flexibilização¹⁶, os grandes princípios tradutores da lógica do Direito do Trabalho – proteção e progressão social – vêm sendo resgatados pela academia e homenageados pelos Tribunais. Na esteira dessa assertiva, Leandro Dornelles¹⁷ destaca que “...sem um mínimo, portanto, de garantias, a flexibilização implica institucionalização e socialização das inseguranças, consolidação do fascismo societal como política de gestão estatal. Falar, portanto, de Direito do Trabalho humano, social, é falar também de direitos garantidos pelo Estado”.

Nesse passo, não há como se negar uma proteção do empregado nas relações laborais.

2. 2. Caracterização do contrato de trabalho

Delimitar-se a relação de emprego, tendo como pano de fundo os princípios norteadores do direito do trabalho, é tarefa necessária. Isso porque, em nosso sistema jurídico, como é sabido, apenas o trabalhador inserido na relação de emprego recebe o tratamento protetivo. Por consequência, a validade do presente estudo depende da caracterização da relação empregatícia do autor-fotógrafo com seu empregador.

¹⁵ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 51.

¹⁶ Explica Dornelles que “Em nome da necessidade de se preservar prioritariamente o Capital, proporciona-se à empresa maior liberdade de contratar e despedir, exigir trabalho e lucrar sem contraprestar, sob um discurso de que os mecanismos de proteção do contrato de trabalho acabam por agravar o quadro de desemprego que assola o mundo do trabalho nos dias de hoje.” DORNELLES, L. do A. D. **A transformação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 165.

¹⁷ Ibid., p. 169.

Assim, em primeiro lugar, há que se distinguir a relação de trabalho da relação de emprego.

Relação de trabalho é:

...qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço de um determinado sujeito, pessoa física ou jurídica, a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a empreitada, o locador de serviço, o artífice, o trabalho prestado por profissional liberal, o trabalho avulso, o serviço eventual e autônomo, o temporário, o representante comercial, o funcionário público e, também, o trabalho do empregado subordinado, dentre outros.¹⁸

Já relação de emprego, segundo o mesmo autor¹⁹, é espécie do gênero relação de trabalho e “...corresponde à prestação de serviço subordinado por uma determinada pessoa física. O elemento subordinação é, pois, indissociável da relação de emprego”. Para Antonio Lamarca²⁰, “o contrato individual de trabalho nada mais é que a locação de serviços mais dependência”.

Desse modo, há que se fazer uma anotação no sentido de apontar que a expressão **contrato de trabalho** não diz respeito a uma relação de trabalho, e sim a uma relação de emprego. Tal fato encontra permissivo no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que assim dispõe: “Contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

É fácil perceber, no entanto, que o conceito de contrato de trabalho utilizado pela CLT é insuficiente, fazendo-se mister exaltar os elementos que o constituem.

Não há controvérsia, no direito nacional, acerca da caracterização da relação de emprego, cujos elementos, na forma dos art. 2º e 3º da CLT, são os seguintes: a) serviços prestados de forma pessoal; b) serviço de natureza não eventual; c) onerosidade e d) subordinação.

Quanto à atividade pessoal, Dallegrave Neto²¹ assinala que ela se limita à figura do empregado. Esclarece, ainda, que:

Não se admite que o prestador do serviço constitua uma pessoa jurídica ou entidade coletiva. O empregado há que ser sempre uma pessoa física. E mais que isto: deve adimplir sua obrigação de forma pessoal. Este caráter *intuito personae* é essencial não só em face da fidúcia que norteia o liame empregatício, mas, sobretudo, porque

¹⁸ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 59.

¹⁹ Id.

²⁰ LAMARCA, A. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 103.

²¹ DALLEGRAVE NETO, op. cit. p. 61.

o empregador, quando celebra o contrato de trabalho, objetiva a prestação de serviço daquele determinado empregado. Logo, o obreiro contratado é insubstituível na relação jurídica de emprego.

Tratando da não-eventualidade, o mesmo autor²² assinala que diz respeito à periodicidade da prestação do serviço:

Por serviço contínuo, segundo elemento caracterizador da relação de emprego, se entenda aquele prestado de forma periódica, ou seja, com o compromisso de renovação em períodos regulares e predeterminados. A *contrario sensu*, o trabalhador que labora de forma esporádica ou fortuita para inúmeras empresas é considerado *eventual*, sem nenhum direito trabalhista, vez que ausente a caracterização do vínculo de emprego com qualquer uma das entidades que utiliza seu serviço.

A eventualidade deve levar em conta os fins normais da empresa. Assim, a descontinuidade da prestação nem sempre excluirá a existência de contrato de trabalho, pois a necessidade permanente do empregador de atividade descontínua caracteriza a relação empregatícia^{23, 24}.

Com relação à onerosidade, também esta constitui elemento essencial; em regra, não se admite gratuidade na prestação de serviço. Contudo,

...presentes os demais requisitos da relação empregatícia e ausente apenas o pagamento salarial, configurar-se-á, em tese, o vínculo, sob pena de legitimarmos a locupletação do empregador. Com efeito, o empregador não se poderá beneficiar da própria torpeza, alegando inexistência do vínculo empregatício ante a falta de salário.²⁵

Ainda acerca da onerosidade, Maurício Godinho Delgado²⁶ comenta que:

A onerosidade consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes do âmbito do contrato: há troca na dinâmica contratual; há transferência recíproca (ainda que desigual) de riquezas entre as partes contratuais. No contexto empregatício, essa troca faz-se substantivamente através do contraponto prestação de trabalho *versus* parcelas salariais (ressalvadas as situações de interrupção contratual). Se a prestação de serviços realizar-se sem intuito contraprestativo por parte do prestador (laborando, no caso, com objetivos benevolentes, altruísticos e

²² DALLEGRAVE NETO, J. A. Redefinindo os requisitos da relação de emprego. In: _____. **Inovações na legislação trabalhista**. Reforma trabalhista ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2002. p. 176.

²³ MARANHÃO, D. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1. p. 315.

²⁴ O mesmo critério de essencialidade da atividade prestada é proposto por Orlando Gomes e Elson Gottschalk. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Forense Universitária: São Paulo, 1971 apud DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 62l. Da mesma forma, utiliza-se de tal qualificação Maurício Godinho Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 294-7.

²⁵ DALLEGRAVE NETO, J. A. *ibid.*, p. 63.

²⁶ DELGADO, M. G. **Contrato de trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 22.

afins – *affectionis vel benevolentiae causa*), o contrato existente não será de emprego, por falta da onerosidade, que lhe é inerente.

Por fim, o elemento da subordinação é essencial na caracterização da relação de emprego. Indubitavelmente, caracteriza-se como divisor de águas entre **relação de trabalho** e **relação de emprego**. Nas palavras de José Martins Catharino ²⁷, “...os atributos do contrato de emprego até agora examinados não lhe são exclusivos. O elemento que o qualifica como tal é a dependência constante da definição de empregado. Aí está sua característica diferencial”.

Para explicar o elemento **subordinação**, três teorias foram formuladas ao longo do tempo.

A primeira teoria considera a subordinação como uma **dependência técnica** do empregado para o seu empregador.

Nesse sentido, é precisa a lição de Camino ²⁸, referindo-se ao século XX:

No início do século, sustentava-se que o empregado estava sob dependência técnica do empregador. À época, as relações de trabalho subordinado situavam-se, quase que exclusivamente, na atividade industrial, caracterizada pela necessidade de manutenção de uma infra-estrutura física, pelo empreendedor da atividade econômica, que não só ensejava o necessário suporte para a inserção da força de trabalho do empregado, como, também, o próprio aprendizado do ofício. Daí se afirmar a dependência técnica do empregado em relação à empresa.

A falha dessa teoria, no entanto, foi identificada na contemporaneidade, pois, consoante lembra a já mencionada autora ²⁹:

Nos dias de hoje, é comum e atribuir ao empregado o comando da empresa, ficando o empregador da dependência técnica do conhecimento especializado do primeiro. Embora permaneça, ainda como dado comum à atividade empresarial de pequeno porte, a dependência técnica, em geral, não ocorre nas empresas médias e grandes, onde a divisão e a supervisão do trabalho é feita por empregados, geralmente com formação profissional qualificada, muitos deles verdadeiros representantes do empregador.

A segunda teoria, da **dependência econômica**, assevera que a vinculação do empregado ao empregador dá-se pelo simples fato de o primeiro ser economicamente inferior ao segundo. De acordo com Dallegrave Neto ³⁰:

²⁷ CATHARINO, J. M. **Contrato de Emprego** 2ª ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1965. p. 34.

²⁸ CAMINO, C. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 99.

²⁹ Id.

³⁰ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998. p. 60.

Tal teoria é débil, sendo facilmente refutada, vez que nem sempre o empregado depende de determinado salário para a sua sobrevivência. Imaginemos, por exemplo, um médico que, duas vezes por semana, à noite, leciona numa determinada faculdade de medicina, sua empregadora. Ora, o simples fato de o salário de professor não ser decisivo para a sua subsistência, não afasta a relação de emprego existente.

Por fim, a terceira teoria versa sobre a **subordinação jurídica**, também identificada com a dependência hierárquica. Consoante ensinamentos do mesmo autor³¹, “...para os seus sequazes, o obreiro, neste quadrante, está vinculado às ordens do empregador, através do poder de comando criado por lei.”

Ele ainda complementa:

Chama-se *jus variand*, tal poder patronal incidente sobre a atividade do empregado. A simples existência de um contrato de trabalho coloca o empregado em posição hierarquicamente inferior ao empregador, independentemente de sua condição social, econômica ou técnica em relação ao proprietário da empresa. Esta subordinação jurídica decorre da lei, artigos 2º e 3º da CLT e afeta, toda e tão-somente, a zona de influência do contrato de trabalho.

Sem a presença da subordinação hierárquica pode haver relação de trabalho, mas nunca relação de emprego.³²

A doutrina apresenta, ainda, a análise da subordinação sob um prisma objetivo, qual seja, de inserção do trabalhador na atividade produtiva da empresa. Alice Monteiro de Barros³³, comentando a posição adotada por Arion Sayão Romita e Paulo Emílio de Vilhena, destaca:

...que a subordinação deve gravitar em torno da atividade e exercitar-se pela integração do empregado na organização empresarial. Neste contexto, a relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem objetiva. (...) A subordinação objetiva não vem sendo admitida como critério autônomo para definir a existência de um contrato de trabalho.

Aldacy Rachid Coutinho³⁴ critica a confusão entre subordinação e dependência, dizendo:

Tem sido comumente aceita pela doutrina a subordinação como um estado de sujeição a um poder reconhecido ao empregador, embora, provocando inúmeras confusões, afirme-se a existência de um direito de comando ou de fiscalização ou uma relação de dependência, ou uma situação de supremacia revelada através de indícios.

³¹ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 60.

³² Id.

³³ BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 242.

³⁴ COUTINHO, A. R. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999. p. 204.

Em que pese os elementos antes analisados caracterizarem a relação empregatícia, a doutrina ainda lança mão de outros mais que teriam o condão de propiciar um maior delineamento da relação de emprego. São eles: a alteridade, a exclusividade e o *animus contrahendi*.

A **alteridade** revela que o empregado desempenha suas tarefas por conta alheia. Exemplifica Barros³⁵ com o jogador de futebol que obtém o título de campeão: “Esse título poder-lhe-á conceder um benefício econômico ou maior prestígio, mas a vitória no campeonato é atribuída ao clube, com registro nos seus anais e/ou na entidade organizadora do campeonato”.

A alteridade, como transferência dos riscos da atividade econômica para o empregador, é ressaltada por Manuel Alonso Olea³⁶, nos seguintes termos: “...o trabalho objeto do Direito do Trabalho é o trabalho humano, produtivo, por conta alheia, livre”.

Ao revés, a **exclusividade** não é requisito da relação de emprego. Do mesmo modo, como conclui Dallegrave Neto, o *animus contrahendi* não é requisito da relação de emprego. Nas palavras desse autor³⁷,

A lei é silente, e a doutrina o considera apenas como critério subsidiário de aferição do vínculo. Logo, sendo o contrato de trabalho um contrato-realidade, a falta do elemento *animus contrahendi*, por si só, não é decisivo para afastar a configuração da relação de emprego.

Vistos os elementos que delineiam e diferenciam uma relação de trabalho *lato sensu* de um contrato de trabalho *strictu sensu*, caminha-se na direção de desvelar os caracteres principais deste último, a fim de extrair-lhe melhor significação quando do entrelaçamento com os direitos autorais.

2.3. Morfologia do contrato de trabalho

³⁵ BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 215.

³⁶ OLEA, M. A. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Aglaé Marcon, Itacir Luchtemberg e Sebastião Antunes Furtado. 5ª ed. Curitiba: Gênese, 1997. p. 42.

³⁷ DALLEGRAVE NETO, J. A. Redefinindo os requisitos da relação de emprego. In: _____. **Inovações na legislação trabalhista**. Reforma trabalhista ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2002. p. 175.

Os elementos que compõem o contrato de trabalho identificam-se com os elementos clássicos do direito civil e são divididos em essenciais, naturais e acidentais. Na doutrina de Dallegrave Neto³⁸:

Somente os primeiros, elementos essenciais, são indispensáveis à formação válida da estrutura do negócio jurídico em comento. Os acidentais são estabelecidos de forma facultativa pelas partes. Os naturais, aplicáveis somente aos contratos civis, são aqueles que prevalecem desde que as partes não disponham de forma contrária. Por elementos naturais entendem-se aqueles decorrentes da natureza da relação negocial. A norma legal fixa as consequências jurídicas a determinado contrato que prevalecerão, caso as partes expressamente não prevejam de forma diversa. Daí chamarem-se naturais, vez que são simples resultados da modalidade negocial escolhida pelos contratantes.

Justificando a inexistência de elementos naturais no contrato de trabalho, o autor prossegue³⁹:

Considerando que todas as normas legais incidentes no conteúdo do Contrato de Trabalho são do tipo cogente e que as normas contratuais pactuadas pelas partes, porventura existentes, não podem dispor contra a proteção mínima prevista na diretriz da lei (artigo 444 da CLT), infere-se, diante disso, não haver lugar para os chamados elementos naturais na esfera do Contrato de Trabalho.

Em sentido oposto, pontua Delgado⁴⁰, afirmando que elementos naturais são aqueles que, embora não se caracterizando como imprescindíveis à própria formação do contrato, costumam aparecer de forma recorrente em sua estrutura. Explica que:

Na área justralhista surge, como elemento natural do contrato empregatício, a jornada de trabalho. Dificilmente encontrar-se-á exemplo contratual em que a cláusula (expressa ou tácita) concernente à jornada não seja integrante do pacto. O avanço normativo trabalhista pode caminhar inclusive na direção de tornar sempre recorrentes, nas relações de trabalho, estipulações em torno da jornada de trabalho.

Já com relação aos elementos essenciais do contrato de trabalho, identificam-se com aqueles classicamente enunciados pelo Direito Civil: capacidade das partes; licitude do objeto; higidez da manifestação de vontade (ou consenso válido); forma prescrita ou não vedada por lei.⁴¹

³⁸ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 101.

³⁹ Id.

⁴⁰ DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 32-3.

⁴¹ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 25.

Com relação à capacidade, o autor afirma⁴²:

...capacidade trabalhista é a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa. O direito do trabalho não introduz inovações no que concerne à capacidade do empregador; preserva, aqui, portanto, o padrão jurídico já assentado no Direito Civil.

Não há maiores questionamentos acerca da capacidade do empregador. Há, contudo, no que diz respeito à maioridade do empregado. Quanto a este, segundo infere-se da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 7º, XXXIII, e 227, *caput* e §3), assim como da própria CLT (art. 402), pode-se afirmar que a capacidade **plena** do trabalhador é conquistada aos 18 anos de idade.⁴³

Entretanto, por força do disposto no novel Código Civil (NCCB)⁴⁴, surgem questionamentos acerca da capacidade civil do trabalhador entre 16 e 18 anos de idade.

Edilton Meireles⁴⁵ traz os seguintes argumentos:

1) Quanto à capacidade civil, o novo Texto Civil apenas incluiu a possibilidade da aquisição da maioridade, após os 16 anos, pelo menor que mantenha relação de emprego, desde que tenha economia própria.

Assim, se o menor de 18 anos for empregado, recebendo salário, ainda que equivalente ao mínimo legal, cessará sua incapacidade para vida civil. (...)

2) A expressão “economia própria” deve ser entendida como a percepção de remuneração suficiente para o sustento próprio e de sua família. Entendemos, então, que, ainda que formalmente, com a simples percepção do salário mínimo se estará preenchendo esse requisito, pois é a lei que, ao definir o seu valor, preceitua o que seja o mínimo necessário para subsidiar o sustento do empregado e de sua família.

Faltará essa “economia própria”, quando, por exemplo, o menor é admitido para receber salário inferior ao mínimo legal, o que pode ocorrer se contratado a tempo parcial, por exemplo.

Ainda no que atina à incapacidade, é importante a lição de Délio Maranhão⁴⁶:

⁴² Ibid., p. 26.

⁴³ Reza a Norma Constitucional, no Art. 7º, XXXIII a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. No mesmo sentido, evoluiu a legislação civilista, já que o vetusto Código Civil assegurava a capacidade plena aos 21 anos de idade (art. 9º), enquanto o Código Civil de 2002 a reduz para 18 anos.

⁴⁴ “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”; “V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

⁴⁵ Meireles, E. **O novo Código Civil e o Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 15.

A nulidade do contrato pela incapacidade do agente constitui medida de proteção ao incapaz. Assim, se um menor, que não oculta sua incapacidade, é admitido como empregado, desfeito o contrato sem culpa sua, terá todos os direitos que a lei assegura a quem presta trabalho subordinado e em função do tempo de serviço.

Com relação ao objeto do contrato de trabalho, tem-se que deverá ser lícito – art. 4º, II, do NCCB, segundo Delgado⁴⁷:

...enquadrando-se o labor prestado em um tipo legal criminal rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não será válido, pois, contrato laborativo que tenha por objeto trabalho ilícito.

Segundo Cabanellas⁴⁸, citado por Maranhão, necessário se torna distinguir entre o trabalho ilícito e o trabalho proibido:

Este último é o que, por motivos vários, a lei impede seja exercido por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes. Se se trata de trabalho simplesmente proibido, o trabalhador pode reclamar o que lhe caiba pelos serviços prestados, ainda que o contrato seja nulo.

Os contratos de trabalho ainda exigem manifestação de vontade hígida, elemento também relacionado pela norma civil.

Entretanto, “...a aferição de sua presença no cotidiano trabalhista é menos relevante do que percebido no cotidiano regulado pelo Direito Civil”.⁴⁹ Nessa esteira, o mesmo autor apresenta três fatores que convergem e justificam a proposição anterior.

A primeira delas enuncia ser o contrato de trabalho um contrato de adesão, em que a vontade é exprimida preponderantemente no momento de adesão, e não relativamente às suas cláusulas.⁵⁰

Em segundo lugar,

...a circunstância de o Direito do Trabalho já se construir tendo em consideração esse suposto de contingenciamento da vontade obreira no estabelecimento do

⁴⁶ MARANHÃO, D. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1. p. 256.

⁴⁷ DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 28.

⁴⁸ CABANELLAS apud MARANHÃO, D. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1. p. 256.

⁴⁹ DELGADO, op. cit., p. 30.

⁵⁰ Acerca da manifestação da vontade do empregado na formação do contrato de trabalho, ver Eduardo Milléo Baracat. A vontade da formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (Coords.) **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

contrato, prevendo, em contrapartida, regras imperativas voltadas a reequilibrar a relação entre as partes.⁵¹

A terceira,

...a circunstância de ter o Direito do Trabalho solução mais prática e ágil do que a busca da anulação do contrato em situações de alegado vício de consentimento. É a solução da rescisão contratual por ato de qualquer das partes, independentemente da prova de irregularidade em sua formação.⁵²

Por último, a forma.

Segundo Sílvia Rodrigues⁵³,

É requisito de validade dos atos jurídicos obedecerem à forma prescrita ou não adotarem a forma defesa em lei. A liberdade de forma constitui a regra, pois ela será livre, a menos que a lei determine o contrário (...).

O requisito da forma, quando exigido pelo legislador, tem múltipla finalidade. Poder-se-ia ressaltar a facilidade de prova, a maior garantia de autenticidade do ato, a mais ampla dificuldade em apresentar-se vontade viciada pelo dolo ou coação e, um fator que nem sempre tem sido devidamente realçado, a solenidade revestidora do ato, que tem o condão de chamar a atenção de quem o pratica para a seriedade do ato.

Na seara trabalhista, observa Dallegrave Neto⁵⁴ que são raros os casos em que a lei trabalhista obriga a observação de forma solene para celebração de Contrato de Trabalho, prevalecendo, via de regra, o princípio da liberdade da forma.

A propósito, reza o art. 443 da CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

De modo a concluir a análise acerca do que compõe o contrato de trabalho, resta consignar que, ao largo dos elementos indispensáveis à sua existência, situam-se os elementos acidentais, assim entendidos aqueles “que, embora não sejam da essência constitutiva do contrato, quando expressamente inseridos por convenção facultativa das partes, devem ser obedecidos”.⁵⁵

⁵¹ DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 30.

⁵² Id.

⁵³ RODRIGUES, S. **Direito Civil**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 176.

⁵⁴ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 110.

⁵⁵ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 129.

O mesmo autor cita que elementos acidentais aplicáveis ao contrato de trabalho são o termo e o encargo, vez que...

...o modo ou o encargo incide apenas nos negócios gratuitos. Com efeito, sendo o contrato de trabalho incontroversamente oneroso, pode-se registrar que das três espécies que compõem os elementos acidentais, a ele se aplicam apenas a condição e o termo.⁵⁶

O novel Código Civil, no art. 121, reza: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Acerca da condição no contrato de trabalho, Delgado⁵⁷ afirma rara a existência da condição no pacto laboral, mas afirma que:

A CLT prevê uma hipótese (extremamente incomum) de condição resolutiva expressa em contrato de trabalho: trata-se do empregado substituto de trabalhador afastado por razões previdenciárias e que tenha sido especificada, em pacto empregatício, cláusula de rompimento contratual automático em face do simples retorno do titular ao cargo (art. 475, §2º da CLT).

Quanto ao termo, este é definido por Clóvis Beviláqua⁵⁸, citado por Rodrigues, como sendo “...o dia em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico”. É clara a distinção entre termo e condição proposta por Rodrigues⁵⁹: “Enquanto nesta tem-se em vista um evento futuro e incerto, no termo, considera-se um momento futuro e certo.”

Conforme Delgado⁶⁰, no contrato de trabalho, o termo

...é situação excetuativa, viável apenas se configuradas hipótese legais tipificadas e expressas (art. 443 da CLT ou Lei n. 9.601/98, por exemplo). A regra geral incidente (e presumida) no cotidiano justralhista reporta-se aos contratos sem termo final prefixado. O tipo contratual dos pactos a prazo indeterminado considera-se inclusive presumido, caso não seja comprovada a lícita inserção de termo final no contrato em exame (Enunciado n. 212 do TST) .

⁵⁶ Ibid., p. 110.

⁵⁷ DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 34.

⁵⁸ Beviláqua, C. **Código Civil comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940. v. I apud RODRIGUES, S. **Direito Civil**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 255.

⁵⁹ RODRIGUES, id.

⁶⁰ DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a. p. 33.

2.4. Classificação do contrato de trabalho

Uma vez examinados os elementos essenciais e acidentais do contrato de trabalho, prossegue-se em breves anotações acerca da classificação desse tipo de contrato, a fim de possibilitar o confronto entre as características do contrato de trabalho com os direitos do autor dentro de uma relação empregatícia.

Como afirma Dallegrave Neto⁶¹, em harmonia com a doutrina clássica, o contrato de trabalho é considerado bilateral, oneroso e comutativo.

Além da bilateralidade no momento de sua formação, por exigir o concurso de duas vontades, também o é quanto aos seus efeitos, por criar obrigações para ambas as partes: a do empregado é trabalhar de forma subordinada; a do empregador é remunerar o serviço prestado e demais consectários (encargos) sociais.

A onerosidade, como já visto, também é característica do contrato de trabalho, uma vez que o empregado, nos termos do art. 3º da CLT, é sempre um assalariado. A onerosidade integra a essência da relação de emprego.

Traçando a linha distintiva entre comutatividade e aleatoriedade, Caio Mário da Silva Pereira⁶², citado por Dallegrave Neto, acentua que, no contrato comutativo,

...as prestações de ambas as partes são conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores, (...) [nos aleatórios] a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte.

Como bem observa Dallegrave Neto⁶³:

O contrato de trabalho é comutativo por gerar obrigações contrárias e equivalentes; assim, à obrigação de trabalhar, por parte do obreiro, corresponde a de remunerar, por parte do empregador. Tais obrigações, além de certas e determinadas, são conhecidas previamente pelos signatários.

O fato de o empregador assumir o risco do empreendimento, que pode ser futuro e certo, não tem o condão de enquadrar o Contrato de Trabalho como contrato aleatório. Não se confunda, pois, o risco econômico da empresa, previsto no art. 2º da CLT, como o risco contratual da contraprestação, ínsito aos contratos aleatórios.

⁶¹ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 78.

⁶² PEREIRA, C. M. da S. **Instituição de Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. v. III apud DALLEGRAVE NETO, *ibid.* p. 78-9.

⁶³ DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. p. 79.

Entretanto, como pondera o mesmo autor⁶⁴,

No contrato de emprego, a índole comutativa não ocorre nas prestações vistas individualmente. Se assim fosse, não se explicariam os casos de interrupções do contrato (férias, por exemplo), onde não há a prestação do serviço, contudo persiste a obrigação patronal de remunerar.

Com espreque no art. 443 da CLT, ele anota que “O contrato de trabalho costuma ser consensual, na medida que só o consentimento (*solo consensu*) basta para sua formação. Tal carácter não-solene é regra geral que decorre do princípio da liberdade da forma...”⁶⁵

Impõe destacar que, dentre as várias possíveis classificações doutrinárias acerca das características dos contratos em geral, e do contrato de trabalho em específico, as antes revolvidas são suficientes ao embasamento das confrontações propostas com os direitos autorais. No entanto, cabe aprofundar o traço comutativo do contrato, de fundamental importância ao desfecho do trabalho, o qual será retomado no sub capítulo 4.1.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

3. O Fotógrafo-Autor como Sujeito da Relação de Emprego

3.1. Direito Autoral – pano de fundo

a) Generalidades

O art. 1º da Lei 9.610/98 define direito autoral como: “...os direitos de autor e os que lhes são conexos”.⁶⁶

Em que pese a generalidade da previsão legal, é possível entender direito autoral como todo aquele que é oferecido ao autor em torno da sua criação, acrescido das demais regulamentações que envolvem a sua figura e a da sua obra.

Cumprir verificar que uma obra é passível de proteção pelo direito autoral quando, necessariamente, deriva do intelecto humano. A Lei 9.610/98 contorna a obra intelectual como a criação “expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente”.

Dando luz a essa definição, José de Oliveira Ascensão⁶⁷, afirma que a obra intelectual é “a exteriorização de uma criação do espírito”. Por isso, quaisquer progressos científicos ou tecnológicos não interferem na delimitação do objeto do Direito Autoral já que, independentemente desses avanços, a obra intelectual sempre será exclusivamente humana⁶⁸.

De igual sorte, as criações naturais, independentemente de sua beleza ou da curiosidade que gere, não podem se enquadrar na relação de objetos protegidos pelo direito autoral, pois não houve manifestação do espírito humano. A contrário senso, é indiferente a origem ou a forma de utilização da obra para que seja conferida a proteção.

Explicitando e exemplificando, é profícua a lição de Carlos Alberto Bittar⁶⁹ quando aduz que são objeto do Direito Autoral:

⁶⁶ Os direitos conexos são os direitos ofertados a categorias que se relacionam com a criação, produção ou difusão da obra intelectual. Para maior aprofundamento sobre o assunto, ver BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 152-63.

⁶⁷ ASCENSÃO, J. de O. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 11.

⁶⁸ Uma criação feita por um computador, seja a elaboração de um texto, uma fotografia tirada automaticamente ou qualquer criação, sem ser realizada por uma pessoa humana, não pode ser definida como obra intelectual.

⁶⁹ BITTAR, C. A. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

...as obras intelectuais estéticas, ou seja, criações do espírito exteriorizadas por formas encartáveis nos domínios citados. São escritos, poemas, pinturas, esculturas, gravuras, músicas, desenhos e outras criações que, exemplificativamente, encontram-se relacionadas nas convenções e em leis internas. Isso significa que, mesmo à ausência de previsão, desde que, pela natureza, seja a obra dotada de esteticidade, assegurada fica a sua compreensão no contexto do Direito do Autor, como pacificamente se entende. (...) Não importam, para a proteção, a origem, o destino e o uso efetivo da obra, que se qualifica, pois, por sua condição intrínseca.

b) Natureza jurídica

Délia Lipszyc⁷⁰ bem delineou as diferentes teorias acerca da natureza jurídica do direito do autor, polarizando-as nas doutrinas dualista e monista⁷¹. Dentre as dualistas, destaca a teoria do direito de propriedade material e a do direito sobre bens imateriais; dentre as monistas, a teoria do direito de personalidade e a teoria intermediária do direito pessoal-patrimonial.

Para a primeira teoria, o autor possui direito de propriedade sobre sua obra, considerada bem material (*ius in rem*). Por essa razão, o tratamento das relações decorrentes do direito do autor não apresentaria particularidades em relação àquele dispensado aos negócios jurídicos típicos do direito obrigacional. Tal teoria esteve ligada às incipientes legislações sobre o tema, surgidas na primeira metade do século XIX.

A teoria do direito sobre bens imateriais, de outro lado, considera a obra um bem não-material e insiste na idéia de que o direito de propriedade apenas serve para regular bens materiais. Assim, o direito do autor necessitaria de regramento específico. Representa essa corrente Josef Kohler⁷², que ressalta o enfoque patrimonial como o único conformador do direito do autor. Ele reconhece a existência de outros direitos incidentes sobre a obra do autor, direitos de natureza pessoal ligados à criação (personalidade), mas os têm como componentes de um campo jurídico distinto.

Lipszyc⁷³ focaliza tal teoria dizendo que:

Lo que verdaderamente define la teoría del derecho sobre bienes inmateriales es, ante todo, la atención prestada a la caracterización y definición del objeto sobre el

⁷⁰ LIPSZYC, D. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 1993. p. 20-8.

⁷¹ Enquanto para os dualistas há uma nítida separação entre direito moral e patrimonial; para os monistas há um único direito.

⁷² KOHLER, J. apud LIPSZYC, op. cit., p. 22.

⁷³ LIPSZYC, op. cit., p. 24.

que estos derechos recaen; la teoría de los bienes inmateriales es la posición doctrinal que repara por primera vez en el objeto del derecho de los creadores, como un tema que precisa ser examinado separadamente.⁷⁴

As críticas a essa teoria conduziram à doutrina do direito de personalidade. Valorizaram-se a unidade e a harmonia do direito do autor, contrariamente à separação proposta por Kohler⁷⁵. Gierke, Stobbe e Allfeld⁷⁶ destacaram que as faculdades de caráter pessoal do autor não surgem da personalidade pura e simples, e sim da personalidade de quem cria uma obra, sendo parte essencial do direito de autor. O objeto do direito do autor seria, pois, obra intelectual reflexo do espírito do autor, cuja personalidade estaria individualizada por essa atividade criadora; o direito do autor assumiria caráter patrimonial apenas como elemento acessório.

Nesse passo, consoante pontua Lipszyc⁷⁷:

...ni siquiera la cesibilidad del derecho supone la transferencia total del derecho sino solo de las facultades de multiplicación etc., pues el autor siempre conserva derechos sobre la obra para garantizar la protección de su personalidad y solamente asume carácter patrimonial como elemento accesorio.⁷⁸

O desenvolvimento de uma teoria intermediária veio suplantir a discussão acerca da dicotomia preconizada pela doutrina dualista, sem desconsiderar a importância do caráter patrimonial do direito do autor. Surgida na Alemanha, a teoria do direito pessoal-patrimonial considera que o direito do autor tem natureza particular com dupla função: proteger interesses da personalidade e interesses patrimoniais. Eduardo Piola Caselli⁷⁹ representa essa teoria mista, entendendo que o direito de autor representa um direito de domínio sobre um bem intelectual, o qual, em razão de sua natureza especial, abarca faculdades de caráter pessoal e de caráter patrimonial.

⁷⁴ O que, verdadeiramente, define a teoria do direito sobre bens imateriais é, antes de tudo, a atenção dispensada a caracterização e definição do objeto sobre o qual estes direitos recaem; a teoria dos bens imateriais é a corrente doutrinária que, pela primeira vez, foca o objeto dos direitos do autor como um tema que precisa ser examinado separadamente. Tradução do autor.

⁷⁵ KOHLER, J. apud LIPSZYC, D. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 1993. p. 22.

⁷⁶ GIERKE; STOBBE; ALLFELD apud LIPSZYC, op. cit., p. 22.

⁷⁷ LIPSZYC, op. cit. p. 25.

⁷⁸ Nem ao menos a cessão do direito supõe a transferência total, senão que só as faculdades de multiplicação etc.; vez que o autor sempre conserva direitos sobre a obra para garantir a proteção à sua personalidade e somente assume caráter patrimonial como elemento acessório. Tradução do autor.

⁷⁹ CASELLI, P. E. **Trattato del diritto di autore**. Napoles, Italia: E. Marghieri y Turín, Unione Tip, Ed. Torinese, 1927 apud LIPSZYC, op. cit., p. 23.

Entre nós, Eduardo Vieira Manso também se filia à corrente monista e destaca que o complexo de prerrogativas que o direito atribui ao criador da obra intelectual inclui direitos patrimoniais e direitos morais, no seguinte sentido:

...o direito autoral é uno, a despeito da dicotomia “direitos patrimoniais” e “direitos morais”, sendo certo que esta distinção, tal como sistematizada nas legislações que a proclamam, tem relação com o exercício do direito e não com sua constituição, existência ou duração...⁸⁰

Nossa legislação contemplou tal natureza dúplice, o que pode ser facilmente percebido da leitura do art. 22 da Lei 9610/98 que dispõe: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

O direito moral do autor é personalíssimo, indissociável da obra, mantendo perpetuamente vinculados o criador e sua obra. Conseqüentemente, não é alienável ou renunciável, além de se afastar da ação do tempo, ou seja, de ser imprescritível.

Na narrativa de Bittar⁸¹:

Os direitos morais são vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor – que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador.

Debruçando-se sobre essa questão, Carlos Fernando Mathias de Souza⁸² propõe uma disposição desses direitos em sete ocorrências: a) direito material de paternidade, que corresponde ao direito de reivindicar a autoria; b) direito que o autor tem de ver sua obra identificada com sua pessoa, seja através de símbolos, pseudônimo ou qualquer outra forma de assimilação; c) direito de não ter a sua obra copiada; d) direito de ter sua obra original, tendo o autor a prerrogativa de se opor a qualquer modificação proposta; e) direito de modificá-la se assim o achar necessário, mais o direito de ter acesso à obra original, quando em poder de

⁸⁰ MANSO, E. V. **Direito Autoral**. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 02.

⁸¹ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 47.

⁸² SOUZA, C. F. M. **Direito Autoral**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 24.

outrem, a fim de preservar a sua memória; f) direito que o autor tem de retirar de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada⁸³.

Com relação ao direito autoral patrimonial, também chamado de direito autoral material, está identificado com as características da alienabilidade e da renúncia.

Bittar⁸⁴ define os direitos patrimoniais do autor como:

...aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.

c) Evolução do direito autoral

Não se pretende, neste momento, fazer uma análise crítica da forma evolutiva do direito autoral como propõem Antônio Carlos Wolkmer⁸⁵, Ricardo Marcelo Fonseca⁸⁶ e António Manoel Hespanha⁸⁷, principalmente porque uma análise nesse sentido implicaria desvendar o “historicismo tradicional” e, conseqüentemente, os seus vícios.

Como assevera Fonseca⁸⁸,

... este discurso histórico do direito (que aqui eu chamaria de historicismo jurídico) acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta “tradição histórica”.

No entanto, é importante uma análise de acontecimentos históricos, no que diz respeito às relações entre as criações do sujeito e a sociedade, com a finalidade

⁸³ Esse direito não mais pertence ao autor da forma exposta, posto que a Lei 9.610/98 restringiu este direito aos casos em que a circulação ou utilização implicarem afronta à reputação ou à imagem do autor.

⁸⁴ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 49.

⁸⁵ WOLKMER, A. C. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 2, p. 55-67, 1994-5.

⁸⁶ Para Fonseca, deve-se entender “a história não apenas como uma ‘introdução’ ao estudo ou uma análise sem critério, que não será retomada em nenhum outro momento da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo, constituindo o seu cerne metodológico.” FONSECA, R. M. A história no Direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Gênesis**, n. 17, p. 570-585, jul./set. 2000. p. 574.

⁸⁷ HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa, Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

⁸⁸ FONSECA, R. M. **Direito e história**: relação entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir de António Manuel Hespanha. Curitiba, 1997. Dissertação, Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 573.

de se compreender a atual concepção de direito autoral e a função que este exerce nas relações jurídicas, ainda que não se busquem elementos de justificação.

Cumprе assinalar, primeiramente, que o direito autoral, na sua concepção moderna, não se manifestou na antiguidade. Contudo, é possível constatar reflexos sociais gerados pela produção intelectual.

Na Grécia, o pensamento e, por conseqüência, a criação intelectual era objeto de consideração e respeito pela sociedade:

...prestando governo e povo maiores homenagens aos seus dramaturgos, poetas, filósofos, cientistas, compositores, artistas plásticos, concedendo prêmios aos vencedores de concursos e coroando-os em praça pública, reservando-lhes elevados cargos administrativos, os produtos da inteligência e da arte não eram considerados mais do que uma “coisa”, que pertencia ao seu autor.⁸⁹

Entretanto, a compreensão de propriedade do objeto de criação do autor não existiu nesse momento histórico⁹⁰.

Da mesma forma, em Roma não havia nenhuma proteção aos frutos da inteligência; não se verificava a distinção entre o direito de propriedade sobre o corpo da criação e o direito do seu criador. Os fatos que circundam com maior proximidade a concepção moderna de direitos autorais ocorridos no período romano são, para Chaves⁹¹,

...raros casos de transação, como o mencionado por Juvenal de Stacio, que morreria de fome se não tivesse vendido sua tragédia *Agavé*. Segundo Terêncio, teriam os edis comprado de Menandro sua comédia, *O Eunuco*, e Plauto era acusado de só pensar em dinheiro, indiferente ao sucesso ou ao fracasso de sua obra.

O mesmo autor completa essa idéia:

...a divisão romana dos direitos em pessoais, de obrigação e reais parecia esgotar toda a matéria jurídica: não se concebia que os frutos pudessem ser objetos de direitos. “Não admitiam que o pensamento por si mesmo pudesse ser suscetível de proteção legal e só consideravam a propriedade da sua relação em um corpo material (manuscrito, quadro, estátua e outros tipos de trabalho)”.⁹²

⁸⁹ CHAVES, A. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 23.

⁹⁰ Ainda no período grego, “o plágio era, sem dúvida, praticado e reconhecido, mas não encontrava outra sanção senão a verberação do prejudicado e a condenação da opinião pública” CHAVES, id.

⁹¹ CHAVES, *ibid.*, p. 24.

⁹² Id.

Na Idade Média, não se vislumbram fatos de notória importância nas relações entre criador e sociedade; na Modernidade, porém, foram vistas importantes manifestações sociais em relação às criações intelectuais.

No período renascentista, a relação mais visível entre a obra do criador e a sociedade foi o surgimento das concessões a certos impressores da prerrogativa para publicarem as obras mais ilustres. Há confirmações de tais concessões, ao menos desde 1495, quando, pela República de Veneza, foi concedido ao impressor Aldo o privilégio para publicação de uma edição das obras de Aristóteles.

Na verdade, esse sistema de concessão em muito se diferencia da idéia moderna de direito autoral, pois se trata de uma forma recíproca de garantia de interesses. De um lado, está o impressor, assegurando o monopólio das publicações; do outro, o autor que, dessa forma, não via sua produção intelectual ser copiada, mas sem existir qualquer recompensa econômica por ela.

Em decorrência dessa relação, Chaves, citando os elogios de Osman Lins⁹³ aos criadores da época, comenta que:

Sua magnanimidade se exprimia no desinteresse pela glória, que concediam toda ao escritor, apenas reservando para si o ouro. Lamenta-se por isto Marcial, dizendo que, sem um mecenas, o poeta não teria fontes de subsistência e ver-se-ia obrigado a escolher entre as ocupações de delator, de falsa testemunha ou de ajudante de banhos públicos.

Esses privilégios concedidos aos editores proporcionaram um monopólio de diversas obras antigas, visto que tais exclusividades eram passadas a seus sucessores repetidas vezes, até o momento em que a prática resultou na perpetuação dos privilégios.

Um outro acontecimento fático ocorrido no Renascimento, que revelou a necessidade de maior segurança à criação intelectual, foi a criação do chamado *copyright*, que tem seu primeiro relato em 1701 quando a Carta Real de 1557, da Inglaterra, concedeu a *Stationers Company* o monopólio para a publicação de livros, assegurando aos seus membros o direito de cópia especificados em escritos e outro material nos quais poderiam ser reproduzidos. Esses direitos deveriam ser validados pela Companhia, sendo perpétuos e hereditários.

⁹³ LINS, O. Direitos autorais: breve retrospecto. **O Estado de São Paulo**, Suplemento literário, 15 mar. 1969 apud CHAVES, A. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 25.

Portanto, o que se verifica é que, no período renascentista, não havia direitos subjetivos do autor; ao contrário, o que existia era o chamado privilégio real, no qual era necessário o aval da coroa para a publicação e a comercialização dos livros. Esse controle era exercido de forma ampla sobre os autores, os editores, os livreiros e até sobre os leitores.

Antes da publicação, havia um habilidoso exercício de censura, aplicado através de uma política de privilégios seletivos, que envolvia a inspeção prévia do conteúdo dos manuscritos e a recompensa aos editores que, em troca da sua cooperação com a ordem estabelecida, desfrutavam as vantagens do monopólio. Após a publicação, cabia à polícia exercer o controle.⁹⁴

Não obstante os esforços da coroa, utilizando-se dessa burocracia estatal para assegurar o sistema do *Ancien Regime*, não era possível controlar toda a circulação dos livros. Não eram raras as importações ilegais, as impressões clandestinas, entre outros mecanismos de distribuição de idéias, o que permitiu que não só as idéias revolucionárias e políticas circulassem pelos Estados, mas também criou um prejuízo econômico do Estado.

Essa idéia de privilégio real, no final do século XVIII, estava se tornando obsoleta para a sociedade. Afirma Daniel Roche⁹⁵ que:

Perto do fim do Antigo Regime, os funcionários do governo começaram a questionar a eficácia de suas próprias ações. Quando as decisões dos censores começaram a divergir demais da opinião pública, deixaram de ser eficazes. A redefinição do que era apropriado para o público, para a época e para os autores tinha, em menos de um século, alterado o sentido da censura.

Por essa razão, no final do século XVIII, o Antigo Regime precisava encontrar uma forma de equilíbrio entre a manutenção do sustento da atividade editorial e a censura à circulação dos livros tidos como inimigos do seu regime.

Tais fatos permitem compreender que a transição do sistema de privilégios para o direito subjetivo do autor não ocorreu por luta dos criadores, mas sim dos editores. Roger Chartier⁹⁶ explica essa transição:

É no século XVIII que as coisas mudam, mas não necessariamente por iniciativa dos autores. São os livreiros-editores que, para defender seus privilégios, seja no

⁹⁴ ROCHE, D. A censura e a indústria editorial. In: DARNTON, R.; ROCHE, D. (Orgs.) **Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800**. São Paulo: Edusp, 1996. p. 22.

⁹⁵ Id.

⁹⁶ CHARTIER, R. **A aventura do livro: do leitor ao navegador**. São Paulo: Editora da UNESP, 1998. p. 64.

sistema corporativo inglês, seja no sistema estatal francês, inventam a idéia de autor proprietário.

Portanto, a necessidade de adequação a um novo modo de produção, com a ascensão de uma nova classe que passou a dominar a vida política, jurídica e econômica, foi responsável pela criação do direito subjetivo do autor, sendo que os detentores da criatividade pouco têm de responsabilidade sobre a criação deste “novo direito”.

Foi na Europa, a partir do século XVIII, que o direito autoral começou a ser tratado da maneira que o compreendemos hoje. Portanto, ele é recente e resultado do desenvolvimento do modo de produção capitalista e de toda uma nova forma de razão verificada na Modernidade.

O desenvolvimento do comércio dos produtos artísticos, frutos de criação racional, juntamente com a valorização econômica e social destes produtos, somados à idéia moderna de subjetivismo deram maior expressão às criações, como coloca José Antônio Peres Gediel⁹⁷,

No contexto das transformações econômicas e sociais, ocorridas durante o processo de consolidação do capitalismo e dos Estados nacionais, a arte e as invenções tiveram seu valor econômico alterado, e a crescente subjetivação dos direitos tornou possível que se lhes aplicasse o modelo de apropriação privada de bens, no âmbito do direito contemporâneo.

Uma visão patrimonial do produto intelectual é a maior novidade imposta nesse período; as idéias passam a ser apropriáveis, nascendo a noção de possuidor/proprietário de criações intelectuais.

Assim, os direitos autorais tomam o relevo necessário para se adaptarem a nova idéia de produto intelectual, sendo que sua regulação, nessa particularidade, foi realizada com maior expressão na França, com a Lei dos Direitos Autorais, condecorando a atribuição de propriedade ao direito autoral. Essa e outras regulamentações jurídicas serviram de apoio para a sustentação da nova concepção do produto intelectual.

Apesar de toda inovação na concepção do direito autoral e do questionamento do caráter criativo de algumas obras devido aos avanços tecnológicos, havia, ainda, a necessidade de se analisar a relação indissociável entre o autor e sua obra.

⁹⁷ GEDIEL, J. A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 34.

Na verdade, começou a se notar que, mesmo que o produto material da criação não fosse mais propriedade do criador, ainda existiam direitos subjetivos dele sobre a obra. Nesse sentido, surgiu uma necessidade de regulamentação jurídica, protegendo essa relação.

Para solucionar tal questão, propôs-se a bipartição do direito autoral em dois planos: o direito moral do autor, com caráter extremamente íntimo e inalienável, e o direito material do autor, dotado de caráter econômico, separado do criador e, por isso, passível de alienação.

d) A proteção legal do direito dos autores

Remontando na história nacional, merece referência a lei que criou os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, de 11 de agosto de 1827, como marco inicial dos trabalhos legislativos em favor da salvaguarda dos direitos de criação de obra intelectual.

O art. 7º dessa lei, de 11 de agosto de 1827, assim prescrevia:

Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, submetendo-se, porém, à aprovação da Assembléia Geral, e o governo os fará imprimir e fornecer às Escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

Plínio Cabral⁹⁸ analisa esse artigo com a seguinte afirmação:

Dois pontos básicos e importantes surgem desse artigo: o primeiro diz respeito à preocupação do governo em “imprimir e fornecer às escolas” os livros necessários. O segundo diz respeito aos direitos autorais, “competindo aos seus autores o privilégio da obra por dez anos”.

É nítido que a referência à proteção nesse diploma não tem o mesmo sentido do amparo hoje fornecido aos autores. Essa lei tratou apenas de **privilégio** concedido aos autores, não especificamente de direitos.

Outro marco legislativo brasileiro quanto à salvaguarda dos direitos autorais foi o Código Criminal do Império. Esse Código, publicado em 16 de dezembro de 1830, trouxe previsão no sentido de assegurar a criação intelectual do cidadão. O art. 261 colocava que:

⁹⁸ CABRAL, P. **A nova Lei de Direitos Autorais**. Comentários. 4ª ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2003. p. 08.

Imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitas, compostas, ou traduzidas por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem e 10 (dez) anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros (...) [deveria se aplicar pena] de perda de todos os exemplares para o autor, o tradutor ou seus herdeiros; na falta deles, de seu valor, e outro tanto, e de multa igual ao trespasse do valor dos exemplares.

Essa cautela do Código Criminal do Império confirma a preocupação que o legislador da época teve em proteger os direitos autorais, mais especificamente proibindo a livre reprodução de obras. Nessa previsão, afloram os reflexos do âmbito moral do direito do autor; além da própria criação, a lei oferece ao autor a garantia não-patrimonial sobre a obra criada.

Em 1890, com a promulgação de um novo Código Criminal do Império, houve algumas alterações nesse tema específico. Na realidade, esse Código aumentou o número de delitos cometidos contra o direito do autor, então denominado de propriedade imaterial.

A Constituição de 1891, no art. 72, §26, fez referência ao direito autoral quando o colocou entre os previstos no rol de direitos fundamentais da pessoa.

Não obstante a proteção penal oferecida pelo Estado brasileiro e a tímida referência constitucional ao assunto, não havia nenhuma proteção na esfera civil dos direitos autorais, ficando a sociedade carente dessa proteção.

Disso se conscientizou o nosso legislador a partir da constatação de que o progresso intelectual do país estava na dependência dessa regulamentação, como estímulo para o surgimento de novas produções nos domínios da literatura, das artes e das ciências.⁹⁹

Não foi rápida a promulgação de uma lei civil que viesse a assegurar os direitos dos criadores de obras derivadas do espírito. Após recusa de diversos projetos de lei apresentados, só em 1º de agosto de 1898 foi promulgada a primeira lei civil brasileira que tratou dos direitos autorais.

Essa lei, no entendimento de Bittar¹⁰⁰,

...qualificou a matéria como propriedade literária, científica e artística (...) descreveu as obras protegidas (...) definiu os direitos em questão em móveis e transmissíveis, para efeito de aproveitamento econômico das obras (aspecto patrimonial do direito autoral), prevendo figuras penais de atentados contra a exclusividade do autor.

⁹⁹ BITTAR, C. A. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

¹⁰⁰ Ibid., p. 93.

O Código Civil de 1916 tratou dos direitos autorais na esfera dos direitos de propriedade. Tal tratamento revelou um descompasso, visto que o âmbito moral do direito do criador da obra intelectual já era abordado por diversos países; entretanto, tratou-se de mais uma abordagem legal sobre o tema, demonstrando que a proteção à obra espiritual já estava consolidada no país.

Após a promulgação do Código Civil de 1916, houve uma explosão legislativa para regulamentar o tema do direito do autor.¹⁰¹ Contudo, somente em 14 de dezembro de 1973 foi promulgada uma lei específica e moderna sobre os direitos autorais.

O sistema jurídico brasileiro vigente dá garantia ao autor por sua criação intelectual em diversas esferas: no Direito Penal, no Direito Processual Penal, no Direito Civil e Processual Civil, no Direito Constitucional.

Na esfera Constitucional, afora as previsões das Constituições de 1891 – art. 72, de 1934 – art. 113, de 1946 – art. 141, §10º, de 1967 – com a EC de 69, no art. 153, §5º, a Constituição de 1988 traz proteção nítida aos direitos autorais. Os incisos XXVII e XXVIII do art. 5º não deixam dúvidas quanto a tal afirmação:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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 das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; ...

No que diz respeito ao Direito Penal, lembra-se que, desde a promulgação do Código Criminal do Império, há previsão legal de proteção à obra intelectual e ao seu criador. Contudo, a proteção oferecida nesse ramo do Direito está taxada no Código Penal, promulgado em 1940. Após alteração dada pela Lei 6.895 de 1980, a qual foi alterada pela Lei 8.635 de 1993 e, por sua vez, pela Lei 10.695 de 2003, protege o direito autoral com a leitura dos art. 184 e 186, *in verbis*¹⁰²:

¹⁰¹ BITTAR, C. A. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

¹⁰² Soma-se a essa represália, a previsão da Lei de proteção da propriedade intelectual de programa de computador.

Art. 184 - Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (...)

Art. 186 - Procede-se mediante:

I - queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184;

II - ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184;

III - ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;

IV - ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184.

Há também disposições inseridas no ramo do Direito Processual Penal que têm a função instrumentadora, típica da esfera processual, das violações do direito autoral. Os art. 524 a 530 do Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, exercem essa tarefa.

Também o Direito Processual Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, é instrumento para maior defesa das lesões causadas ao direito do criador de obra intelectual. Nesse ramo do Direito, há delimitação de diversas formas de se proteger o direito do autor, seja para prevenir futuras lesões, seja para repará-las¹⁰³.

¹⁰³ Ver SOUZA, C. F. M. **Direito Autoral**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 90.

Como não poderia deixar de ser, o ramo do Direito que mais se preocupa com os direitos autorais é o Direito Civil. O primeiro grande avanço na compilação do tema por esse ramo adveio com a promulgação da Lei 5.988 de 1973. Embora haja autores que afirmem que essa lei não revogou por completo as previsões do Código Civil de 1916, não há como se negar uma notória contribuição que ela trouxe no prisma da proteção dos direitos autorais.

Por fim, foi em 19 de dezembro de 1998, com a promulgação da Lei 9.610, que o tema do direito autoral teve suas últimas alterações significativas.¹⁰⁴

Nas palavras de Cabral¹⁰⁵, fica clara a agregação que essa lei trouxe para o conjunto legal brasileiro:

Embora, no texto, as modificações sejam pequenas, quantitativamente, elas são, em muitos casos, decisivas e significativas, dando base legal para novas relações jurídicas entre as partes interessadas, tornando imprescindível a análise de seus diferentes artigos (...). É necessário considerar que nenhuma lei pode contemplar todos os fenômenos sociais, especialmente num período de constantes mutações. A interpretação do diploma legal frente à realidade é que lhe vai dar vida, transformando letra e papel em força atuando.

3.2. O fotógrafo e a fotografia

a) O fotógrafo

O fotógrafo, como autor amparado pela legislação específica, merece estudo particular.

Cumprе consignar que, segundo o art. 11 da Lei 9.610/98, “Autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica”.

A definição legal presta-se a bem delinear que a figura do autor não se confunde com a pessoa titular do direito do autor. Essa confusão entre titularidade e autoria advém, principalmente, da narrativa do art. 15 da já revogada Lei 5.988/73, o qual influenciou Bittar¹⁰⁶ a afirmar que:

Considera-se, também, *ex vi legis*, como criadora a pessoa que coordena e dirige diferentes trabalhos intelectuais de outrem, unidos em uma mesma concepção final

¹⁰⁴ Anexo 1.

¹⁰⁵ CABRAL, P. A nova **Lei de Direitos Autorais**. Comentários. 4ª ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2003. p. 12

¹⁰⁶ BITTAR, C. A. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

incindível. Nesse caso, pelo caráter intelectual do trabalho de direção, pode pessoa jurídica vir a ser titular de direitos, na denominada “obra coletiva”, restringindo-se à condição de elaboradores materiais os participantes, a menos que o resultado da colaboração individual constitua também obra estética autônoma (como em música que integre um filme).

O pensamento de Chaves¹⁰⁷ sintetiza a diferença referida ao afirmar que somente as pessoas físicas podem ser consideradas autoras, pois apenas elas podem criar, avaliar e sentir, sendo incoerente à natureza uma pessoa jurídica ser autora de uma obra intelectual.

É interessante notar que, já em 1956, no Congresso de Hamburgo, a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores aprovou a Carta do Direito do Autor que, em seu conteúdo afirmava:

Residindo o título justificado do direito de autor no ato da criação intelectual, é unicamente na pessoa física dos seus criadores que esse direito pode tomar nascimento. Uma pessoa jurídica jamais poderá ser considerada como titular originário do direito de autor sobre uma obra do espírito. Cumpre afastar como inadmissível a concepção do autor simples assalariado de uma empresa industrial, a que a obra caberia por direito como um produto qualquer.¹⁰⁸

Não resta dúvida, pois, que a autoria não se confunde com a detenção de poderes para exercício do direito do autor. A par da exclusividade das pessoas físicas criadoras do direito moral sobre a sua obra, às pessoas jurídicas podem ser concedidos os poderes para o exercício do direito patrimonial do autor, sendo esse passível de renúncia, alienação ou transmissão.

Resta consignar, por fim, que o fotógrafo, cuja obra é protegida pela legislação, é qualquer pessoa que saque fotos, independentemente do seu grau de profissionalização. Tal raciocínio depreende-se do próprio texto do art. 11 da Lei 9.610/98.

b) A fotografia

Não se faz necessário, nem tampouco seria possível precisar a quando remonta a invenção da fotografia. Há larga divergência sobre a data exata da sua criação, sendo que o processo foi deveras longo, passando por duas fases paralelas de desenvolvimento.

¹⁰⁷ CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

¹⁰⁸ Ibid., p. 198-9.

Uma delas coincide com o surgimento das chamadas câmaras escuras, que nada mais são do que uma caixa preta, fechada, onde não entre luz, com uma pequena abertura de um lado. Essas câmaras têm a função de projetar a imagem de um objeto. O processo da fotografia ocorre com o direcionamento da câmara para um objeto; a luz refletida deste é lançada para a caixa, sendo a sua imagem formada na parede da caixa.

É difícil precisar a origem de tais câmaras; alguns afirmam a existência delas desde a Antiguidade, outros atribuem à época renascentista a criação do equipamento. A única precisão que se pode ter é a de que a câmara escura já existia, nos moldes relatados, no século XVII e XVIII, sendo muito utilizada para estudos relativos à pintura.

A outra fase a ser analisada foi a do desenvolvimento do estudo sobre os materiais fotossensíveis. Por mais óbvio que possa parecer, materiais fotossensíveis nada mais são do que aqueles sensíveis à luz, sendo que, para utilização na fotografia, são necessários materiais com grande sensibilidade à luz. Os primeiros estudiosos desses materiais logo notaram as características propícias dos sais de prata no que se refere à reprodução de imagens através de materiais fotossensíveis.

Pode-se confirmar que, desde a Renascença, as propriedades desse material já eram conhecidas. Foram diversas as experiências para se obter imagens a partir de papéis embebidos em soluções de sais de prata. Em meados de 1800, Wedgwood¹⁰⁹ uniu a projeção de imagens da câmara escura com esse material, mas não foi nessa época a criação da fotografia. Wedgwood deparou-se com um problema: as imagens transmitidas no papel de sais de prata não se mantinham; no contato com a luz, o papel novamente se sensibilizava e tornava a escurecer.

Por esse motivo, prosseguiu-se na busca de soluções para se obter a fixação da imagem refletida em um papel, sem sua posterior perda.

Mais tarde, foi o francês Nicéphore Niépce¹¹⁰ quem obteve o primeiro sucesso. Ele resolveu utilizar um produto próximo ao verniz, o chamado betume da Judéia, com a função de secar mais rápido quando exposto à luz, junto a chapas de metal (prata). Essa espécie de verniz permitiu a retirada do material não

¹⁰⁹ WEDGWOOD apud OLIVER, P. **Direito Autoral: fotografia e imagem.** Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991. p. 19.

¹¹⁰ NIÉPCE, N. apud OLIVER, *ibid.*, p. 19.

exposto à luminosidade, formando uma imagem não perfeita, mas já um reflexo da realidade. Contudo, esse solvente não demorava muito para evaporar, desconfigurando, assim, a imagem formada na chapa.¹¹¹

Uma figura de notória importância para o desenvolvimento tecnológico da fotografia foi Louis Jacques Mandé Daguerre¹¹², o qual passou a se interessar pela possibilidade de se reproduzir imagens quando conheceu Niépce.

Daguerre, em sociedade com Niépce, fez diversas experiências, inclusive repetindo as experiências com solventes e chapas de prata e cobre. Historiadores contam que Daguerre, cansado dos insucessos das experiências, um dia jogou, não intencionalmente, uma chapa num armário e não mais mexeu nela. Dias depois, abriu o armário e nela havia uma imagem impressa. Curioso, procurou a razão do acontecido e descobriu que, por causa do mercúrio derramado por um termômetro quebrado, havia se formado tal imagem.

Foi com a descoberta não intencionada de Daguerre que, para a maioria dos autores, surgiu a fotografia.

A imagem reproduzida com a utilização do mercúrio era nítida, permitindo a visualização de diversos detalhes, o que gerou uma repercussão imediata e grandiosa. Logo, apareceram diversos personagens, afirmando ter sido sua a idéia apresentada por Daguerre.

Contudo, o tempo de exposição da imagem a ser reproduzida era grande e, principalmente, ainda era impossível a reprodução da imagem captada. Tal limitação na possibilidade de reprodução foi usada por Daguerre como propaganda para enobrecer a fotografia, atribuindo a ela um caráter único.

Com o estudo posterior da descoberta realizada por William Fox Talbot¹¹³, a chamada calotipia, foi possível um avanço tecnológico na reprodução de imagens através da fotografia.

Atribui-se o último avanço considerável desse tipo de reprodução ao inglês George Eastman¹¹⁴ que, procurando tornar o processo fotográfico mais rápido e

¹¹¹ Há autores que atribuem a uma experiência realizada por Niépce, a de retirar uma imagem em condições de temperatura mais amena, evitando a evaporação do solvente, o título de primeira fotografia.

¹¹² DAGUERRE, L. J. M. apud OLIVER, P. **Direito Autoral**: fotografia e imagem. Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991. p. 20.

¹¹³ TALBOT, W. F. apud OLIVER, P. **Direito Autoral**: fotografia e imagem. Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991. p. 20.

¹¹⁴ EASTMAN, G. apud OLIVER, *ibid.*, p. 21.

eficiente, produziu o primeiro filme em rolo da história, denominando-o *Câmara Kodak*.

A importância da fotografia no registro da história e na contemporaneidade é indiscutível. Pode-se afirmar que ela transmite vida a um texto, quando vista em jornais e revistas, além de exercer a função de lembrança, quando captada em momentos especiais da vida particular.

Nas palavras de Paulo Oliver¹¹⁵:

Todos reconhecem a importância vital da fotografia na vida das pessoas. Está ela profundamente integrada no drama humano, registrando as minúcias da pesquisa historiográfica que, por sua vez, incumbe-se de ajudar na produção dos fatos que constituem a civilização

Em entrevista concedida ao *Jornal Olho de Águia*, Milton Guran¹¹⁶ destaca o caráter social da fotografia, afirmando que:

A fotografia e as Ciências Sociais nasceram mais ou menos na mesma época, em meados do século XIX. Então, elas tiveram origem no mesmo momento histórico e vieram responder mais ou menos às mesmas preocupações. Ambas cuidaram com muita ênfase não só do homem em si, mas da situação social do homem; quer dizer, o homem em interação com a sociedade. A imagem sempre foi um elemento extremamente rico na busca de informações no campo da Antropologia e da Sociologia, desde os seus primórdios. É verdade que, na última metade do século vinte, a relação da fotografia com as Ciências Sociais conheceu dois momentos distintos: o primeiro foi de quase esquecimento, desde o surgimento da obra máxima desta interdisciplinaridade – o “Balinese character”, de Bateson e Mead, de 1942 – até ao anos 70; aí em diante, foi a recuperação de cinema, foto e vídeo pelas Ciências Sociais. Atualmente, nós podemos afirmar, sem a menor dúvida, que é inconcebível se fazer Ciências Sociais sem a utilização da imagem técnica: da fotografia, do cinema e do vídeo.

A fotografia também é um meio de cooperação para melhor compreensão de fatos históricos. Nas palavras de Oliver¹¹⁷:

A análise dos fatos históricos é feita através do método histórico, que compreende diversas fases. O primeiro trabalho do historiador consiste em reunir documentos mais adequados para fazer conhecer os fatos do passado. Uma vez realizadas essas pesquisas, deve entrar em jogo uma outra fase, que é a do registro daqueles acontecimentos através das câmaras fotográficas.

¹¹⁵ OLIVER, P. **Direito Autoral**: fotografia e imagem. Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991. p. 18.

¹¹⁶ GURAN, M. *Jornal Olho de Águia*, Brasília, a. 02, mai./jun. 2002. Entrevista. Disponível em: <<http://www.jornalohodeaguia.com.br/anterior/10/mesa.htm>>. Acesso em: 01 jul. 2005.

¹¹⁷ OLIVER, op. cit., p. 19.

A fotografia é, ainda, capaz de exercer influência em processos transitórios da sociedade. Ela é testemunha dos acontecimentos momentâneos, registra transformações ocorridas e, subsidiariamente, exerce influência sobre futuras mudanças sociais. É inquestionável o seu papel auxiliar nos avanços científicos e no impulso turístico e comercial.

A fotografia pode ser vista também como um instrumento político. A constante publicação de fotos, nos jornais e em outros meios de comunicação, permite que elas forneçam, por si só, a idéia proposta na reportagem, podendo vir até a distorcer a proposta abordada.

Não se pode deixar de lado a influência psicológica exercida pelo fascínio propiciado pelas câmaras fotográficas, seja na relação entre máquina, imagem e fotógrafo, seja nas relações entre foto e pessoas a serem fotografadas. É característica da fotografia causar alterações na fisionomia da pessoa fotografada, gerando mudança de comportamento.

O fotógrafo talvez seja o indivíduo que, não obstante ausente nas fotografias, mais sofre influência delas. As características pessoais do fotógrafo podem ser vistas através de suas fotografias, que também transmitem suas impressões. Sua preferência reflete-se nos seus *cliks*; seus sentimentos, negativos ou positivos, também podem ser expressos na foto que tirou.

3.3. A fotografia como objeto de proteção do direito autoral

Segundo Bittar¹¹⁸

...fotografia é o processo de fixação, em chapa sensível (negativo), com o auxílio da luz, da imagem de objetos situados à frente de câmera escura. A expressão “fotografia” designa também o produto final do processo à fixação; a obra resultante da atividade do fotógrafo.

A fotografia, conforme nos mostra Bernad Edelman¹¹⁹, é exemplo da transição ideológica vivenciada pela produção artística.

¹¹⁸ BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: RT, 1989. p. 49.

¹¹⁹ EDELMAN, B. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Perspectiva Jurídica-Centelho, 1976. p. 51 et. seq.

Segundo o autor referido, o surgimento dos aparelhos fotográficos, assim como das máquinas de filmar, ampliaram a capacidade de reprodução do real. Juntamente com esses aparelhos, nasceu a dúvida quanto à criatividade exercida na sua utilização, ou seja, pensava-se que a simples reprodução do real por essas máquinas não tinha caráter criativo; eram os chamados “trabalhos sem alma”¹²⁰.

Contudo, “a tomada em consideração das técnicas cinematográficas e fotográficas pela indústria vai produzir uma reviravolta radical: a necessidade de o fotógrafo se tornar criador sob pena de fazer perder à indústria o benefício de proteção legal” .¹²¹

A imagem registrada através do processo fotográfico não foi, inicialmente, reconhecida como arte. Pelo contrário:

O problema da afirmação da arte fotográfica no século XIX teve repercussões. Os argumentos que, em sua polêmica, invocaram os artistas dessa época foram motivados por divergências tanto de tendências artísticas, como intelectuais. Por exemplo: os clássicos começavam por condenar o naturalismo moderno, porque só admitiam “a divina arte dos romanos”. Para o ingresso acadêmico no mundo da fotografia, eram desprezados artistas modernos, profanadores do “sagrado templo da arte”.¹²²

Vê-se, pois, a resistência inicial em se considerar a fotografia como uma expressão artística. O poeta Lamartine, em 1858, condenou a fotografia, atribuindo-lhe a qualidade de “o invento de azar que jamais poderia ser uma arte, seria uma cópia da natureza através de uma ótica”; Baudelaire, ilustre representante da cultura francesa, em 1839, asseverou: “Deus criou o homem à sua imagem, e a máquina construída pelo homem não pode fixar a imagem de Deus. É impossível que Deus tenha abandonado seus princípios e permitido a um francês dar ao mundo uma invenção do Diabo”.

Esse tipo de pensamento em relação à fotografia só veio a sofrer alteração a partir do momento em que as imagens fotografadas começaram a servir de auxílio para os trabalhos de pintura. Ainda que a maior parte dos artistas negasse a possibilidade de se atribuir algum valor artístico à fotografia, essa nova técnica foi conquistando espaço ao encantar prestigiosos pintores, que a utilizavam como meio de produção de sua arte.

¹²⁰ Ver capítulos seguintes.

¹²¹ EDELMAN, **O direito captado pela fotografia** elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Perspectiva Jurídica-Centelho, 1976. p. 52.

¹²² OLIVER, P. **Direito Autoral: fotografia e imagem**. Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991. p. 33.

A fotografia no século XIX, e até os nossos dias, passou a ser de interesse da indústria, permitindo uma popularização da arte. Dessa aproximação, resultou o rápido início da proteção oferecida ao direito da arte fotográfica. Assim, mais do que verdadeiro reconhecimento artístico da fotografia, foi o interesse econômico que impulsionou a proteção à arte.

No entanto, não obstante as razões econômicas subjacentes à proteção dos direitos do autor, incluídas aqui as fotografias, é importante fazer uma distinção entre a fotografia artística e aquela que não possui nenhum dote artístico.

A questão acerca da natureza artística da fotografia ainda motiva discussões na doutrina. Argumento maior utilizado, por aqueles que condenam a atribuição de valor artístico à fotografia, é a possibilidade de reprodução em série das imagens captadas, não permitindo que a ela sejam atribuídos os mesmos valores dotados a outras obras artísticas, como uma escultura ou uma pintura.

Em contraponto, Walter Benjamin¹²³ conclui que a maioria das obras de arte é suscetível de reprodução: se foram criadas por um homem, outro homem pode as reproduzir.

Moderna e majoritariamente, entende-se que a fotografia é um objeto artístico. Basta perceber que não é raro o fotógrafo conseguir expressar algo que a própria pintura não permitiria. Os detalhes de um momento específico podem ser, mais facilmente, retratados pela fotografia: uma expressão de esforço, com os traços da contração muscular, a confissão de um sentimento de dor ou alegria momentânea pela posição dos lábios, o sentimento de preocupação demonstrada pelo olhar.

À luz das considerações antes tecidas, é importante destacar dois momentos distintos de proteção à obra fotográfica na legislação brasileira.

Na vigência da Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, assim dispunha o art. 6º, *verbis*:

Art. 6º - São obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas, tais como: (...)

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha do seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística.

¹²³ BENJAMIN, W. **Obras escolhidas**: magia e técnica, arte e política, São Paulo: Brasiliense, 1994.

A limitação imposta pela expressão “consideradas criação artística”¹²⁴ merece críticas de Newton Paulo Teixeira dos Santos¹²⁵, que assenta:

Por enquanto, as legislações, desconfiadas, preferem proteger apenas certas fotografias (...) quando é que uma obra pode ser considerada “criação artística”, única condição em que merece proteção? O legislador quer auxiliar o intérprete e adianta: “desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução”, possam sê-lo.

É pouco.

O conceito de “criação artística” vai muito mais longe. Como julgá-la pelo “objeto” num momento em que a forma não tem nenhum sentido para a obra de arte? Muito menos a maneira de tratá-lo.¹²⁶

No mesmo sentido, está a lição de Bittar¹²⁷, para quem tais restrições não são aceitáveis, pois existentes apenas para a fotografia, e não para as demais obras intelectuais. Ele assevera que:

Com efeito, não há tais condicionamentos para as obras musicais ou literárias, em que, ao revés, o princípio básico é o da proteção independentemente do mérito ou do destino da obra. (...) ...dizem os autores que subordinar o reconhecimento do direito à condição artística importa em criar uma possibilidade de exame de mérito, que não deve prevalecer para qualquer obra intelectual. Por outras palavras, não se deve conferir ao julgador qualquer elemento que importe em análise do mérito da obra; ao revés, a obra deve ser protegida, qualquer que seja o seu merecimento, isto é, desde que se trate de obra literária, artística ou científica, seja ela meritória ou não, deve ser amparada.

Pontes de Miranda¹²⁸ coloca: “Fotografia é a reprodução pela luz, pelos raios Töntgen, pelo calor. O elemento criativo é ínfimo, de ordinário; mas ele pode existir”. Todavia, o próprio autor esclarece que:

A hostilidade à equiparação dela à obra de arte propriamente dita teria como consequência negar-se ao fotógrafo qualquer criação artística, o que seria injusto, de *iure condendo*. Não se podem invocar, quanto a ela, os mesmos princípios que concernem às demais obras figurativas; mas o fotógrafo pode ser artista e tem-se de revelar a medida em que aqueles princípios incidem.¹²⁹

¹²⁴ Não obstante o texto merecer críticas por parte de alguns autores, o E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região decidiu em conformidade com a literalidade da lei. (Anexo 3)

¹²⁵ A crítica do autor não se revela apenas em face da, então vigente, legislação brasileira. Assevera Santos que a lei francesa também prevê que a fotografia exige um caráter artístico ou documentário para ser tutelada. No mesmo sentido, destaca: a Lei italiana, de 22 de abril de 1941, firma que “Art. 87 – não são abrangidas pelas disposições do precedente capítulo as fotografias de textos, de documentos, de papéis de negócio, de objetos materiais, de desenhos técnicos e de produtos semelhantes”. SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 26.

¹²⁶ SANTOS, id.

¹²⁷ BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 55.

¹²⁸ MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. XVI. p. 133.

¹²⁹ MIRANDA, *ibid*.

A concepção mecânica da fotografia, considerada “sem alma” e, portanto, excluída da proteção legal, é repudiada por Santos¹³⁰:

Ora, não há dúvida de que, mesmo se o fotógrafo se prevalece de instrumentos (que são cada vez mais aperfeiçoados), a participação do operador para conseguir um resultado é inegável. Dizer-se que qualquer criança pode deflagrar uma *kodak* não exclui a afirmação de que a fotografia de um mesmo objeto pode oferecer resultados que vão ao infinito, o que demonstra que sua concepção puramente mecânica é inaceitável. Aliás, os agentes mecânicos e químicos existem igualmente em outros gêneros de arte; por exemplo, a cerâmica, a escultura, a moldagem em bronze. Podemos ir mais longe e dizer que a máquina de escrever oferece ao poeta (digamos) um agente mecânico que, de algum modo, é comparável à atitude do fotógrafo ao apertar o botão. O argumento de que, ao contrário do fotógrafo que obtém em um segundo o que quer, um pintor ou escultor leva semanas, e às vezes anos, no processo criativo, também não resiste à menor crítica. Lembro-me de, quando estudante, certo dia, Portinari nos visitou na Faculdade. Cercado de alunos, uma colega lhe estendeu um papel, pedindo-lhe o autógrafo. Num golpe de vista (e de mestre), Portinari desenhou o retrato da jovem. Não estará protegida essa criação instantânea?

As críticas parecem ter ecoado. A Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que revogou a Lei 5.988, assim dispõe acerca da proteção dispensada à fotografia:

Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; (...)

Desse modo, por força da redação legal, **toda** fotografia é objeto de proteção pela legislação de direitos autorais, já que são verdadeiras “criações de espírito”. A doutrina de Carla Bianca Bittar¹³¹ é pontual: “Entendemos, porém, que houve uma grande evolução da lei nesse espectro, pois o inciso VII, do art.7º, da Lei nº 9.610/98, não faz essa ressalva com relação à artisticidade da fotografia. Pode-se interpretar, portanto, que toda obra fotográfica possui a sua reconhecida artisticidade, sendo então juridicamente protegida como um todo, sem distinções”.

A questão afigura-se lógica para Santos¹³², que apresenta uma razão de ordem prática para sustentar seu argumento:

A proteção legal não depende do mérito do artista. Por que devemos afastá-lo? Por que devemos proteger uma banalidade tanto quanto uma obra-prima? Somente por

¹³⁰ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 23.

¹³¹ BITTAR, C. B. Jornalismo e fotojornalismo: aspectos relevantes de direitos autorais. **Informativo Bonijuris**, n.405, mar. 2000, p. 5193.

¹³² Ibid., p. 10.

razões práticas. Não se pode transformar o Juiz em crítico de arte. Além disso, mesmo se imaginássemos que todos os Juizes o fossem, suas opiniões haveriam de divergir tanto quanto as de nossos críticos profissionais, e ainda teríamos o seguinte dilema: a lei só protegeria as obras que o merecessem, protegeria todas, indistintamente ou não as protegeria, por maiores que fossem seus méritos.

Naturalmente, a única solução possível é a de que ao Juiz não é dado avaliar o mérito do autor. Isso significa que toda obra original é protegida, mesmo que ela seja banal, horrível, chocante ou sem significação. Mesmo se for incompreensível.

Tal argumento justifica-se, segundo Santos¹³³, na medida em que:

...é o princípio de que o Direito Autoral beneficia as criações de forma, não as idéias. (...) A obra, portanto, não precisa ser nova; basta ser original. Assim também dois fotógrafos poderão fixar a mesma paisagem. Cada um o fará a seu modo, cada um criará uma obra, emprestando-lhe a sua inteligência, a sua sensibilidade, e sua capacidade criadora.¹³⁴

Na esteira desse mesmo raciocínio, cumpre destacar que o destino dado à fotografia é irrelevante. A proteção é conferida a qualquer fotografia, tanto àquela estampada na capa de um jornal de grande circulação, como aquela que acompanha simples caixa de fósforos. Santos¹³⁵ acentua que:

Tanto se protege uma criação que se destina a ser exposta numa galeria de arte, como um cartaz publicitário, ou o *jingle* de um produto farmacêutico; pouco importa. O que importa é que ela preencha as condições necessárias, das quais esta (o destino) está excluída. Eis porque os Tribunais, repetidamente, têm estendido o Direito Autoral a guias, catálogos, quadros sinóticos, qualquer que seja a sua finalidade: científica, comercial ou artística.

Tal constatação guarda relação próxima com a questão artística que prescinde de lugar para ser lançada. Basta relembrar o exemplo citado por Santos¹³⁶, referente ao autógrafo concedido por Portinari, à jovem que o rodeava quando em visita à Universidade, lançado em pedaço de papel.

A par das considerações tecidas, a atual sistemática legal mereceu críticas por parte de Lourival J. dos Santos e Amauri Mascaro Nascimento¹³⁷,

...à míngua de qualquer rigor seletivo, qualificou todo o trabalho jornalístico, de qualquer natureza e independente dos graus de originalidade e criatividade, como sendo obra intelectual ou criação de espírito (art. 17, cc, art. 5º, VIII, H e art. 7º,

¹³³ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 09.

¹³⁴ Segundo Santos, aí residiria a diferenciação básica dos direitos autorais, da propriedade industrial. Nesta, a obtenção de uma patente exige que a invenção seja **nova**, e não apenas **original**. SANTOS, *ibid.* A esse respeito, dispõe a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. (Anexo 2)

¹³⁵ SANTOS, *ibid.*, p. 11.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹³⁷ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002. p. 413.

XIII). Assim, desde o relato mais simples, realizado com urgência, até a crônica bem elaborada; desde a foto fortuita, captada pela exigência do imprevisto, até a pose fixada com esmero; todos, por força da norma em vigor, constituem expressões intelectivas legalmente amparadas, assim como são os textos de Guimarães Rosa ou as fotos de Salgado.

Uma vez observada a proteção legal a toda e qualquer fotografia¹³⁸, cabe perquirir qual é a extensão da proteção conferida.

3.4. O fotógrafo como sujeito de direitos

Uma vez constatada a incidência do arcabouço legal do direito autoral sobre **toda e qualquer** fotografia, assegurando ao seu autor a proteção legal, resta apurar a extensão da proteção conferida ao mesmo. Tenha-se claro, pois, que a proteção é deferida em razão da própria fotografia, sendo indiferente, para os fins de proteção, que seu autor seja ou não fotógrafo profissional.

Cumpra assinalar, ainda, que a proteção, a seguir examinada, independe de qualquer formalidade para ser eficaz. A Lei 9.610/98 traz claro no art. 18 que “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

Assegura a Constituição Federal da República Federativa do Brasil que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

Comentando o dispositivo constitucional antes transcrito, José Afonso da Silva¹³⁹ tece as seguintes considerações:

7. Propriedade Autoral. A matéria consta do art. 5º, XXVII, que contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere *aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as constituições anteriores, mas compreendido em conexão com o disposto no inc. IX

¹³⁸ É importante mencionar a existência de opinião contrária de Cláudia Rodrigues, para quem mesmo na vigência da atual Lei de direitos autorais, apenas algumas fotografias mereceriam a proteção legal. No seu entender, é da essência da obra intelectual a criação do espírito, exigindo-se que o autor materialize de forma sensível a idéia e não apenas a idéia em si mesmo. RODRIGUES, C. Direito autoral e direito de imagem. **Revista dos Tribunais**. n.827, set. 2004, p.65.

¹³⁹ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 279.

do mesmo artigo, conclui-se que são *obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação*. Enfim, aí se asseguram os *direitos do autor* de obra intelectual, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado *direito de propriedade intelectual*, que compreende *direitos morais e patrimoniais*. A segunda norma declara que esse *direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*.

Observa Bittar¹⁴⁰ que:

Os direitos autorais – a exemplo de outros direitos privados – vêm sendo constitucionalizados em vários países, compondo o elenco dos denominados “direitos fundamentais da pessoa humana” ou “liberdades públicas”, em razão da evolução alcançada no plano da preservação, ante o Estado, de direitos inatos ao homem.

Na esfera infraconstitucional, estabelece o art. 22 da Lei 9.610/98 que “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Nessa perspectiva, Chaves¹⁴¹ pontua:

O direito de autor representa uma *relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial*, sem cair em qualquer contradição lógica porque traduz, numa fórmula sintética, aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial.

Patenteia um vínculo de natureza pessoal, no sentido de formar a personalidade do autor um elemento constante do seu regulamento jurídico e porque seu objeto constitui, sob certos aspectos, uma representação ou uma exteriorização, uma emanção da personalidade do autor, de modo a manter o direito de autor, constantemente, sua *inerência ativa* ao criador da obra, representando, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, porquanto a obra do engenho é, ao mesmo tempo, tratada pela lei como um bem econômico.

No mesmo sentido, Bittar¹⁴² assegura: “Revestindo-se de dois conjuntos de prerrogativas, morais e patrimoniais, esses direitos realizam a síntese entre os interesses públicos de difusão da obra e os objetivos particulares do criador, seja quanto à sua circulação ou transmissão.”

Tais direitos merecem tratamento distinto na Lei 9.610/98, os quais, pela sua especialidade, serão analisados em separado.

a) Dos direitos morais do autor

¹⁴⁰ BITTAR, C. A. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

¹⁴¹ CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 16.

¹⁴² BITTAR, *ibid.*, p. 33.

A Lei 9.610/98 traz em seu bojo disposição expressa quanto à proteção moral conferida ao titular de direitos de autor, *in verbis*:

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;
 - III - o de conservar a obra inédita;
 - IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;
 - V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
 - VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
 - 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 a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.
- § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.
- § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.
- § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

Ainda, disposição que ganha relevo no curso da relação empregatícia, e merecerá análise à frente, é a trazida pelo art. 27 da referida Lei: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

A doutrina, no particular, converge no sentido de atribuir grande valia aos ensinamentos de Bittar¹⁴³:

Características fundamentais desses direitos são a pessoalidade; a perpetuidade; a inalienabilidade; a imprescritibilidade e a impenhorabilidade. De início, são direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois, exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial.

O traço moral que identifica o autor e sua obra é muito bem delineado por Santos¹⁴⁴:

¹⁴³ BITTAR, C. A. **Curso de Direito Autoral**. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 52.

¹⁴⁴ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 33.

O ato de criar faz com que o autor transfira para sua obra parte de sua personalidade. Ele se reflete na obra, ele se engaja, se compromete, e assim como o filho é parte de nosso corpo, ela é parte de nossa alma, queiramos ou não. (...) Esse elo é reconhecido pela ciência jurídica, que lhe deu o nome de Direito Moral. Sua importância é grande e cada vez maior, ultrapassando o aspecto Patrimonial, ao qual, sendo interligado, se opõe: enquanto o primeiro é perpétuo, inalienável e irrenunciável, este é temporário, transferível e passível de renúncia.

Quanto aos direitos albergados pelos incisos I e II do art. 24, supratranscrito, arguta é a observação de Santos¹⁴⁵:

Nada é menos discutível que o direito que tem o autor de publicar sua obra debaixo de seu nome. Impor o anonimato ou o pseudônimo seria romper aquele elo que une o autor à coisa criada, e só depende dele julgar essa conveniência. É um dos momentos mais expressivos do Direito Moral do Autor, e como tal, ele é perpétuo, inalienável e irrenunciável.

No entanto, o mesmo autor¹⁴⁶ não ignora que:

...essa tranqüilidade não é tão perfeita quanto os fatos que se concretizam, e até, de modo particular, na área da fotografia, eles suscitam especiais controvérsias. Quando se diz que o autor tem direito à menção de seu nome, enunciam-se, ao mesmo tempo, três princípios:

- 1º - a publicação deve mencionar o nome do autor;
 - 2º - um terceiro não tem o direito de se prevalecer do nome de outro autor;
 - 3º - em princípio, não se tem o direito de atribuir suas próprias obras a um terceiro.
- Vejamos um de cada vez, questionando a fotografia.

Analisando os enunciados do seu postulado, ele prossegue:

Como se deve fazer menção do nome? Aparentemente simples, às vezes o caso se complica, quando, por exemplo, só no final da obra se lê: fotografias de ... e segue-se uma série de nomes. Não basta. O princípio estaria traído se não se tivesse condição de identificar o autor de cada fotografia...¹⁴⁷

No caso brasileiro, em complemento ao disposto no art. 24, I, da Lei do Direito Autoral (LDA), o art. 79 dispõe:

Art. 79 - O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

36. ¹⁴⁵ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p.

¹⁴⁶ Ibid., p. 37.

¹⁴⁷ Id.

Assim, a indicação da fotografia deverá ser expressa e legível, como se observa em tantas fotografias que, no canto inferior direito, trazem a referência ao fotógrafo.

Relativamente ao segundo enunciado, Santos¹⁴⁸ observa que “Na realidade, aqui não é um Direito à Paternidade que está em jogo, mas o delito de usurpação de nome alheio”. Por fim, tratando do seu terceiro enunciado, o mesmo autor assenta que se trata do:

...caso do verdadeiro autor que permite uma publicação de sua obra, em nome alheio. Sem dúvida, se o Direito Moral é “irrenunciável”, o verdadeiro autor, a qualquer momento, pode denunciar a sua Paternidade. Não há regra que o obrigue a indicar o seu nome; mas esse Direito pode fazer valer mesmo que não o tenha feito até então.¹⁴⁹

No que diz respeito ao direito de manter sua obra inédita, Santos¹⁵⁰ pontua:

Somente o autor tem o direito de divulgar sua obra. Seja a sua insatisfação estética, por motivos religiosos, políticos, enfim, mesmo sem motivo plausível, a ele se reserva o direito de determinar o momento oportuno que sua obra deva ser

¹⁴⁸ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 38.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ Sobre o direito ao inédito, Santos refere-se ainda a dois casos paradigmáticos. O primeiro deles seria um clássico, resumindo o autor tal como conta Strömholm. “Sir W. Éden havia encomendado a Whistler um retrato de sua mulher; o preço deveria ficar entre 100 e 150 guinéus. Éden enviou ao pintor um cheque de 100 guinéus, o que parece ter ofendido o artista. Este concluiu o retrato e até o expôs no Salão du Champ de Mars. Em seguida, devolveu o cheque a Éden, declarando que se recusava a entregar-lhe o retrato. Éden recusou-o e ingressou na Justiça, pretendendo o retrato. No entanto, Whistler havia alterado o rosto de Lady Éden e, quando seu adversário reiterou a sua queixa, ele modificou-o completamente. Éden insistiu na entrega do retrato, ou, subsidiariamente, na sua destruição, no reembolso dos 100 guinéus e na indenização de 10.000 francos. O tribunal acolheu essa pretensão (menos a indenização, que foi reduzida a 1.000 francos): Whistler, disseram os magistrados, contratara a obrigação de fazer o quadro; Éden a de pagar o preço; o contrato estava consumado, a propriedade do retrato era de Éden, e as modificações feitas por Whistler constituíam atentados à coisa móvel alheira. Portanto, o caso foi encerrado como uma simples obrigação de dar. Whistler recorreu, e o Tribunal constatou que se tratava de uma obrigação de fazer; a propriedade do quadro ainda não passara a Éden que, em consequência, não podia pretender indenização, nem reembolso do preço. De outro lado, a Corte aplicou regras sobre direito à imagem, proibindo a Whistler expor publicamente o retrato, enquanto se pudesse reconhecer nele traços de Lady Éden. Éden recorreu, mas sem sucesso. A corte suprema afirmou que o contrato pelo qual um pintor se compromete a fazer um retrato por um preço determinado é de caráter especial, e a propriedade do quadro só se torna definitivamente adquirida pelo cliente depois que a obra lhe é entregue e aceita. Até então, o artista permanece senhor de sua obra, sem, no entanto, poder retê-la abusivamente ou expô-la contra a vontade do modelo”.

No segundo caso narrado, “Camoin, insatisfeito com uma obra criada, rasgou-a em pedaços e jogou-a no lixo. No entanto, a tela foi restaurada por terceiro e adquirida pelo escritor Carco. Se não houvesse ali uma obra de criação, nada se poderia fazer. Mas, como tal, ela estava envolvida por um poder pertencente ao autor, que ultrapassava os retalhos físicos desprezados: somente o autor podia decidir sobre a divulgação de sua obra, e esse direito era oponível à todos, inclusive a Carco, embora ele houvesse adquirido a tela reconstruída. Em consequência, ele foi obrigado a restituir a tela a Camoin”. SANTOS, *ibid.* p. 40.

divulgada. É preciso distinguir a obra concluída da obra divulgada, em virtude de suas consequências jurídicas: somente a divulgação faz nascerem os Direitos Patrimoniais. Assim, por exemplo, sem ela, a obra é impenhorável. Antes dela, a obra pertence à intimidade do autor, integra a sua pessoa, é inatingível e respeitada sob todos os aspectos.¹⁵¹

Relativamente ao direito a **integridade**, leciona Santos¹⁵²: “É uma consequência do respeito que a personalidade do autor merece. A sua criação deve ser protegida em sua plenitude, tal como nasceu”. Na mesma esteira, pertinente à questão levantada pelo autor em tela, é o exemplo:

De que maneira o princípio se reflete na obra fotográfica?

Acreditamos que ele tenha maior importância que a que lhe empresta Frémond. Na dinâmica editorial moderna o fotógrafo mais que nunca está sujeito a ver sua criação prejudicada por retoques ou cortes, que seriam sempre justificados por questões de paginação. Acredito nelas. Seria absurdo negá-las: o *copy-desk* é uma instituição tão poderosa como só o profissional de imprensa sabe. Mas há uma fronteira que ele não pode ultrapassar. Se se reconhece na obra fotográfica uma criação, e como tal ela é uma projeção do seu autor, não podemos abandoná-la ao fio de qualquer tesoura. Assim, como o abuso do autor é proibido, também o seja o do editor. O capricho de um deles não pode excluir o direito do outro.

Assim, por exemplo, há o caso daquela personalidade pública que foi fotografada no momento de votar, tendo na mão esquerda a cédula “sim” e na mão direita a cédula “não”. Ao publicar o clique, aliás sem autorização, o editor suprimiu a cédula “sim”! O caso foi para os tribunais (Desbois, nº 79), que concederam a proteção desejada pelo fotógrafo.¹⁵³

A proteção, ora objeto do estudo, vem reforçada pela LDA vigente, valendo trazer à tona, novamente, o disposto no art. 79, §2º da Lei 9.610/98, que dispõe: “É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância como original, salvo prévia autorização do autor”.

Em análise ao direito de arrendimento (incisos V e VI), mais uma vez vale-se da obra de Santos¹⁵⁴:

Está dentro do mesmo espírito, e o autor não é obrigado a morrer com as mesmas concepções que um dia adotou, qualquer que seja a sua natureza. E arrependendo-se, ele vai modificar a sua obra, mesmo depois de publicada, retirando-a inclusive de circulação ou suspendendo-lhe de qualquer forma a utilização, mesmo já autorizada.

(...) Na fotografia, ele pode se concretizar, evidentemente: um álbum de determinado fotógrafo está em vias de ser publicado, ou mesmo já foi publicado. O autor, insatisfeito, exige que ele seja recolhido, o que poderá fazer, contanto que indenize os prejuízos do editor.

40. ¹⁵¹ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p.

¹⁵² Ibid., p. 44.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Ibid., p. 44-5.

Verificada a vertente moral da proteção conferida ao autor de fotografias em geral, cumpre aferir os direitos patrimoniais afetos ao direito do autor.

b) Dos direitos patrimoniais do autor

Na síntese de Souza¹⁵⁵, “Direitos patrimoniais – são os direitos, com expressão econômica, que tem o autor, decorrentes da utilização da obra intelectual que criou”.

No título III – Dos Direitos do Autor, capítulo III - Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração, a Lei 9.610/98 traz o rol dos direitos patrimoniais conferidos ao autor, sendo objeto de destaque para o objetivo desse trabalho o seguinte: “Art. 28 - Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Sobre tal disposição, anota Souza¹⁵⁶ que “...não é difícil identificar-se tal disposição com o sentido positivo que os romanos emprestaram à propriedade expressa pelo clássico *jus utendi, fruendi et abutendi*, isto é, o direito de usar, fruir e dispor (abusar)”.

De modo específico, a legislação supra referida pontifica:

Art. 29 - Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

¹⁵⁵ SOUZA, C. F. M. **Direito Autoral**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 42.

¹⁵⁶ Id.

- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Acerca da norma referida acima, Jaury Nepomuceno de Oliveira e João Willington¹⁵⁷ observam que:

O requisito depende de autorização prévia e expressa do autor, a utilização da obra, coloca nas mãos do autor um efetivo controle sobre sua obra. A palavra expressa estabelece uma formalidade (que o documento de autorização para a reprodução da obra seja feito por escrito...) que facilita e interessa ao autor no controle sobre sua obra, além de se estender para qualquer tipo de modalidade de reprodução.

Observado o cunho econômico desses direitos, estes sim alienáveis, a lei de direitos autorais é expressa, em seu título III – Dos Direitos do Autor, Capítulo V – Da Transferência dos Direitos Autorais que:

Art. 49 - Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

- I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;
- II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;
- III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;
- IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;
- V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;
- VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Da leitura do disposto no art. 49, antes transcrito, Santos e Nascimento¹⁵⁸ concluem:

¹⁵⁷ OLIVEIRA, J. N. de.; WILLIGTON, J. **Anotações à Lei do Direito Autoral, Lei 9.610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 59-60.

¹⁵⁸ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002. p. 414.

A lei, como foi visto, estabelece, expressamente, como princípio de ordem genérica (art. 49), a cessibilidade plena e irrestrita dos direitos patrimoniais sobre as criações intelectuais em geral, afastando, destarte, toda e qualquer possibilidade de a obra jornalística, ou qualquer outra, poder desfrutar de tratamento excepcional dentro da norma especial.

De todo modo, hão de ser ponderadas as anotações de Oliveira e Willington¹⁵⁹: “Enquanto bem móvel, o direito de autor tem a faculdade de ser transmissível. (...) [De todo modo, atentam que] ...o princípio da interpretação restritiva dos contratos é destacado, ressalvada *aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato*”. Tal dispositivo está conforme o art. 4º da Lei 9.610/98, que estabelece: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”.

O ponto em questão será retomado adiante, restando desde logo a indagação acerca de qual a extensão expropriante dos direitos do autor, proporcionada pelo pagamento dos salários, quando a fotografia for objeto do pacto laboral.

Imperiosa, no entanto, é a análise dos dispositivos que tratam da cessão dos direitos do autor, conforme tratamento dispensado pela Lei 9.610/98, *in verbis*:

Art. 50 - A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

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

Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

Art. 52 - A omissão do nome do autor, ou de co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.

Em que pese a regra permitir a transmissão dos direitos patrimoniais, por força da disposição específica do texto legal, fica afastada a aplicação da regra geral estatuída pelo novel Código Civil¹⁶⁰: “Art. 107 - A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Isso porque o *caput* do art. 50 é específico ao fixar a forma escrita como requisito inafastável para a cessão dos direitos patrimoniais do autor. Tal

¹⁵⁹ OLIVEIRA, J. N. de.; WILLINGTON, J. **Anotações à Lei do Direito Autoral, Lei 9.610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 99.

¹⁶⁰ O Código Civil de 1916 continha idêntica redação no art. 129.

exigência ressalta o caráter solene que envolve os direitos autorais, sendo oportuno o esclarecimento de Sílvio de Salvo Venosa¹⁶¹ quanto a tal classificação: “Negócios jurídicos solenes ou formais são os que só tem validade se revestidos de determinada forma. (...) Negócios jurídicos não solenes são os de forma livre; não exigem forma especial, prevalecendo a regra geral do art. 107 do novo Código...”.

Aqui, sem se adentrar ao mérito da questão, por ora, há que se destacar um conflito aparente entre a norma em evidência com a regra do art. 442 da CLT, que esclarece prescindir o contrato de trabalho de qualquer formalidade para a sua formação.

De mais a mais, no comentário de Oliveira e Willington¹⁶², acerca do art. 79 da Lei 9.610/98,

Acaba o legislador com qualquer dúvida quanto ao fato de ser, ou não, a obra fotográfica protegida. Atribuir ao criador da obra fotográfica o direito de reprodução e uso econômico – atributo do criador da obra fotográfica – é proceder de acordo com os princípios elementares do direito de autor.

¹⁶¹ VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 372.

¹⁶² OLIVEIRA, J. N. de.; WILLINGTON, J. **Anotações à Lei do Direito Autoral, Lei 9.610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 118-9.

4. A Interpretação do Contrato de Trabalho à Luz do Direito Autoral

Firmadas as premissas do estudo, a partir da análise do contrato de trabalho e do exame da fotografia, objeto da proteção da Lei 9.610/98, tem lugar a análise da relação juslaboralista à luz dos direitos autorais decorrentes das fotografias produzidas pelo empregado.

A questão central que norteia o capítulo diz respeito à expropriação dos direitos do empregado (fotógrafo-autor) pelo salário pago pelo seu empregador.

O sempre presente desequilíbrio entre empregados e empregadores, que fomentou a teoria própria do direito do trabalho, é, também, sem razão para que assim não o fosse, sentida no campo das relações de emprego entre autores-empregados e empregadores.

A seguinte passagem bem espelha a condição:

É muito melindrosa a posição do autor ou do artista frente a quem o emprega. Dirá aquele: assalariado ou não, fui eu que criei a obra do nada. A mim competem, a esse título, os direitos autorais. Ao que retrucará esse: não lhe paguei o trabalho? Dê-se por satisfeito: com esse ato, a obra entrou para o meu patrimônio. O dinheiro que você embolsou é a remuneração da sua criação.¹⁶³

Antes de prosseguir, é preciso retomar a premissa que somente a pessoa física pode ser considerada autora de obra fotográfica. Do mesmo modo, recorde-se o vínculo pessoal e intransferível que une o autor e a obra. Afinal, “A criação de uma obra é como a concepção de uma criatura: sua paternidade não pode ser atribuída senão a quem lhe deu origem. Ninguém é pai ou mãe ‘sob encomenda’ ou por relação de subordinação”.¹⁶⁴

4.1. O salário e seu caráter expropriatório

Como já delineado, o contrato de trabalho é, doutrinariamente, classificado como comutativo.

¹⁶³ CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 212.

¹⁶⁴ Ibid., p. 213.

Se, de um lado, o trabalhador obriga-se a prestar serviços dirigidos pelo empregador, a este incumbe pagar-lhe os salários.¹⁶⁵ Essas são, sem dúvida, as principais obrigações dos contratantes.

Na precisa lição de Orlando Gomes¹⁶⁶,

O contracto de trabalho é essencialmente oneroso. Por conseguinte, seu objecto há de ser o trabalho remunerado. Eis por que a remuneração do trabalhador, além de ser um elemento indispensável à configuração da *relação de emprego*, constitui a obrigação fundamental do empregador. Ela é contraprestação do trabalho. (...) Do ponto de vista jurídico, o salário é elemento integrante do contracto de trabalho, da relação de emprego, como a contraprestação do trabalho efectuado. É importante assinalar a natureza contractual do salário, para que fiquem bem precisadas as suas características e contornos, com fixação exacta das conseqüências... [sic]

Na mesma esteira, a lição de Catharino¹⁶⁷: “A comutatividade e a onerosidade do contrato individual de trabalho têm imanente relação com o salário. São interdependentes e devem ser consideradas em amplo sentido”.

Revolvendo-se a legislação laboral pátria, constata-se a utilização dos termos **salário** e **remuneração**. Acentua Amaury Mascaro do Nascimento¹⁶⁸ que:

Examinando-se os motivos pelos quais a palavra remuneração entrou em nossa linguagem, é possível concluir que o propósito do legislador foi o de evitar o vocábulo “salário” ao tratar de gorjetas (CLT, art. 457). (...) Lendo o relatório da Comissão que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho, chega-se a essa conclusão. A gorjeta, pelas suas características, trouxe dificuldades aos juristas. Pretendia-se incluí-la, como foi feito, na base dos cálculos da indenização de dispensa do empregado e recolhimentos de contribuições previdenciárias. Não queriam, porém, dar o nome de salário às gorjetas. Entendiam que só seria salário o pagamento diretamente efetuado pelo empregador e, como as gorjetas provinham de terceiros, não poderiam ser salários.

O autor suprarreferido¹⁶⁹ critica:

Não há nenhuma necessidade de usar outra palavra *remuneração*, para que os efeitos salariais se projetem sobre alguns e não sobre outros pagamentos da mesma natureza. Salário e remuneração são *sinônimos*. Salário tem um sentido estrito e um sentido amplo, este último confundindo-se com remuneração. Pode-se falar também em salário-base ou amplo.

¹⁶⁵ Nas palavras de Fábio Leopoldo de Oliveira, “A palavra salário provém do latim *salarium* que é derivada de *sal*, por ser costume antigo pagar serviços domésticos com uma certa porção de sal”. OLIVEIRA, F. L. de. **Introdução elementar ao estudo do salário social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1974. p. 61.

¹⁶⁶ GOMES, O. **O salário no direito brasileiro**. Ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 15.

¹⁶⁷ CATHARINO, J. M. **Tratado jurídico do salário**. Ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1994. p. 71.

¹⁶⁸ NASCIMENTO, A. M. do. **Teoria jurídica do salário**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 72.

O caráter emprestado da denominação salário, no presente trabalho, tem como fito o seu **sentido estrito**, correspondendo “...ao conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”.¹⁷⁰

Se, de um lado, o salário corresponde às parcelas pagas pelo empregador em função do contrato de trabalho, resta averiguar a outra ponta do enlace obrigacional: o trabalho devido pelo empregado.

Discorrendo sobre as obrigações do empregado em prestar serviço, Camino¹⁷¹ evidencia:

É típica obrigação positiva, de fazer, porque consiste na execução de serviços, com o acentuado dinamismo próprio ao ato de trabalhar, bastante para que o empregado dela se desincumba. Portanto, também é do tipo de meio (em contraposição às obrigações de resultado). (...) No contrato de trabalho, o objeto buscado pelo empregador não é o resultado mediado (lucro, conquista de mercado etc.), projetado para adiante, quando se verificar o desempenho do empreendimento econômico, fruto da soma de diversos fatores, entre os quais a força de trabalho. É a atividade, o ato de trabalhar do empregado. O empregado diligente, aplicado em se desincumbir da melhor forma de suas obrigações, não será responsabilizado pela falência da empresa ou pelo insucesso de determinado projeto técnico, pela rarefação do mercado, pela perda do produto na concorrência...Tais tropeções inserem-se no risco do negócio, suportado, unicamente, pelo empregador.

Acerca das obrigações de meio, Waldir de Pinho Veloso¹⁷² anota:

As obrigações de meio são espécie de comprometimento que um contratante faz para com outro de prestar um serviço com o melhor de sua força física, mental, intelectual, bem como com a responsabilidade normal que se espera de um profissional qualificado para o desenvolvimento da tarefa contratada. Uma obrigação de meio indica que há um comprometimento de uma dedicação pessoal com vista ao melhor resultado, mas sem a obrigação de conseguir o que é o desejo e, até mesmo, o fim da contratação. Para não parecer estranho, lembra-se do socorro a uma pessoa gravemente acidentada: haverá o esforço do médico ou do hospital, mas não necessariamente a obrigação de salvar a vida. Ou no caso dos serviços advocatícios, deve-se lembrar que um litígio ao representar uma vitória para um lado estará, automaticamente, representando uma derrota para a parte adversa.

Em um conceito mais técnico, obrigações de meio são as que o contratado assume não com o fito de obter uma finalidade certa e desejada, mas pelas quais se compromete a exercer com zelo, prudência, esforço, dedicação e diligência, além da inteligência em benefício do objeto do contrato, na execução de uma tarefa a ele confiada pelo contratante.

¹⁷⁰ DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. 2ª tir. São Paulo: LTr, 2004. p. 681.

¹⁷¹ CAMINO, C. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 169-70.

¹⁷² VELOSO, W. de P. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. **Juris Síntese**, n. 43, set./out. 2003.

Em suma, obriga-se o empregador a pagar salários ao empregado, que se obriga a envidar seus esforços na consecução dos seus afazeres.

Tais efeitos são classificados por Delgado¹⁷³ como próprios do contrato de trabalho, destacando que:

...são os efeitos inerentes ao contrato empregatício, por decorrerem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas. São repercussões obrigacionais inevitáveis à estrutura e dinâmica do contrato empregatício ou que, ajustadas pelas partes, não se afastam do conjunto básico do conteúdo do contrato. As mais importantes são, respectivamente, a obrigação do empregador de pagar parcelas salariais e a obrigação do empregado de prestar serviços ou colocar-se profissionalmente à disposição do empregador.

A par dos efeitos próprios do contrato de trabalho, o mesmo autor afirma a existência de direitos conexos, que são:

...os efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não têm natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele. São exemplos significativos desses efeitos conexos os direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou outra obra intelectual no curso do contrato e não prevista no objeto contratual. Também ilustra tais efeitos conexos a indenização por dano moral.¹⁷⁴

Com efeito, o traço distintivo entre os efeitos principais e os conexos, no contrato de trabalho, está ligado ao próprio objeto do contrato.

Assim, a grande questão que se põe é saber se o salário tem efeito jurídico alienante dos direitos autorais para o empregador; ou seja, saber se, no contrato de trabalho que tem por objeto exatamente a criação intelectual, o salário transfere para o empregador que o paga os direitos autorais ou o empregado-autor os conserva? Quais direitos tem o autor sobre a sua obra e quais possibilidades de uso ou exploração são reconhecidas, a ele ou ao empresário?¹⁷⁵

¹⁷³ Delgado, M. G. Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. **Síntese Trabalhista**, n. 125, p. 5-15, nov. 1999b. p. 5.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002.

4.2. O direito patrimonial do fotógrafo

a) A questão à luz da Lei 5.988/73

Com o propósito de trabalhar a questão, até mesmo porque a lei atualmente vigente não conta sequer com um decênio¹⁷⁶, traz-se à baila a regulamentação anterior, que era disposta pela Lei 5.998/73 (atualmente revogada pela Lei 9.610/98) da seguinte forma:

Art. 36 - Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

Em comentário ao dispositivo legal referido, Santos¹⁷⁷ consigna:

Duas conseqüências são imediatas: a primeira é de que há um reconhecimento expresso do nosso direito positivo em favor do autor-empregado. A segunda é a de que, evidentemente, os direitos a serem partilhados são os patrimoniais, pois que os morais são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 28).

11- Enquanto o Conselho Nacional de Direito do Autor não dispõe a respeito, uma outra fonte que poderia informar a matéria entre nós seria a Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, as leis trabalhistas não o fazem...

O fato é que a regulamentação pelo Conselho Nacional de Direito do Autor jamais ocorreu. Assim, se não houvesse acordo entre os contratantes, “...entra a regra subsidiária do aludido art. 36 da Lei n. 5.988: a obra pertence a ambas as partes, o que também não resolve o problema, tão diferentemente podem se apresentar as posições recíprocas”.¹⁷⁸

Também anota Chaves¹⁷⁹:

Estabelece, com efeito, o cabeço do aludido art. 36 duas restrições: a primeira, gravíssima, a ponto de inutilizar a intenção do dispositivo, admitido a já aludida convenção em contrário, abertura que a parte mais forte não deixará de aproveitar; a segunda, subordinando a eficácia do dispositivo ao que for estabelecido pelo indicado Conselho.

Confunde a LDA dois problemas inteiramente distintos: o da criação da obra, que, como a filiação, só pode ser atribuída a quem a gerou, e o da disponibilidade da mesma.

Da mesma forma que nas demais obras, nas sob encomenda, ou sob relação de emprego, podem e devem ser admitidas a intransmissibilidade dos atributos morais

¹⁷⁶ Isso pode até mesmo fazer com que os profissionais do direito deparem-se com situações de fato, a serem solucionadas, à luz da legislação ultrapassada.

¹⁷⁷ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 63.

¹⁷⁸ CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 213.

¹⁷⁹ Ibid., p. 216.

e a transmissibilidade dos pecuniários, sem qualquer ofensa ao interesse do empresário, aos elementos do direito de autor e às vantagens para as partes intervenientes. (...)

O princípio é que, por efeito da relação, os direitos do empregado se transpõem ao empregador, exaurindo-se assim no aproveitamento convencionado.

Chega-se, pois, à conclusão de que, da mesma forma que nas demais obras, nas sob relação de emprego, podem e devem ser admitidas a intransmissibilidade dos atributos morais e a transmissibilidade limitada dos pecuniários, em consonância, aliás, com o espírito das convenções internacionais que partem sempre do reconhecimento dos direitos que competem ao autor pelo simples fato da criação da obra.

De todo modo, a preocupação doutrinária com a expressão “salvo cláusula em contrário”, que coincidia com a lei de outros países¹⁸⁰, é externada na obra de Chaves¹⁸¹, quando o autor noticia que, já nos idos de 1976, em reunião realizada, em Jerusalém, pela Confédération Internationale des Sociétés et Auteurs et Compositeurs (CISAC), houve a proposição de inclusão, em convênios internacionais, de um dispositivo com a seguinte redação:

Os direitos reconhecidos pela presente Convenção aplicam-se às obras realizadas sob encomenda ou no âmbito de um contrato de trabalho.

Os efeitos da cessão de tais direitos exaurem-se no primeiro aproveitamento convencionado, até que o resultado obtido possa ser considerado proporcional aos dispêndios efetuados, com a margem de lucro de praxe.

Qualquer ulterior aproveitamento implicará o reconhecimento de uma percentagem nunca inferior a 20% nos lucros ou vantagens que resultem da contribuição do comissionário ou do empregado.

Entretanto, o fato é que a doutrina, à época, admitia que o salário contraprestava o caráter patrimonial da fotografia produzida em cumprimento ao contrato de trabalho, assim como bem elucida Santos¹⁸², com base em Evaristo de Moraes Filho.

A propósito, Manso¹⁸³ defendia:

...os direitos patrimoniais sobre a obra de autor assalariado, realizada nos limites de seu contrato de trabalho, pertencem ao seu empregador, na medida em que essa pertinência possibilite a execução não só do próprio contrato de emprego, como, também das atividades regulares da empresa em que essa relação se insere. E isso teria de ser assim, ainda que o próprio estatuto da obra encomendada concluísse de maneira diversa, visto que, além do já mencionado princípio segundo o qual o produto pessoal do empregado pertence ao empregador (nos limites do respectivo

¹⁸⁰ Chaves refere que a cláusula com a ressalva em questão é encontrada na legislação da Austrália, Finlândia, Nova Zelândia, Tunísia, do Reino Unido, dentre outros. CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

¹⁸¹ Ibid., p. 236.

¹⁸² SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990.

¹⁸³ MANSO, E. V. **Contratos de Direito Autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 89.

contrato), um outro, ainda mais geral, há de ser respeitado: “A ninguém é dado enriquecer-se a poder do empobrecimento injusto de outrem. Com efeito, se a obra criada pelo autor assalariado não pertencesse ao seu empregador, ou se o empregador necessitasse de uma autorização expressa, a cada vez e para cada obra, para utilizar-se do produto intelectual de seu empregado, estar-se-ia em face de situações absolutamente insustentáveis perante a justiça (no senso comum dos homens)”.

b) A questão à luz da Lei 9.610/98

Com o advento da Lei 9.610/98, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”, a matéria merece análise diversa.

De imediato, há que se consignar que, embora haja repetição de inúmeros dispositivos da Lei 5.988/7 na Lei 9.610/98, a disposição que antes constava no art. 36 foi suprimida na atual legislação.

A notícia da não-aprovação pelo Congresso Nacional do dispositivo, que constava do anteprojeto, legitima a interpretação proposta.¹⁸⁴

A redação do então Projeto de Lei 5.430, de 1990, assim dispunha nos artigos referidos:

Art. 36 - Na obra intelectual produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho, ou de prestação de serviços, os direitos patrimoniais de autor, salvo convenção em contrário, pertencerão ao comitente para as finalidades estipuladas no contrato de encomenda, ou inexistentes estas, para as finalidades que constituam o objeto principal das suas atividades.

§1º Conservará o comissário seus direitos patrimoniais às demais formas de utilização da obra, desde que não acarretem prejuízo para o comitente na exploração da obra encomendada;

¹⁸⁴ Note-se que Sílvia Regina Dain Gandelman refere -se ao veto presidencial do dispositivo, o que não parece correto, já que a ata publicada em diário oficial refere-se claramente à não-aprovação e à renumeração do texto legal. Segundo a autora, “Ao curso da longa tramitação o projeto foi sendo enxugado, aperfeiçoado para atender às diversas correntes dos empresários do setor cultural, autores e artistas, restando, por ocasião de sua apresentação para a sanção presidencial, apenas a polêmica quanto aos art. 36, 37 e 38 do projeto, finalmente vetados pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Com a retirada desses artigos, a lei foi renumerada. Estes artigos tratavam da cessão presumida dos direitos autorais na obra produzida por encomenda ou sob relação de trabalho. A mobilização dos artistas deveu-se principalmente ao temor da classe em perder conquistas já alcançadas na lei 6.533/78, cujo art. 13 veta a cessão de direitos conexos. temor infundado, posto que o art. 115 do diploma legal, ora em exame, mantém em vigor a referida lei 6.533, que regulamenta a profissão de artista. Ainda assim, receosos de uma eventual desigualdade nas relações contratuais, artistas e autores preferiram ver retiradas do texto as possibilidades de autoria presumida, consagrando definitivamente a liberdade contratual nas negociações com as empresas contratantes dos serviços”. GANDELMAN, S. R. D. Breves comentários à Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre Direitos Autorais e dá outras providências. **Doutrinas ADCOAS**, v. 1, n. 6, p. 216-231, jun. 1998. p. 217.

§2º O comissário recobrará a totalidade dos seus direitos patrimoniais, não sendo obrigado a restituir as quantias recebidas, sempre que sua retribuição foi condicionada ao êxito da exploração econômica da obra, e esta não se iniciar dentro do prazo de um ano da sua entrega;

§3º O autor terá direito de reunir em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da entrega da encomenda.

Art. 37 - Salvo convenção em contrário, no contrato de produção, os direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual pertencem ao seu produtor.

Art. 38 - A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar de seu instrumento ou veículo material de utilização, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor.

É de se notar que o disposto no art. 36 do projeto trazia clara referência à cessão **automática** dos direitos autorais ao empregador, e a sua não-aprovação, por pressão dos próprios autores, não pode ser interpretada ao revés, em prejuízo dos mesmos. É clara a sinalização nesse sentido, sendo que a interpretação histórica tem grande importância na leitura dos fatos ora retratados.

Não obstante, parte da doutrina continua inclinando-se a atribuir a mesma interpretação dada à lei anterior, no sentido de que o salário teria cunho expropriatório sobre os direitos autorais patrimoniais do autor. Destaca-se a opinião de Bittar¹⁸⁵:

Em nada altera, os princípios e as orientações expostos, a vinculação laboral do criador com o encomendante (empresa ou pessoa que dirige o seu serviço), preservando-se àquele, no regime unionista, os direitos morais sobre sua criação e transferindo-se, por força da remuneração do trabalho intelectual, direitos patrimoniais correspondentes à utilização consentânea com a finalidade de sua atividade. Isso se deve ao fato de o criador ser remunerado exatamente para o objetivo final visado pelo encomendante (nos casos, as empresas), a que se relaciona por vínculo de subordinação.¹⁸⁶

Santos e Nascimento¹⁸⁷, após traçarem paralelo com a Lei 9.279/96, que traz regras próprias àquele tipo de direito intelectual, mormente no que diz respeito às invenções dos empregados, lançam questionamento acerca da possibilidade de observância daqueles critérios ao jornalista empregado. Assim, concluem:

O contrato de trabalho por si é uma forma de cessão dos direitos autorais do empregado para o empregador, quando é esse o objeto do contrato. A criação

¹⁸⁵ É digno de nota o falecimento de Carlos Alberto Bittar, no ano de 1997, tendo sua obra sido atualizada por Carlos Alberto Bittar Filho. Assim, considerando que o falecimento ocorreu no ano que precedeu a edição da Lei 9610/98, atual lei de regência dos direitos autorais, não se pode afirmar, categoricamente, que a integralidade do pensamento original tenha sido preservada nessa obra.

¹⁸⁶ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42.

¹⁸⁷ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002. p. 417.

intelectual é uma forma de atividade que gera um bem característico por ser criação de quem o produz e é incomparável com outros tipos de produção econômica, com as quais não se confunde, de modo que a obra intelectual, em princípios, não poderia mesmo ser equiparável às demais, comuns na generalidade das relações de emprego, industrial, comercial ou de serviços. (...)

O salário pelo trabalho remunera a atividade do empregado, independentemente do seu resultado, pois não fosse assim o empregador estaria pagando duas vezes, pelo trabalho e pelo resultado do trabalho.

De outro lado, merece realce o posicionamento adotado por Meirelles¹⁸⁸:

Assim, mesmo que a obra tenha sido fruto de acerto contratual entre empregado e empregador, a autoria da mesma pertencerá ao empregado, pois é fruto de sua ação intelectual.

Isso não quer dizer que ao autor caiba explorar economicamente a obra. Não. Nada impede das partes, através de acerto contratual, dispor que a obra criada pelo trabalhador, em decorrência das atividades para as quais foi contratado como empregado, seja explorada economicamente pelo empregador. Em outras palavras, haveria uma transmissão dos direitos do autor-empregado para o empregador. Essa transferência, porém, há de ser, necessariamente, estabelecida por escrito (art. 49, inciso II, da Lei n. 9.610/98), presumindo-se onerosa (art. 50, Lei n. 9.610/98).

O entendimento esposado por Meireles¹⁸⁹ parece mais bem alinhavado com a interpretação histórica dada à edição da própria lei. Ademais, no cenário internacional, a reivindicação lançada já em 1976, como visto alhures, tinha conotação semelhante. Assim, por que interpretar o caráter comutativo do contrato que, como visto, detém equivalência jurídica, de forma contrária à própria linhagem histórica dos direitos autorais?

Dando, pois, peso ao posicionamento externado por Meirelles¹⁹⁰, Bruno Jorge Hammes¹⁹¹ externa:

A Lei n. 9.610/98 deu um grande passo à frente. Omitiu o discutível direito em comum do autor e do empregador etc. (art. 36 da Lei n. 5.988/73). Omitiu-se também em responder expressamente aos problemas que estão inerentes. É de aplaudir a inovação. As soluções devem ser negociadas no contrato de trabalho, de serviço etc.

Como lançado ao longo do presente estudo, se, por um lado, o contrato de trabalho é consensual e prescinde de forma própria, a LDA é específica ao lançar que **a cessão de direitos autorais dever ser feita por escrito**, impondo, assim,

¹⁸⁸ MEIRELES, E. Direitos autorais e de patente na relação de emprego. **LTr Suplemento Trabalhista**, v. 34, n. 134, p. 608-13, 1998. p. 609.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ HAMMES, B, J. **O direito de propriedade intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 138.

requisito de validade do próprio ato (art. 104, III, do NCCB), sendo a solenidade inafastável.

Dessa feita, se, nas relações em que a subordinação e a dependência econômica não estão presentes de modo tão evidente quanto na relação de emprego, a regra da forma escrita se aplica sem sombra de dúvida, por que razão haveria de se interpretar o dispositivo em desfavor do lado mais fraco da relação, ignorando a disposição expressa da Lei?

Bittar¹⁹², em que pese encampar a primeira corrente doutrinária – ainda sob a égide da legislação anterior, já fazia referência expressa à necessidade de instrumentação específica. Inclina-se, pois, nitidamente, para a não expropriação da produção intelectual no caso da não pactuação expressa, sendo essa nos termos da legislação autoral. Assim observou:

Ora, à falta de instrumentação específica, pode o interessado reclamar direito à indenização, em caso de utilização não-autorizada (...) Por isso, a utilização de fotografia – assim como de qualquer obra intelectual – deve obedecer a contratos próprios, com todos os requisitos legais, pois, como criações do intelecto, recebem ampla proteção, na defesa de direitos da pessoa humana e de suas obras de espírito, conforme o caso.

Fernando Hoffman¹⁹³ observa que “...deve o Direito do Trabalho encontrar meios de plena efetivação da proteção ao trabalhador, pois, de modo contrário, o conteúdo tutelar dessa disciplina jurídica não mais existirá, e ela tornar-se-á mero apêndice da Economia”.

Com espeque nesse raciocínio, não se diga que o salário remuneraria os direitos patrimoniais do fotógrafo empregado, porquanto o fato do fotógrafo permanecer à disposição do empregador, aguardando o direcionamento na condução das suas atividades pode ser compreendido como a razão da sua remuneração. O direcionamento da atividade do fotógrafo empregado é, sem necessidade de maiores ilações, evidentemente superior a do fotógrafo autônomo. Mais uma vez, assente-se a comutatividade jurídica retratada pela doutrina acerca das obrigações oriundas do contrato de trabalho

Tal fundamentação encontra amparo no tratamento diferenciado dispensado aos pagamentos recebidos pelo empregado a título de direitos autorais, que não

¹⁹² BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 59.

¹⁹³ HOFFMANN, F. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 210.

são tidos como salário. Com efeito, a Lei 8.212/91 retrata, no art. 28, §9º, v) “os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais” do empregador pelo empregado não integram o salário de contribuição. Ou seja, os pagamentos porventura realizados a título de direitos autorais não são considerados salário pela Previdência Social, de modo que se pode compreender que os direitos autorais não estão remunerados pelo salário.

Resta perquirir quais seriam os direitos autorais referidos pela legislação previdenciária, objeto de cessão pelos empregados, e a resposta só pode ser os **patrimoniais**, porquanto os direitos morais do autor são **inalienáveis**, conforme disposições constantes tanto da Lei 5.988/73, como da Lei 9.610/98. A interpretação sistemática dos dispositivos legais, assim como a leitura histórica dos fatos que levaram à aprovação da Lei 9.610/98, permite conclusão nesse sentido.

Por outro lado, defendem Santos e Nascimento¹⁹⁴ que:

Em si, os direitos autorais, no contrato de trabalho, têm natureza própria não salarial quando desvinculados do salário de modo que, sob o prisma do Direito do Trabalho, é válido um contrato no qual o jornalista recebe salários e, por cláusula expressa, mais direitos autorais nas condições convencionadas para o seu caso específico, hipótese que tem fundamento no princípio jurídico do *pacta sunt servanda*. Nesse caso, os direitos autorais não serão confundidos com o salário, tanto que duas estipulações subsistem. Nesse caso, os direitos autorais podem ser tratados como obrigação contratual de natureza não-salarial e com regras próprias que são definidas pelo contrato e pela lei, como se estivessemos diante de um contrato paralelo não-trabalhista, o que não descaracteriza a condição de empregado.

Entretanto, tais razões podem ser dirigidas em sentido contrário: se os direitos autorais não detêm natureza salarial, não estão englobadas pelo salário, até mesmo porque não se admite o pagamento complessivo de parcelas no contrato de trabalho. Com efeito, dispõe o art. 320 do Código Civil que a quitação deve ser expressa quanto ao valor e à espécie da dívida quitada.

Desse modo, à mingua de disposições contratuais específicas, mormente no que diz respeito ao objeto, condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e **preço** (art. 50, §2º da Lei 9.610/98), pode-se concluir que o salário não tem o condão de remunerar os direitos patrimoniais sobre os direitos do autor no contrato de trabalho, *in casu*, do fotógrafo.

¹⁹⁴ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002. p. 418.

Isso, não se olvide, no caso de ausência de regulamentação escrita, posto que, na forma do art. 49 c/c art. 50 da Lei 9.610/98, a cessão de tais direitos pode ocorrer por escrito. Havendo convenção entre empregado e empregador, esta prevalecerá em relação ao valor do pagamento¹⁹⁵.

Outra questão relevante, acerca da cessão dos direitos de autor do fotógrafo empregado ao seu empregador, diz respeito à modalidade de utilização da fotografia. Na ausência de pactuação escrita, tem incidência a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, a qual delimita: “VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

Tal disposição aponta duas diretrizes.

A primeira delas diz respeito a uma regulação supletiva da própria lei, quando ausente cláusula contratada por escrito acerca do **modo** em que será utilizada a obra fotográfica, no que diz respeito à fixação do **preço** da mesma. Isso só reforça o entendimento no sentido que o salário não contrapresta a cessão dos direitos do empregado ao empregador, que, ademais, presume-se onerosa.

Bittar¹⁹⁶ esclarece que:

...uma mesma obra pode gerar direitos em vários tipos de utilização, p.ex., um texto pode gerar direitos quanto à utilização como novela, como filme, como texto escrito e assim por diante. Uma obra fotográfica, p.ex., pode gerar direitos quanto à fotografia em si, quanto à sua reprodução, quanto à sua inclusão em obra literária etc. Então, cada utilização corresponde a uma remuneração para o Autor, daí porque o princípio fundamental nessa matéria

¹⁹⁵ Cumpre trazer à tona que a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR (RT 11619/2002), analisando questão semelhante, pronunciou-se de modo diverso: “A lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelece, em seu artigo 90, que: ‘Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador’. Portanto, há expressa definição, na própria lei, que garante o direito de recebimento de direitos autorais, que estes somente são devidos desde que desvinculados do contrato de trabalho, o que não era o caso dos autos, em que o autor era empregado das rés, justamente na função de fotógrafo”. Com base em tal fundamentação, decidiu-se pela negativa em outorgar quaisquer direitos ao autor, sejam eles de ordem, financeira ou moral. Outrossim, decidiu o e. Tribunal Regional de Santa Catarina que “...partindo dessa premissa, tenho que toda a produção fotográfica do autor, destinada exclusivamente a matérias de cunho jornalístico, está albergada no contrato de trabalho, porque essa era a finalidade da contratação. Os direitos autorais, nesse caso, estão contemplados no salário pago ao empregado...” (RO-V 01155-2000-030-12-00-8. ac.-1ªt. nº 06813/2003. Relatora Exma. Juíza Licélia Ribeiro).

¹⁹⁶ BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 16.

é parte da obrigatoriedade de autorização do Autor, em cada modo de comunicação da obra: isto é, nenhuma representação, ou reprodução de obra intelectual, pode ser feita sem anuência de seu Autor, prévia e explícita, a fim de que possa exercer o controle sobre o respectivo aproveitamento econômico.

A segunda diretriz corrobora, especificamente, o já citado art. 4º da LDA. Genericamente, lança que os negócios sobre direitos autorais se interpretam de modo restritivo. No caso específico, inexistindo qualquer estipulação acerca da modalidade de execução do contrato, esta é restrita apenas àquela **indispensável** ao cumprimento do pacto. Afigurada a hipótese do fotógrafo ser contratado para produzir fotografias que serão veiculadas no jornal “que o emprega”, e tais fotografias virem a ser comercializadas pelo seu empregador com outras agências de notícias, revistas, campanhas publicitárias etc., resta clarividente que esteja havendo um extrapolamento da finalidade do contrato. Assim sendo, não se pode compreender como quitados os direitos patrimoniais do empregado sobre a obra fotográfica. Relativamente a tais fotografias, deve o empregador pagar ao autor-empregado um *plus*.

Contrariamente ao disposto, Santos e Nascimento¹⁹⁷ apregoam:

O assalariado tem direito a ganho suplementar, quando o empregador utiliza a mão de obra em proveito do seu empreendimento, mas o revende a terceiros só mediante cláusula expressa no contrato de trabalho, conferindo esse direito. É da maior importância a previsão dessa cláusula para evitar discussões judiciais que estão sujeitas a interpretações diferentes. (...) No silêncio do contrato, a Justiça do Trabalho pode condenar o empregador a pagar um suplemento.

Dessa forma, tem, de fato, procedido a Justiça Laboral em defesa dos fotógrafos empregados.

Nos três precedentes a seguir transcritos, as decisões judiciais pautaram-se, no que diz respeito ao pagamento dos direitos patrimoniais aos fotógrafos empregados, ao fato do contrato de trabalho já estar extinto e às fotografias continuarem a ser objeto de proveito econômico pelo empregador, em modalidades diversas daquela que era objeto do pacto laboral.

¹⁹⁷ SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, abr. 2002. p. 418.

A primeira decisão, do E. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina), está assim ementada:

Direito autoral. Repórter fotográfico. A comercialização das fotos e a inserção de logotipos publicitários na obra produzida, não previstas, expressamente, no contrato de trabalho, nem autorizadas pelo autor, implicam na indenização por danos morais e patrimoniais. A lei de direitos autorais destina-se à proteção dos direitos derivados da propriedade intelectual e especifica, claramente, as formas de transferência desses direitos, não permitindo interpretação que prejudique o destinatário da norma: o criador da obra literária, artística ou científica. Nesse contexto deve ser interpretada, a teor do que dispõe seu art. 49, inc. VI.

Do corpo da decisão, extraem-se as seguintes colocações:

Discutem-se, nestes autos, os efeitos do contrato de trabalho em relação aos direitos autorais do empregado repórter-fotógrafo, contratado por empresa jornalística. A matéria está disciplinada na Lei nº 9.610/98. (...)

Na hipótese dos autos, o autor foi contratado para exercer a função de repórter-fotógrafo, o que implica no exercício de atividade jornalística: essa a natureza do contrato de trabalho.

Partindo dessa premissa, tenho que toda a produção fotográfica do autor, destinada exclusivamente a matérias de cunho jornalístico, está albergada no contrato de trabalho, porque essa era a finalidade da contratação. Os direitos autorais, nesse caso, estão contemplados no salário pago ao empregado.

Entretanto, o contrato de trabalho não implica na cessão plena e automática, ao empregador, dos direitos autorais sobre as fotografias tiradas sob os efeitos da relação de emprego, nem o salário pago retribui os direitos autorais.

É que a Lei nº 9.610/98, garante, no art. 28, que *cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica* e, no art. 29, prevê:

Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral; (...)

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; (...)

Verificando o contrato de trabalho a título de experiência firmado entre as partes (fl. 172), prorrogado por prazo indeterminado, observo que não há previsão contratual de utilização das fotografias produzidas pelo autor para finalidade outra que não matéria jornalística, esta intrínseca ao pacto firmado.

No mencionado documento, não consta autorização do autor que permitisse que as fotografias fossem aproveitadas a qualquer tempo, ou transferidas a terceiros, ou, ainda, destinadas a finalidade diversa da jornalística.

Trata-se de formulário-padrão, que não legitima a inserção de logotipos nas fotos, nem a sua comercialização, a teor do que estabelece o inc. II do art. 49 da Lei nº 9.610/98: *somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita*.

A Lei de Direitos Autorais destina-se à proteção dos direitos derivados da propriedade intelectual. Por isso, especifica claramente as formas de transferência desses direitos, não permitindo interpretação que prejudique o destinatário da norma: o criador da obra literária, artística ou científica. Nesse contexto deve ser interpretada.

É o que se extrai do texto do art. 49, inc. VI: *Não havendo especificação quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente,*

entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

O art. 31 do referido texto legal preceitua que *as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.*

No art. 37 da referida Lei consta *que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário, entre as partes e os casos previstos nesta Lei.*

Diante dos dispositivos legais transcritos, é insustentável a tese da ré de que o contrato de trabalho implicou na cessão total dos direitos autorais do autor em favor da empregadora. (...)

O contrato de trabalho permitia tão-somente a utilização das fotografias em matérias jornalísticas. A comercialização das fotos e a inserção de logotipos publicitários na obra produzida não estavam previstas no pacto, nem foram autorizadas pelo autor. (...)

Através da comercialização de fotos para informes publicitários, como retratam, por exemplo, os documentos de fls. 55 e 57, a ré também feriu direito patrimonial e moral do autor: patrimonial, porque ausente a autorização do criador da obra para a cessão de suas fotos

A indenização patrimonial decorrente da cessão indevida de fotografias, a meu ver, seria fixada em R\$ 14,00 por fotografia cedida. Entretanto, a maioria da turma entendeu que a reparação desse dano seria alcançada pelo valor de R\$ 100,00 por fotografia cedida, pelo que fiquei parcialmente vencida. (RO-V 01155-2000-030-12-00-8. Ac.-1ªT. nº 06813/2003. Relatora. Exma: Juíza Licélia Ribeiro).

Também do E. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina há outra importante decisão a respeito da questão específica ora abordada. Do acórdão, extraem-se os seguintes trechos:

Observo que, no contrato de experiência, lançado à fl. 146 (prorrogado por prazo indeterminado) e consubstanciado em formulário-padrão, inexistem as previsões contratuais sinaladas pela reclamada, no sentido de que as fotografias poderiam ser por ela aproveitadas a qualquer tempo, ou transferidas para terceiros, inexistindo, assim, especificação a respeito do meio de publicação que seria utilizado.

Em consonância com o disposto no art. 28 da Lei nº 9.610/98, *cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.* Já o explicitado no art. 29, I, da mesma norma legal, prevê que *a reprodução parcial ou integral depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades.*

Registro, outrossim, que o art. 31 da Lei de Direitos Autorais preceitua que as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Destarte, é totalmente improcedente o argumento de que ocorreu a cessão em favor da empregadora de todos os direitos da autora, permitindo a sua utilização em campanhas publicitárias, peças gráficas e matérias de divulgação, bem assim a inserção em quaisquer veículos de comunicação. (...)

Através da comercialização de fotos sem autorização para o jornal da CELESC (fl. 50) e para o jornal EM PAUTA (fl. 54) a reclamada também feriu direito patrimonial e moral da reclamante: patrimonial, porque diante da ausência de autorização somente a reclamante poderia ceder as suas fotos... (...)

A indenização patrimonial decorrente da cessão indevida de fotografias é fixada em R\$ 14,00 por fotografia cedida, considerando que os jornais eram direcionados e de pequena circulação e ter sido esse o valor reconhecido pela reclamada na contestação... (TRT/SC/RO-V 988/2000. Acórdão-1ª-t-nº 0651901. Relator: Exmo. Juiz C. A. Godoy Ilha)

O terceiro precedente vem da 3ª vara do trabalho de Santo André-SP, através da Exma. Juíza do Trabalho, Dra. Silvana Louzada Lamattina Cecília, a qual proferiu decisão alinhavada com as duas precedentes:

Quanto ao mérito, a ação procede.

De incontestável proteção legal e constitucional, os direitos que possui a reclamante sobre suas obras fotográficas, nos termos do que dispõe a lei nº 9610/1998 que regula os direitos autorais (artigo 1º), protegendo as obras intelectuais, assim consideradas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia (artigo 7º, VII).

Dispõe ainda a citada legislação que se entende por autor, *o criador da obra, pessoa física* (artigo 11) e que a estes pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

As disposições legais supracitadas têm origem nas disposições constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais, elencando entre estes direitos fundamentais a proteção aos direitos autorais (artigo 5º, XXVII da CF).

Logo, à análise da legislação que regula a proteção dos direitos autorais, verifica-se que estes pertencem à reclamante, direito este não alterado, atacado ou atingido pela legislação que regula a relação trabalhista e seu respectivo contrato.

Os pactos sobre direitos autoria, devem ser interpretados restritivamente, não havendo que se falar em transferência desses direitos de forma verbal.

O contrato de trabalho havido entre as partes não estabeleceu a transferência à reclamada dos direitos autorais sobre as fotografias produzidas pela reclamante, razão pela qual estes direitos permanecem no patrimônio jurídico desta.

Ao contrário do alegado pela reclamada, a obra fotográfica, além de conhecimento técnico especializado, exige, criatividade, inteligência e sensibilidade, consideradas pela legislação respectiva, verdadeira “criação do espírito” de inafastável valor patrimonial.

A utilização desautorizada das fotografias pertencentes à reclamante, após a rescisão do contrato de trabalho, constitui-se, sem dúvida, ilícita a utilização, que deve ser sempre autorizada, gerando, em decorrência desse ato ilícito, o dever da reclamada indenizar a reclamante pelos valores fixados na tabela de preços do sindicato dos jornalistas profissionais, conforme item “b” do pedido, acolhido este de forma alternativa. Observará, ainda, o rol de fotos republicadas, noticiado em aditamento às fls.76. (RT 1223-04)

Como se deduz das decisões antes transcritas, os empregados haviam sido contratados de modo específico para a função de fotógrafos, razão pela qual se entendeu que o salário remuneraria única e tão somente as fotos produzidas e utilizadas nos estreitos limites do pacto vigente. A cessão a terceiros sempre foi rechaçada, pois destaca o extrapolamento dos limites do contrato, porquanto está ausente a previsão contratual para tanto.

Todavia, e como já assentado alhures, o fato do empregado não ser repórter-fotográfico não lhe retira os seus direitos autorais sobre as fotografias que porventura venha a produzir no curso do contrato. A proteção legal é conferida ao autor da fotografia e não depende da qualificação deste, ou mesmo da sua posição no contrato de trabalho.

Do contrário, o fato do empregado não ter sido contratado para essa função parece tornar indene de dúvidas que os seus direitos patrimoniais não são alcançados pelo salário, porque a fotografia será estranha ao núcleo da prestação de serviços a que se obrigou, critério esse apontado pela doutrina e pela jurisprudência como expropriadores dos direitos patrimoniais do autor.

4.3. O direito moral do fotógrafo

Ao adentrar-se a esfera moral de proteção aos direitos do fotógrafo, impende anotar, desde logo, que a doutrina converge neste aspecto: os direitos morais do autor não são expropriados pelo empregador, através do pagamento de salários.¹⁹⁸

Tal fato decorre da incontestada dicção do art. 28 da Lei 9.610/98: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.”

Com efeito, o fotógrafo empregado, e somente ele, será o autor da fotografia por si retratada em decorrência do pacto laboral, jamais seu empregador, seja ele pessoa física ou jurídica.

Essa conclusão já era manifestada pelos doutrinadores à época da vigência da Lei 5.998/73, porque a mesma proteção ora outorgada aos autores estava contemplada naquela legislação (art. 28¹⁹⁹).

Santos²⁰⁰ é categórico ao afirmar que:

Assim, os Direitos Morais, em sua totalidade, são conservados pelo fotógrafo-empregado. O fato, por exemplo, de ele consentir no anonimato é lícito. O que não se tolera é que uma fotografia possa vir assinada pelo patrão. Dizer-se que, nesse caso, não ocorre uma ofensa à ordem pública não é suficiente, pois que se trata de

¹⁹⁸ Bittar destaca que apenas o direito anglo-norte-americano aceita que o encomendante seja o titular originário da obra, ao invés do criador. BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 35.

¹⁹⁹ “Art. 28 - Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis” (Lei 5.988/73).

²⁰⁰ SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990. p. 65.

salvaguardar prerrogativas individuais: a qualquer momento, o empregado tolerante pode fazer valer o seu direito.²⁰¹

Sintética e eficaz é a assertiva lançada por Plínio Cabral²⁰²: “O artigo 27, finalmente, consagra o que está implícito na natureza dos direitos morais do autor: são inalienáveis e irrenunciáveis. Sobre eles nada se pode pactuar”²⁰³.

É válido o precedente apontado por Chaves²⁰⁴, segundo o qual “No RE n. 75.627, do antigo Estado da Guanabara, a 3ª Turma do STF, à unanimidade, reconheceu o direito moral do fotógrafo empregado, ao determinar que os editores o indenizassem pela publicação de uma foto sem indicação de seu nome”.

Da mesma forma, o E. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região já se pronunciou no sentido de que não constitui mera irregularidade a publicação de foto de empregado sem a menção ao seu nome, mas verdadeira violação ao seu direito moral.²⁰⁵

Outrossim, o E. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região firmou em outra oportunidade que “... a inserção de publicidade nas fotografias constitui alteração do original e exploração da obra para fins diversos do contratado, impondo a indenização por dano moral, por violação ao inc. II do art. 79 da Lei nº 9.610/98, que veda a reprodução de obra fotográfica que não esteja conforme com o original sem autorização do autor”.²⁰⁶

Nesse passo, não pode o empregador, em hipótese alguma, tomar para si a autoria de fotografia sacada por empregado seu, ainda que o contrato preveja tal situação.

Em suma, firme a jurisprudência que os direitos de ordem moral não são suscetíveis aos desidérios do empregador, desvelando seu caráter inalienável.

²⁰¹ Também é dada por Santos a notícia de que “...uma decisão do Tribunal de Paris, de 30 de junho de 1970, fixa em 8.000 francos a indenização devida por um jornal empregador pela reutilização de fotografias, sem mencionar o nome do autor, seu ex-empregado”. SANTOS, id.

²⁰² CABRAL, P. A nova **Lei de Direitos Autorais**. Comentários. 4ª ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2003. p. 47.

²⁰³ Nesse sentido, e com fulcro na Lei 5988, então vigente, mas que continha disposição idêntica a da lei 9.610/98, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: INDENIZAÇÃO – DIREITO AUTORAL – Cessão de fotografias a outros jornais, sem autorização do autor. Inadmissibilidade. Apesar de ser a empregadora, esse fato não dava à demandada o direito de ceder as fotografias como se os direitos autorais lhe pertencessem, pois o fotógrafo mantém os direitos morais sobre a própria obra. artigos 6º e 82 da lei n. 5.988/73. Recurso não provido (TJSP – ac 94.419-4 – 7ª cdpriv. – rel. Des. Leite Cintra – j. 05.04.2000).

²⁰⁴ CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 233.

²⁰⁵ TRT/SC/RO-V 988/2000. Acórdão-1ªT-nº 0651901. Relator: Exmo. Juiz C. A. Godoy Ilha – Anexo 4.

²⁰⁶ TRT/SC/RO-V 01155-2000-030-12-00-8. Acórdão-1ªT. nº 06813/2003. Relatora. Exma: Juíza Licélia Ribeiro – Anexo 5.

Não possui qualquer validade cláusula contratual que contemple a alienação de direitos morais sobre a obra, ainda que fruto de uma relação em que se vislumbra a sujeição e a subordinação. Sua nulidade é inconteste.

4.4. A impropriedade da aplicação da analogia com a lei de propriedade industrial

O recurso ao processo de integração da norma, chamado de analogia, é freqüente em nosso direito. Visa, assim como outras técnicas de interpretação, preencher as lacunas existentes no ordenamento, a fim de que esse possa alcançar todas as variações e vicissitudes da vida em sociedade.

De forma sucinta, analogia é a operação de atribuir a um caso concreto, não-regulado expressamente no ordenamento (hipótese não prevista em lei), a disciplina prevista para um caso ou matéria semelhante.²⁰⁷

Na interpretação dada ao contrato de trabalho, em que está presente a prestação de serviços de ordem intelectual, é freqüente a utilização da analogia com a lei de propriedade industrial, ao argumento de que lá há disposição específica da expropriação da obra intelectual pelo salário, no caso de ausência de previsão em contrário.

Contudo, o fundamento lógico da analogia encontra-se na dubiedade ou na lacuna da lei, enquanto seu fundamento jurídico está no princípio da igualdade, que exige que os casos semelhantes sejam regulados por normas semelhantes.²⁰⁸

Dito isso, percebe-se que não há espaço para a aplicação da analogia nos contratos de trabalho nos quais está envolvido o direito autoral.

Em importante monografia sobre a hermenêutica jurídica, Carlos Maximiliano²⁰⁹ justifica:

...não podem os repositórios de normas dilatar-se até a exagerada minúcia, prever todos os casos possíveis no presente e no futuro. Sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do Código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza...

²⁰⁷ MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 408.

²⁰⁸ DINIZ, M. H. **As lacunas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 135.

²⁰⁹ MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 208.

A doutrina tem se ocupado em definir analogia sem divergir em seu significado. Elcias Ferreira da Costa²¹⁰ apresenta, em sua obra específica sobre o tema, *Analogia Jurídica e Decisão Judicial*, algumas das clássicas definições. De Beviláqua²¹¹,

A analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ele não previstos (...) A analogia é a aplicação lógica pela qual o aplicador da lei remonta aos princípios de que ela emana para, por via de consequência, estender-lhe o império a casos semelhantes aos que a lei regula.

Para Savigny²¹², a analogia “é o resultado do procedimento para resolver as contradições e devolver a unidade do Direito”.

Na definição de Windcheid²¹³, “a analogia é a extensão da lei por motivo de identidade”. A identidade a que se refere diz respeito à coincidência nas relações essenciais entre as duas situações de fato; ou seja, na sua natureza jurídica. Por isso, para a adoção da analogia, é fundamental que se identifique e distinga-se a natureza jurídica da coisa ou do fato a ser interpretado.

Sobre essa proposição, aliás, desenvolveu com proficiência Arthur Kaufmann²¹⁴. Pontua o mencionado autor que:

*Cuando un juez se halla desamparado por las fuentes externas, tiene que sacar la regla jurídica aplicable de los principios del derecho existente; a partir de la naturaleza de la cosa obtiene esa regla por medio de la consecuencia jurídica y la analogía.*²¹⁵

Manuel Atienza Rodríguez²¹⁶, também em obra sobre a matéria, procura traduzir o pensamento de Bobbio²¹⁷ sobre a analogia. Este, do mesmo modo que Kaufmann, destaca a importância de se extrair um princípio comum entre as duas situações de fato, para que a normatização de uma possa ser aplicada à outra.

²¹⁰ COSTA, E. F. da. **Analogia jurídica e decisão judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

²¹¹ BEVILÁQUA, C. Código Civil comentado. Rio de Janeiro: Rio, 1976 apud COSTA, *ibid.*, p. 25.

²¹² SAVIGNY, apud COSTA, *ibid.*, p. 26.

²¹³ WINDCHEID, B. *Diritto delle pandette*. Torino, Itália: Torinese, 1962. v. 1. apud COSTA, *id.*

²¹⁴ KAUFMANN, A. **Analogía y naturaleza de la cosa**. Santiago, Chile: Editorial Jurídica del Chile, 1976. p. 35.

²¹⁵ Quando um juiz se acha desamparado pelas fontes externas, tem que se utilizar da regra jurídica aplicável dos princípios do direito existente; a partir da natureza da coisa, obtém essa regra por meio da consequência jurídica da analogia. Tradução do autor.

²¹⁶ RODRÍGUEZ, M. A. **Sobre la analogía en el Derecho**. Madrid, España: Civitas, 1986.

²¹⁷ BOBBIO, N. *L'analogia nella lógica del diritto*. Turin, Italia, 1938 apud RODRÍGUEZ, *ibid.*, p. 65.

Explica Rodríguez²¹⁸ que:

*BOBBIO habla aquí de principios extraídos de la naturaleza de las cosas (entendiendo por “naturaleza” de una institución su función económico-social), de ideas y convicciones que aparecen como patrimonio común de la humanidad civilizada (uno de los aspectos “del siempre joven Derecho natural”) o de ideas y convicciones morales sociales de carácter variable (por ejemplo, el principio del abuso del Derecho).*²¹⁹

Assim, a doutrina vem entendendo que a relação de semelhança entre duas situações, necessária à validade da adoção da analogia, é aquela que traduz a “razão suficiente”²²⁰ da norma e, para a qual, concorrem não só elementos lógicos e objetivos, mas também elementos valorativos – denominador comum axiológico.²²¹

A respeito da analogia, há que se enfatizar, ainda, suas modalidades, ou seja, a possibilidade de se tratar de analogia *legis* ou de analogia *juris*. No primeiro caso, falta uma só disposição de lei; no segundo, não existe dispositivo aplicável à espécie, sequer de modo indireto, pois se trata de instituto novo.

Segundo Maximiliano²²²,

A analogia *legis* apóia-se em uma regra existente, aplicável à hipótese semelhante na essência; a analogia *juris* lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar. A primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos princípios gerais de direito.

Abordando a questão de forma didática, o mesmo autor²²³ enumera os seguintes pressupostos de aplicação da analogia:

1º) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva;

²¹⁸ Rodríguez esclarece que o pensamento de Bobbio foi bastante oscilante em suas obras com relação à analogia. São aqui trazidas suas idéias mais recentes. RODRÍGUEZ, *ibid.*, p. 65.

²¹⁹ Bobbio fala aqui de princípios extraídos da natureza das coisas (entendido por natureza de um instituto sua função econômica-social), de idéias e convicções que aparecem como patrimônio comum da humanidade civilizada (um dos aspectos “do sempre jovem direito natural”) ou de idéias e convicções morais, sociais de caráter variável (por exemplo, o princípio do abuso do direito). Tradução do autor.

²²⁰ Diniz explica que o princípio da “razão suficiente” informa que, para cada coisa, existe uma razão que faz com que ela seja o que é. DINIZ, M. H. **As lacunas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 139.

²²¹ COSTA, E. F. da. **Analogia jurídica e decisão judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 67.

²²² MAXIMILIANO, C.. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 210.

²²³ *Ibid.*, p. 212.

2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.

Atentando-se ao caso concreto, é possível perceber óbice intransponível à adoção da analogia. Tal óbice reside na própria ausência de pressuposto essencial, qual seja inexistência de norma específica para a situação fática a ser interpretada. Quanto a isso, há precedentes jurisprudenciais²²⁴ que, sem se ater à disposição específica da lei de direito autoral, adotam a Lei de Propriedade Industrial .

Com efeito, o art. 88 da Lei 9.279/96 reza que

...a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador, quando decorrerem 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, não sendo devido qualquer retribuição específica, salvo disposição contratual em contrário.

No entanto, como foi demonstrado no capítulo anterior, a legislação que protege o direito do autor expressamente prevê a necessidade de contrato escrito para a cessão dos direitos sobre a obra (art. 49, II). A não-aprovação do artigo do projeto de lei que pretendia dispor de modo semelhante à lei do direito de propriedade industrial permite afirmar, com segurança, ser inaceitável a adoção da analogia.

Deve-se, pois, afastar qualquer possibilidade de aplicação da analogia com a Lei 9.279/92, que trata dos direitos da propriedade industrial.

²²⁴ Um exemplo é o Acórdão do RO 709/84 do TRT da 9ª Região.

5. Conclusão

Claude Joubert²²⁵, presidente da Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) - Compte rendu (CJL/76/43.082), aponta:

...o problema das relações dos autores salarizados com seus empregadores e o dos autores que criam no quadro de contratos de encomenda é de uma importância extrema, dando lugar, por todos os meios considerados realistas, de evitar que no futuro não nos encontremos mais em presença de disposições que de alguma maneira realizam uma expropriação dos autores em proveito de seus empregadores.

Em que pese a ampla aceitação dos princípios juslaboralistas protetivos, fato é que os operadores do direito vêm cedendo às armadilhas neoliberais, visando restringir os direitos trabalhistas.

Sempre que surge oportunidade, seja no conflito de normas, seja na lacuna da lei, há juristas que defendem a aplicação de norma que não tutela especialmente o trabalhador.

Exemplo disso são os contratos de trabalho em que figura como empregado o fotógrafo.

O exercício de interpretação que se observa vai desde a completa exclusão da legislação autoral, mais benéfica ao empregado, no contrato de trabalho, até a aplicação da analogia com a lei da propriedade industrial, que considera, como regra, o invento expropriado pelo salário. Tal aplicação ignora completamente a peculiaridade dos direitos autorais, que, afora a vertente patrimonial, conferem uma singular proteção aos direitos morais do empregado.

São fatores que motivam essa reprovável interpretação: de um lado, o inarredável conflito entre o capital e o trabalho; de outro, o próprio desconhecimento da legislação de direitos autorais. Como pontualmente já asseverou Bittar: “Com efeito, embora pareça paradoxal, em função do grau de universalização e especificidade alcançado, o Direito de Autor ainda não conta

²²⁵ CHAVES, A. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 70.

com legislação adequada em certos aspectos, bem como se mostra desconhecido em certos setores”.²²⁶

É certo que, concomitantemente ao enfraquecimento da tutela ao trabalhador, também existe uma real dificuldade de concretização dos direitos autorais.

Ainda é fato que, no dia-a-dia, são quase inexistentes os contratos de trabalho que prevejam, expressamente, a cessão de direitos autorais ou a explicitação da obra intelectual como objeto da pactuação. Bem lembrou Bittar²²⁷ que

...os contratos que temos analisado, na prática, não obedecem, de regra, às prescrições legais e, portanto, deixam sem guarida as empresas; são, à generalidade, contratos ou documentos sem qualquer especificação dos direitos compreendidos e sem qualquer respeito às exigências legais de ordem substancial e de ordem formal.

Imprescindível, pois, é o resgate da proteção do empregado mediante a adoção de uma melhor interpretação ao contrato de trabalho. Os problemas que surgem da relação entre empregador e empregado-autor não podem ficar à deriva de entendimentos que contrariem os princípios de tutela que regem o direito do trabalho, assim como os direitos de autor.

O estudo pretendeu exatamente isso. Buscou-se demonstrar que, a par da exegese vigente, há elementos que permitem conferir interpretação que proteja, efetivamente, a produção do fotógrafo-empregado. Em suma, almejou-se evidenciar que a interpretação deve levar em conta que todas as fotografias são objeto de proteção do direito autoral e que as vertentes patrimoniais e morais devem ser asseguradas ao fotógrafo-empregado. Ante à regulação própria da matéria, ressaltou-se a impossibilidade de aplicação analógica da lei que rege a propriedade industrial, como forma de implementar a proteção conferida pela Lei 9.610/98.

De todo modo, o tema é vasto e, a partir desse trabalho, surgem inúmeras outras indagações, desde a competência dos órgãos jurisdicionais para dirimir os conflitos decorrentes da relação entre fotógrafo-empregado e empregador²²⁸, a

²²⁶ BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 26.

²²⁷ Ibid., p. 59.

²²⁸ Conforme jurisprudência constante do presente trabalho, vê-se que o E. Tribunal de Justiça de São Paulo já apreciou a matéria, envolvendo uma relação entre empregado e seu empregador.

reparação dos direitos patrimoniais e morais²²⁹, quando violados, até a própria prescrição²³⁰ incidente a esse tipo *sui generis* de direito do autor-empregado.

²²⁹ Relativamente ao direito moral, a lei 9.610/98 prevê, expressamente, que o mesmo é presumido em caso de violação aos direitos morais. Do mesmo modo, prevê uma indenização parcialmente tarifada para a indenização do autor, na forma do art. 108 e seguintes.

²³⁰ Fixa o art. 44 da Lei 9.610/98: “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”.

6. Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, J. de O. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARACAT, E. M. A vontade da formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: DALLEGRAVE NETO, J. A; GUNTHER, L. E. (Coords.) **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BENJAMIN, W. **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**, São Paulo: Brasiliense, 1994.

BITTAR, C. A. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989

_____. **Curso de Direito Autoral**. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. **Contornos atuais do autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito de autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTAR, C. B. Jornalismo e fotojornalismo: aspectos relevantes de direitos autorais. **Informativo Bonijuris**, n.405, p.5194-92, mar. 2000.

CABRAL, P. A nova **Lei de Direitos Autorais**. Comentários. 4ª ed. São Paulo: Harbra Ltda, 2003.

CAMINO, C. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARELLI, R. de L. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

CATHARINO, J. M. **Contrato de emprego**. 2ª ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1965.

_____. **Tratado jurídico do salário**. Ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1994.

CHAVES, A. **Direito de autor: princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

_____. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

CHARTIER, R. **A aventura do livro: do leitor ao navegador**. São Paulo: Editora da UNESP, 1998.

COSTA, E. F. da. **Analogia jurídica e decisão judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

COUTINHO, A. R. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DALLEGRAVE NETO, J. A. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Redefinindo os requisitos da relação de emprego. In: _____. **Inovações na legislação trabalhista**. Reforma trabalhista ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2002. p. 152-177.

DELGADO, M. G. **Contrato de trabalho**. Caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999a.

_____. Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. **Síntese Trabalhista**, n. 125, p. 5-15, nov. 1999b.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. 2ª tir. São Paulo: LTr, 2004.

DINIZ, M. H. **As lacunas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DORNELLES, L. do A. D. **A transformação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

EDELMAN, B. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Perspectiva Jurídica-Centelho, 1976.

FONSECA, R. M. **Direito e história**: relação entre concepção de história, historiografia e a história do direito a partir de António Manuel Hespanha. Curitiba, 1997. Dissertação, Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. A história no Direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Gênesis**, n. 17, p. 570-585, jul./set. 2000.

GANDELMAN, S. R. D. Breves comentários à Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre Direitos Autorais e dá outras providências. **Doutrinas ADCOAS**, v. 1, n. 6, p. 216-231, jun. 1998.

GEDIEL, J. A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, O. **O salário no direito brasileiro**. Ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996.

GURAN, M. **Jornal Olho de Águia**, Brasília, a. 02, mai./jun. 2002. Entrevista. Disponível em: <<http://www.jornalolhodeaguia.com.br/anterior/10/mesa.htm>>. Acesso em: 01 jul. 2005.

HAMMES, B. J. **O direito de propriedade intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa, Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HOFFMANN, F. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

KAUFMANN, A. **Analogía y naturaleza de la cosa**. Santiago, Chile: Editorial Jurídica del Chile, 1976.

LAMARCA, A. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LIPSZYC, D. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 1993.

MANSO, E. V. **Direito Autoral**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

_____. **Contratos de Direito Autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MARANHÃO, D. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

MEIRELES, E. Direitos autorais e de patente na relação de emprego. **LTr Suplemento Trabalhista**, v. 34, n. 134, p. 609-13, 1998.

_____. **O novo Código Civil e o Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. n.1.

NASCIMENTO, A. M. do. **Teoria jurídica do salário**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

OLEA, M. A. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Aglaé Marcon, Itacir Luchtemberg e Sebastião Antunes Furtado. 5ª ed. Curitiba: Gênese, 1997.

OLIVEIRA, F. L. de. **Introdução elementar ao estudo do salário social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1974.

OLIVEIRA, J. N. de.; WILLIGTON, J. **Anotações à Lei do Direito Autoral, Lei 9.610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

OLIVER, P. **Direito Autoral: fotografia e imagem**. Aspectos jurídicos. São Paulo: Letras e Letras, 1991.

ORTIZ, R. **A moderna tradição brasileira: cultura brasileira e indústria cultural**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

ROCHE, D. A censura e a indústria editorial. In: DARNTON, R.; ROCHE, D. (Orgs.). **Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800**. São Paulo: Edusp, 1996.

RODRIGUES, A. P. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, C. Direito autoral e direito de imagem. **Revista dos Tribunais**. n.827, p.59-68, set. 2004..

RODRIGUES, S. **Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

RODRÍGUEZ, M. A. **Sobre la analogía en el Derecho**. Madrid, España: Civitas, 1986.

ROMITA, A. S. **Temas de Direito Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

SANTOS, L. J. dos; NASCIMENTO, A. M. do. O direito autoral do jornalista e o contrato de trabalho. **Revista LTr**. v. 66, n. 04, p. 412-18, abr. 2002.

SANTOS, N. P. T. dos. **A fotografia e o direito do autor**. São Paulo: LEUD, 1990.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOUZA, C. F. M. **Direito Autoral**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

VIANNA, S. et al. **Instituições de Direito do Trabalho** 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

VELOSO, W. de P. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. **Juris Síntese**, n. 43, set./out. 2003.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLKMER, A. C. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 2, p. 55-67, 1994-5.

Anexo 1. Lei 9.610/98

Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998

Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Título I

Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

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

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

VIII - obra:

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

b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;

d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;

e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;

f) originária - a criação primígena;

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

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;

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;

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;

XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

XII - radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;

XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

Art. 6º Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.

Título II

Das Obras Intelectuais

Capítulo I

Das Obras Protegidas

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Art. 9º À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.

Art. 10. A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

Parágrafo único. O título de publicações periódicas, inclusive jornais, é protegido até um ano após a saída do seu último número, salvo se forem anuais, caso em que esse prazo se elevará a dois anos.

Capítulo II

Da Autoria das Obras Intelectuais

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.

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

§ 2º Ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.

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

Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

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

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

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

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

Capítulo III

Do Registro das Obras Intelectuais

Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais.

Art. 21. Os serviços de registro de que trata esta Lei serão organizados conforme preceitua o § 2º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Título III

Dos Direitos do Autor

Capítulo I

Disposições Preliminares

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

Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário.

Capítulo II

Dos Direitos Morais do Autor

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;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

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 a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 2º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

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

Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção.

Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado.

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Capítulo III

Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pela autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tomar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.

§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Art. 32. Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.

§ 1º Havendo divergência, os co-autores decidirão por maioria.

§ 2º Ao co-autor dissidente é assegurado o direito de não contribuir para as despesas de publicação, renunciando a sua parte nos lucros, e o de vedar que se inscreva seu nome na obra.

§ 3º Cada co-autor pode, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.

Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.

Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

Art. 34. As cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais.

Art. 35. Quando o autor, em virtude de revisão, tiver dado à obra versão definitiva, não poderão seus sucessores reproduzir versões anteriores.

Art. 36. O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário.

Parágrafo único. A autorização para utilização econômica de artigos assinados, para publicação em diários e periódicos, não produz efeito além do prazo da periodicidade acrescido de vinte dias, a contar de sua publicação, findo o qual recobra o autor o seu direito.

Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de seqüência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.

Art. 39. Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.

Art. 40. Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor.

Parágrafo único. O autor que se der a conhecer assumirá o exercício dos direitos patrimoniais, ressalvados os direitos adquiridos por terceiros.

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

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.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Capítulo IV

Das Limitações aos Direitos Autorais

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

Capítulo V

Da Transferência dos Direitos de Autor

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a unia que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

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

Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.

Título IV

Da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas

Capítulo I

Da Edição

Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.

Parágrafo único. Em cada exemplar da obra o editor mencionará:

I - o título da obra e seu autor;

II - no caso de tradução, o título original e o nome do tradutor;

III - o ano de publicação;

IV - o seu nome ou marca que o identifique.

Art. 54. Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.

Art. 55. Em caso de falecimento ou de impedimento do autor para concluir a obra, o editor poderá:

I - considerar resolvido o contrato, mesmo que tenha sido entregue parte considerável da obra;

II - editar a obra, sendo autônoma, mediante pagamento proporcional do preço;

III - mandar que outro a termine, desde que consintam os sucessores e seja o fato indicado na edição.

Parágrafo único. É vedada a publicação parcial, se o autor manifestou a vontade de só publicá-la por inteiro ou ser assim o decidirem seus sucessores.

Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário.

Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares.

Art. 57. O preço da retribuição será arbitrado, com base nos usos e costumes, sempre que no contrato não a tiver estipulado expressamente o autor.

Art. 58. Se os originais forem entregues em desacordo com o ajustado e o editor não os recusar nos trinta dias seguintes ao do recebimento, ter-se-ão por aceitas as alterações introduzidas pelo autor.

Art. 59. Quaisquer que sejam as condições do contrato, o editor é obrigado a facultar ao autor o exame da escrituração na parte que lhe corresponde, bem como a informá-lo sobre o estado da edição.

Art. 60. Ao editor compete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de embarçar a circulação da obra.

Art. 61. O editor será obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra, salvo se prazo diferente houver sido convencionado.

Art. 62. A obra deverá ser editada em dois anos da celebração do contrato, salvo prazo diverso estipulado em convenção.

Parágrafo único. Não havendo edição da obra no prazo legal ou contratual, poderá ser rescindido o contrato, respondendo o editor por danos causados.

Art. 63. Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra, cabendo ao editor o ônus da prova.

§ 1º Na vigência do contrato de edição, assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem.

§ 2º Considera-se esgotada a edição quando restarem em estoque, em poder do editor, exemplares em número inferior a dez por cento do total da edição.

Art. 64. Somente decorrido um ano de lançamento da edição, o editor poderá vender, como saldo, os exemplares restantes, desde que o autor seja notificado de que, no prazo de trinta dias, terá prioridade na aquisição dos referidos exemplares pelo preço de saldo.

Art. 65. Esgotada a edição, e o editor, com direito a outra, não a publicar, poderá o autor notificá-lo a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder por danos.

Art. 66. O autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver.

Parágrafo único. O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade.

Art. 67. Se, em virtude de sua natureza, for imprescindível a atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.

Capítulo II

Da Comunicação ao Público

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.

§ 6º O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.

§ 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais.

Art. 69. O autor, observados os usos locais, notificará o empresário do prazo para a representação ou execução, salvo prévia estipulação convencional.

Art. 70. Ao autor assiste o direito de opor-se à representação ou execução que não seja suficientemente ensaiada, bem como fiscalizá-la, tendo, para isso, livre acesso durante as representações ou execuções, no local onde se realizam.

Art. 71. O autor da obra não pode alterar-lhe a substância, sem acordo com o empresário que a faz representar.

Art. 72. O empresário, sem licença do autor, não pode entregar a obra a pessoa estranha à representação ou à execução.

Art. 73. Os principais intérpretes e os diretores de orquestras ou coro, escolhidos de comum acordo pelo autor e pelo produtor, não podem ser substituídos por ordem deste, sem que aquele consinta.

Art. 74. O autor de obra teatral, ao autorizar a sua tradução ou adaptação, poderá fixar prazo para utilização dela em representações públicas.

Parágrafo único. Após o decurso do prazo a que se refere este artigo, não poderá opor-se o tradutor ou adaptador à utilização de outra tradução ou adaptação autorizada, salvo se for cópia da sua.

Art. 75. Autorizada a representação de obra teatral feita em co-autoria, não poderá qualquer dos co-autores revogar a autorização dada, provocando a suspensão da temporada contratualmente ajustada.

Art. 76. É impenhorável a parte do produto dos espetáculos reservada ao autor e aos artistas.

Capítulo III

Da Utilização da Obra de Arte Plástica

Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente a direito de reproduzi-la.

Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.

Capítulo IV

Da Utilização da Obra Fotográfica

Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

Capítulo V

Da Utilização de Fonograma

Art. 80. Ao publicar o fonograma, o produtor mencionará em cada exemplar:

- I - o título da obra incluída e seu autor;
- II - o nome ou pseudônimo do intérprete;
- III - o ano de publicação;
- IV - o seu nome ou marca que o identifique.

Capítulo VI

Da Utilização da Obra Audiovisual

Art. 81. A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica.

§ 1º A exclusividade da autorização depende de cláusula expressa e cessa dez anos após a celebração do contrato.

§ 2º Em cada cópia da obra audiovisual, mencionará o produtor:

- I - o título da obra audiovisual;
- II - os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais co-autores;
- III - o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso;

IV - os artistas intérpretes;

V - o ano de publicação;

VI - o seu nome ou marca que o identifique.

Art. 82. O contrato de produção audiovisual deve estabelecer:

I - a remuneração devida pelo produtor aos co-autores da obra e aos artistas intérpretes e executantes, bem como o tempo, lugar e forma de pagamento;

II - o prazo de conclusão da obra;

III - a responsabilidade do produtor para com os co-autores, artistas intérpretes ou executantes, no caso de co-produção.

Art. 83. O participante da produção da obra audiovisual que interromper, temporária ou definitivamente, sua atuação, não poderá opor-se a que esta seja utilizada na obra nem a que terceiro a substitua, resguardados os direitos que adquiriu quanto à parte já executada.

Art. 84. Caso a remuneração dos co-autores da obra audiovisual dependa dos rendimentos de sua utilização econômica, o produtor lhes prestará contas semestralmente, se outro prazo não houver sido pactuado.

Art. 85. Não havendo disposição em contrário, poderão os co-autores da obra audiovisual utilizar-se, em gênero diverso, da parte que constitua sua contribuição pessoal.

Parágrafo único. Se o produtor não concluir a obra audiovisual no prazo ajustado ou não iniciar sua exploração dentro de dois anos, a contar de sua conclusão, a utilização a que se refere este artigo será livre.

Art. 86. Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em obras audiovisuais serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 30 do art. 68 desta Lei, que as exibirem, ou pelas emissoras de televisão que as transmitirem.

Capítulo VII

Da Utilização de Bases de Dados

Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:

I - sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;

II - sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;

III - a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;

IV - a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.

Capítulo VIII

Da Utilização da Obra Coletiva

Art. 88. Ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar:

I - o título da obra;

II - a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convencionada;

III - o ano de publicação;

IV - o seu nome ou marca que o identifique.

Parágrafo único. Para valer-se do disposto no § 1º do art. 17, deverá o participante notificar o organizador, por escrito, até a entrega de sua participação.

TÍTULO V

Dos Direitos Conexos

Capítulo I

Disposições Preliminares

Art. 89. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas.

Capítulo II

Dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes

Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

I - a fixação de suas interpretações ou execuções;

II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

IV - a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem;

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

Art. 91. As empresas de radiodifusão poderão realizar fixações de interpretação ou execução de artistas que as tenham permitido para utilização em determinado número de emissões, facultada sua conservação em arquivo público.

Parágrafo único. A reutilização subsequente da fixação, no País ou no exterior, somente será lícita mediante autorização escrita dos titulares de bens intelectuais incluídos no programa, devida uma remuneração adicional aos titulares para cada nova utilização.

Art. 92. Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista.

Parágrafo único. O falecimento de qualquer participante de obra audiovisual, concluída ou não, não obsta sua exibição e aproveitamento econômico, nem exige autorização adicional, sendo a remuneração prevista para o falecido, nos termos do contrato e da lei, efetuada a favor do espólio ou dos sucessores.

Capítulo III

Dos Direitos dos Produtores Fonográficos

Art. 93. O produtor de fonogramas tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar-lhes ou proibir-lhes:

I - a reprodução direta ou indireta, total ou parcial;

II - a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução;

III - a comunicação ao público por meio da execução pública, inclusive pela radiodifusão;

IV - (VETADO)

V - quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas.

Art. 94. Cabe ao produtor fonográfico perceber dos usuários a que se refere o art. 68, e parágrafos, desta Lei os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e reparti-los com os artistas, na forma convencionada entre eles ou suas associações.

Capítulo IV

Dos Direitos das Empresas de Radiodifusão

Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.

Capítulo V

Da Duração dos Direitos Conexos

Art. 96. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.

Título VI

Das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são Conexos

Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro.

§ 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.

§ 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.

§ 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança.

Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tomará o faltoso inhabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Art. 100. O sindicato ou associação profissional que congregue não menos de um terço dos filiados de uma associação autoral poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão das contas prestadas a seus representados.

Título VII

Das Sanções às Violações dos Direitos Autorais

Capítulo I

Disposição Preliminar

Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis.

Capítulo II

Das Sanções Civis

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.

Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;

II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;

III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;

IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.

Art. 110. Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos.

Capítulo III

Da Prescrição da Ação

Art. 111. (VETADO)

Título VIII

Disposições Finais e Transitórias

Art. 112. Se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.

Art. 113. Os fonogramas, os livros e as obras audiovisuais sujeitar-se-ão a selos ou sinais de identificação sob a responsabilidade do produtor, distribuidor ou importador, sem ônus para o consumidor, com o fim de atestar o cumprimento das normas legais vigentes, conforme dispuser o regulamento.

Art. 114. Esta Lei entra em vigor cento e vinte dias após sua publicação.

Art. 115. Ficam revogados os art. 649 a 673 e 1.346 a 1.362 do Código Civil e as Leis nºs 4.944, de 6 de abril de 1966; 5.988, de 14 de dezembro de 1973, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º; 6.800, de 25 de junho de 1980; 7.123, de

12 de setembro de 1983; 9.045, de 18 de maio de 1995, e demais disposições em contrário, mantidos em vigor as Leis nºs 6.533, de 24 de maio de 1978 e 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Francisco Weffort

Anexo 2. Lei 9.279/96

Lei 9.279, de 14 de maio de 1996

Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Capítulo II

Da Patenteabilidade

Seção I

Das Invenções e dos Modelos de Utilidade Patentáveis

Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

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

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

(...)

Capítulo XIV

Da Invenção e do Modelo de Utilidade Realizado por Empregado ou Prestador de Serviço

Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem 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.

§ 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.

Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa.

Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado.

Art. 90. Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§ 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Art. 92. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.

Art. 93. Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 88, será assegurada ao inventor, na forma e condições previstas no estatuto ou regimento interno da entidade a que se refere este artigo, premiação de parcela no valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, a título de incentivo.

Anexo 3. Acórdão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

TRT-PR-11619-2002-016-09-00-6-ACO-25020-2004-publ-05-11-2004

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, PR**, sendo recorrente **IVONALDO ALEXANDRE** e recorridas **SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA E OUTRA**.

I. RELATÓRIO

Inconformado com a sentença de fls. 342/354, firmada pela Juíza JANETE DO AMARANTE, e complementada pela decisão resolutive de embargos de declaração de fl. 363, recorre o Reclamante às fls. 368/382 pretendendo a aplicação dos artigos 302 a 309 da CLT, inclusive em relação à jornada legal de trabalho, e ao respectivo enquadramento sindical, para a percepção de anuênio previsto nas CCT's juntadas com a inicial; insurge-se também em relação aos salários, aos direitos autorais, pretendendo indenização por danos patrimoniais e morais. Documentos às fls. 389/444.

Contra-razões às fls. 449/459.

O Ministério Público do Trabalho oficiou à fl. 462, não emitindo parecer. Alega que os interesses em causa não justificam a sua intervenção.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Admissibilidade

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, ADMITO o recurso do Reclamante e as contra-razões. ADMITO também os documentos de fls. 389/444, eis que meros subsídios jurisprudenciais.

2. Mérito

EMPRESA JORNALÍSTICA — APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 302 A 309 DA CLT

O Reclamante se inconforma com o entendimento do Juízo de primeiro grau de que não se aplicam a ele os artigos 302 a 309 da CLT, por não ser a Reclamada empresa jornalística. Invoca o inciso X do artigo 2º e o § 2º do artigo 3º, ambos do Decreto nº 83.284/1979, e argumenta que as publicações editadas pelas Reclamadas eram indiscutivelmente destinadas à circulação externa, uma vez que acompanhavam o material didático do Grupo Positivo, bem como as inúmeras escolas que se utilizam dessa didática de ensino. Assim, o Autor alega que, desempenhando as funções de jornalista junto à empresa que tem como finalidade

precípua a edição de revistas, boletins e periódicos, está albergado pelas disposições dos artigos 302 a 309 da CLT. O Reclamante também se inconforma com o segundo fundamento utilizado pela sentença, de que o mesmo não logrou êxito em comprovar o preenchimento dos requisitos legais para a sua qualificação profissional como jornalista. Entende que manter a sentença sob esse fundamento é premiar a torpeza das Rés, uma vez que foi tratado como verdadeiro repórter fotográfico, e que, somente por não possuir a qualificação legal para o exercício da profissão de fotógrafo, lhe foram furtados todos os direitos, principalmente no tocante à jornada reduzida.

Sem razão.

O Decreto-Lei nº 972, de 17/10/1969 — que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista — sofreu, com efeito, nova regulamentação por meio do Decreto nº 83.284, de 13/03/1979. Dispõe o invocado artigo 2º, inciso X:

"Art. 2º. A profissão de Jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:

...

X - execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação; ...". (grifei)

Aqui surge a primeira insubsistência da tese do Autor. Ora, o material fotográfico produzido pelo obreiro não tinha caráter jornalístico. O trabalho do Reclamante consistia em fotografar objetos, paisagens, construções, pessoas ou situações determinados, com o fim específico de ilustrar material didático, fato incontroverso.

Observe-se, ainda, a redação do também invocado parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 972/1969:

"Art. 3º. Considera-se empresa jornalística, para os efeitos deste Decreto, aquela que tenha como atividade a edição de jornal ou revista ou a distribuição de noticiário, com funcionamento efetivo, idoneidade financeira e registro legal.

...

§ 2º. A entidade pública ou privada não jornalística sob cuja responsabilidade se editar publicação destinada a circulação externa está obrigada ao cumprimento deste Decreto, relativamente aos jornalistas que contratar".

Também este dispositivo não socorre a tese do Autor. Ora, a referida "publicação destinada a circulação externa" obviamente deverá ter natureza jornalística. Mas o grupo econômico a que pertencem as Rés — como revela a certidão simplificada juntada à fl. 172 dos autos, fornecida pela Junta Comercial do Paraná — tem como atividade econômica preponderante a educação, sendo que a sua atividade editorial se limita à edição e impressão de livros, ou seja, publicações didáticas ou pedagógicas, que não se confundem com material jornalístico, que

tem como finalidade a divulgação de notícias. Não se aplica ao caso, portanto, o disposto nos artigos 302 a 309 da CLT.

Por fim, é também correta a posição do Juízo primário quanto à ausência de comprovação, pelo Autor, de sua condição profissional de jornalista. Note-se que o já referido Decreto nº 83.284/1979 — invocado pelo próprio Reclamante — passou a exigir o curso superior em jornalismo para o exercício dessa profissão. A única exceção estabelecida é a prevista na Lei nº 7.360/1985, ao ter assegurado o direito dos antigos provisionados, desde que comprovado o exercício da atividade jornalística nos dois anos anteriores à data do Decreto regulamentador nº 91.902/1985, com a finalidade de resguardar o direito adquirido. E nos termos do Decreto nº 91.902/1985, deverão ser preenchidos os requisitos legais para a concessão do registro. Para os profissionais que não possuem curso superior, o requisito é a comprovação do registro anterior como provisionado.

E o Autor não provou a existência de registro como provisionado, o que constitui óbice ao reconhecimento da pretendida condição de jornalista profissional, não se podendo fazer tábula rasa à regulamentação que explicita as condições para a transformação do registro provisionado. Oportuno observar que, como consta de sua CTPS à fl. 29, o Reclamante somente obteve o registro da profissão regulamentada de "jornalista/repórter fotográfico" em 14/09/2000, ou seja, após a rescisão contratual.

Nada a reparar, portanto. MANTENHO a sentença.

JORNADA DE TRABALHO

A tese do Autor é que a atividade desenvolvida era a de fotógrafo, em empresa notadamente ou equiparada à jornalística, em razão do que pretende o reconhecimento de que sua jornada legal máxima é de 5 horas.

Sem razão.

Como já decido no item anterior, o Reclamante não foi reconhecido como jornalista profissional, pelo que não se lhe aplica o artigo 303 da CLT, que estabelece jornada especial de 5 horas para tais empregados.

Nada a reparar. MANTENHO.

ANUÊNIO — MULTA DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 7.284/1984

Os pedidos de anuênio e multa do artigo 9º da Lei nº 7.284/1984 se fundam no alegado enquadramento da Reclamada nas exceções dos artigos 302 e 309 da CLT, que teria como consequência a aplicabilidade das Convenções Coletivas de Trabalho juntadas com a inicial.

Confirmada a impossibilidade de incidência de tais dispositivos celetários, uma vez que não foi reconhecido o Autor como jornalista profissional e tão pouco a Reclamada como empresa jornalística ou equiparada, resta desfundamentada a

pretensão de que sejam aplicadas, ao caso, as disposições constantes nas CCT's colacionadas com a peça de ingresso.

Nada a reparar. MANTENHO.

SALÁRIOS

O Reclamante aduz que até março de 1999 a sua remuneração foi paga pela Sociedade Educacional Positivo, quando então passou a ser paga pela 2ª Reclamada, Editora Nova Didática. Insiste em alegar que sempre houve dois contratos de trabalho simultâneos, com pagamento correspondente somente a um deles. Pretende o reconhecimento e declaração de que lhe é devido um salário por cada contrato de trabalho, e o pagamento de dois salários, em valor equivalente ao piso da categoria de jornalista para cada um deles, ou, sucessivamente, que sejam deferidas diferenças em favor do Autor em razão da não observância do piso salarial de jornalista, na forma nas CCT's juntadas com a inicial e reflexos.

Sem razão.

A prestação de serviços concomitantemente para empresas do mesmo grupo econômico não gera contratos de trabalho distintos, havendo um único contrato, conforme pactuado entre empregado e empregador. A matéria já está pacificada pelo Enunciado nº 129 do TST, *in verbis*:

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Ficou patenteada, no caso, a primeira parte da Súmula, e não foi demonstrada a previsão contida na ressalva. Correta, portanto, a sentença de origem.

E como já decidido anteriormente, não são aplicáveis ao Reclamante as CCT's trazidas aos autos com a inicial, pelo que descabe o pedido de diferenças em função do piso salarial de jornalista.

MANTENHO.

DIREITOS AUTORAIS — INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS

O Autor aduz que a sentença, embora tenha reconhecido a competência desta Justiça Especializada para apreciar os pedidos relativos aos direitos autorais, entendeu, com base no artigo 90 da Lei nº 9.279/1996, que o obreiro não faz jus à indenização pela utilização de suas fotos, por serem estas decorrentes do contrato de trabalho, o que já estaria remunerado pelo salário. Contra essa decisão se insurge o Reclamante, alegando que os direitos autorais, protegidos pela Constituição Federal, são direitos personalíssimos. E que, conforme restou reconhecido em sentença, já a partir do segundo mês de trabalho o Autor passou a desempenhar a função de fotógrafo, produzindo várias fotos que ilustravam as

apostilas das Rés. Argumenta que o Juízo primário sequer analisou a incidência da Lei nº 5.988/1973, bem como as recentes alterações da Lei nº 9.610/1998, que são específicas para os direitos autorais, baseando-se no entendimento da Lei nº 9.279/1996, que se refere à propriedade industrial. Alega que, para que fosse aplicável, por analogia, a Lei nº 9.279/1996, seria necessário o vazio no regramento dos direitos autorais. Mas que, no caso, há legislação específica, ou seja, as Leis nºs 5.988/1973 e 9.610/1998, que deveriam ser aplicadas, uma vez que regulam diretamente a matéria. O Reclamante alega, ainda, que, conforme redação do artigo 21 da Lei 5.998/1973, o mesmo detém direitos tanto patrimoniais como morais sobre a sua obra, e que esta Lei regulou o seu contrato de labor, até que fosse editada a Lei nº 9.610/1998. Requer, assim, a condenação das Rés ao pagamento dos seus direitos patrimoniais sobre sua obra, com fulcro nos artigos 5º, inciso XXVII, da CF, 29 e 36 da Lei nº 5.998/1973, uma vez que as fotografias foram usadas pelas Reclamadas visando sempre o lucro. E pretende, também, o reconhecimento dos direitos morais sobre a obra, com base nos artigos 25, 82 e 126 da Lei nº 5.988/1973, e nos artigos 24, 79 e 108 da Lei nº 9.610/1998, pugnando por indenização decorrente da violação do direito de ver o seu nome inscrito nas fotografias produzidas, além da inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação em Curitiba, dando ciência de que o Recorrente foi o autor das fotografias em questão.

Pois bem. O período imprescrito de vínculo é de 27/06/1997 a 01/08/2000, sendo que a Lei nº 5.988/1973 foi revogada pela Lei nº 9.610/1998, publicada em 20/02/1998. Logo, ao contrato de trabalho no período de 27/06/1997 até 19/02/1998 aplicar-se-ia a Lei nº 5.988/1973, e, ao restante do vínculo, a Lei nº 9.610/1998.

E segundo o artigo 6º da Lei nº 5.988/1973 "*São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: ... VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística; ...*". (grifei)

Ora, ficou claro nos autos, inclusive pelos termos da inicial, que as fotos produzidas pelo Autor eram encomendadas pelas Rés e obedeciam a especificações previamente determinadas, retratando objetos, pessoas, animais, construções, paisagens ou situações, com a destinação de ilustrar material didático.

Assim, tal material fotográfico sequer se adapta à definição legal do *caput* do artigo 6º da Lei nº 5.988/1973, acima transcrito, pois não se pode entender as fotografias encomendadas como "criações do espírito", e, portanto, "obras intelectuais"; e muito menos se enquadram na definição do inciso VII desse artigo, pois certamente tais fotografias não podem ser consideradas uma "criação artística", pelo que não se reconhece que tenha o Autor "obra intelectual" a ser protegida com fulcro na Lei nº 5.988/1973.

A Lei nº 9.610/1998, que revogou a anterior, passou a prever em seu artigo 7º: "*São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer*

meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: ... VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; ...".

Embora parcialmente alterada a redação do inciso VII, permanece a conclusão já esposada de que não se pode considerar o material fotográfico produzido pelo Autor, objeto de seu contrato de trabalho, como "criação do espírito", e portanto, como "obra intelectual", objeto de proteção legal. Ressalte-se que o Juízo primário reconheceu que a partir do segundo mês da contratação o Reclamante passou a desempenhar a função de fotógrafo, utilizando-se de equipamentos e recursos da empregadora, na produção de fotografias que atendiam a especificações fornecidas por esta, para o fim único de ilustrar publicações didáticas. Assim, o material produzido decorria da atividade normal do empregado, não podendo ser considerado "criação do espírito", e, em consequência, "obra intelectual" a ser protegida nos moldes legais.

Nada a deferir. MANTENHO a sentença, ainda que por diversa fundamentação.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR O RECURSO DO RECLAMANTE** e as contra-razões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 20 de outubro de 2004.

SUELI GIL EL RAFIHI

Relatora

Anexo 4. Acórdão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

ACÓRDÃO-1ªT-Nº 0651901

TRT/SC/RO-V 988/200

REPÓRTER FOTOGRAFICO. PUBLICAÇÃO DE FOTOS. AUTORIA. O repórter fotográfico está incluído na profissão jornalística e as fotografias são obras intelectuais, sendo, na sua publicação, indispensável a indicação correta da sua autoria.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO**, provenientes da 3ª Vara do Trabalho de Florianópolis, SC, sendo recorrentes 1. A NOTÍCIA S.A. EMPRESA JORNALÍSTICA e ROSANE TALAYER DE LIMA e recorridas AS MESMAS.

Recorrem as partes da sentença que condenou a reclamada ao pagamento das seguintes parcelas: a) diferenças salariais; b) horas extras; c) remuneração dos domingos e feriados trabalhados; d) horas de sobreaviso; e) reflexos; f) indenização por danos morais.

Os embargos declaratórios ajuizados pela reclamante às fls. 244/245 foram acolhidos para determinar que nos períodos em que inexistia documento de controle de horário as horas extras sejam calculadas pela média dos últimos doze meses.

Novos embargos declaratórios foram opostos pela reclamante (fls. 251/252), os quais foram acolhidos para determinar que nos períodos em que inexistia documento de controle de jornada fossem computados no cálculo todos os feriados e apenas dois domingos por mês.

A reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento das diferenças salariais, ao argumento de que a reforma da sentença normativa pelo c. TST tem efeito *ex tunc*, pelo que não há como determinar o seu cumprimento.

Alega que é indevido o pagamento das horas extras e que a regra especial que estipula a jornada de 5 horas para o repórter-fotográfico não foi recepcionada pelo art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República. Assevera que não foi extrapolado o limite de 5 horas diárias e que as eventuais horas extras foram pagas ou incluídas no banco de horas. Pretende sejam excluídos da

condenação os períodos de intervalo consignados nos controles de horário e, na ausência de registro, de 20 minutos diários, consoante a prova testemunhal. Assevera, outrossim, a nulidade das cláusulas normativas que instituíram os adicionais de horas extras em percentual superior ao legal, ao argumento de que extrapolam o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Diz o seguinte: os domingos e feriados trabalhados eram compensados ou pagos em dobro; a reclamante não estava sujeita ao regime de sobreaviso; ela não comprovou ter sido publicada fotografia sem a indicação de crédito; a ausência da indicação configura mera irregularidade, não ensejando indenização por dano moral. Sucessivamente, requer seja reduzida a indenização para R\$ 14,00, valor que corresponde ao recebido pela produção de fotografias.

Assevera que a reclamante está obrigada ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes nos créditos reconhecidos em Juízo e, por fim, que não foram preenchidos os requisitos disciplinados na Lei nº 5.584/70.

A reclamante, por sua vez, busca o reconhecimento do vínculo de emprego do período de 03.01.96 a 31.5.96, alegando que a prova da existência de relação de caráter diverso cabia à reclamada.

Postula também o pagamento das horas extras explicitadas na exordial, ao argumento de que a prestação de jornadas elasticizadas restou confirmada pela prova testemunhal. Salienta que a reclamada não carrou para os autos os controles de jornada de toda a contratualidade e que os poucos controles juntados ou consignam horários invariáveis ou estão sem marcação.

Aduz que o adicional de equipamento fotográfico foi reduzido unilateralmente a partir de 03.3.97 e que, embora a reclamada tenha satisfeito o pagamento das diferenças, sobre essa parcela não fez incidir os juros e a correção monetária.

Requer seja indenizada pela adulteração de foto, mediante a inserção de selo de publicidade, pela venda de fotos a terceiros e pela utilização em matérias pagas.

A reclamada, complementando o recurso ordinário às fls. 292/294, alega ser indevido o pagamento, em dobro, dos domingos e feriados, uma vez que no período em que não foram juntados os controles de horários os domingos trabalhados eram compensados com folga no sábado seguinte e os feriados não gozados eram pagos em dobro.

Contra-razões são apresentadas pelas partes, tendo a reclamada suscitado a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada para apreciar e julgar o pedido de indenização por dano moral.

O Ministério Público do Trabalho declara ser desnecessária a sua intervenção no processo.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos recursos e das contra-razões, hábeis e tempestivos.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A reclamada argúi, nas contra-razões, a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada para apreciar e julgar o pedido de indenização por dano moral.

Assevera que compete à Justiça do Trabalho julgar ações que buscam a indenização por danos morais, resultante da lesão pela prática de ato ilícito imputada a empregado. Esse entendimento foi referendado por decisão do c. Supremo Tribunal Federal (proc: RE nº 0238737 UF SP).

Rejeito, pois, a preliminar.

M É R I T O

RECURSO DA RECLAMADA

I - REAJUSTES SALARIAIS

A empregadora foi condenada ao pagamento de diferenças salariais a partir de 1º.5.99 pela inobservância do percentual de reajuste de 3,88%, previsto na sentença normativa proferida na ação coletiva nº 1640/99, sob o fundamento de que os direitos do trabalhador, instituídos por sentença normativa, operam-se com eficácia *ex nunc* e que a decisão posteriormente alterada não retroage em prejuízo do trabalhador, já que assegurada a sua execução, independentemente do trânsito em julgado.

A reclamante visa ao cumprimento da cláusula 1ª da sentença normativa proferida nos autos do DC-REV nº 1640/99 (fls. 106//119).

A cláusula referenciada prevê o seguinte:

Cláusula primeira - REAJUSTE SALARIAL - Os salários dos integrantes da categoria profissional

serão reajustados a partir de 1º.05.99 pela aplicação do índice correspondente a 3,88%, compensados os adiantamentos legais ou espontaneamente pagos no período, salvo os decorrentes de promoção, término de aprendizagem, transferência de cargo, função, estabelecimento ou localidade e equiparação salarial determinada por sentença transitada em julgado.

A sentença normativa vigorou de 1º.5.99 a 30.4.2000, período em que se baseia a postulação da reclamante relativamente ao pagamento das diferenças, e a reclamada não comprovou a suspensão dos efeitos da sentença ou a sua reforma pelo c. TST.

Pelo que, mantenho a condenação no particular.

II - HORAS EXTRAS

Não se conforma a demandada com a obrigação de pagar as horas extras.

Assevera que a regra especial que estipula a jornada de 5 horas para o repórter-fotográfico não foi recepcionada pelo art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República, bem assim que não foi extrapolado o limite de 5 horas, e que as eventuais horas extras foram pagas ou incluídas no banco de horas. Pretende sejam excluídos da condenação os períodos de intervalo consignados nos controles de horário e, na ausência de registro, os 20 minutos diários, consoante esclareceu a prova testemunhal. Aduz a nulidade das cláusulas normativas que instituíram os adicionais de horas extras em percentual superior ao legal, ao argumento de que extrapolam o poder normativo da Justiça do Trabalho.

O disposto no art. 7º, inc. XIII, da Carta Magna é regra geral (as exceções decorrem de lei) e fixa em oito horas a jornada normal máxima de trabalho. Entretanto, relativamente ao repórter-fotográfico, a jornada é especial e se encontra estabelecida no art. 302 da CLT, que a fixa em 5 horas, salvo negociação coletiva, quando a jornada poderá ser elevada até 7 horas (art. 304, *caput*, da CLT).

O argumento de que não foi extrapolado o limite de 5 horas diárias e de que as eventuais horas extras foram pagas ou incluídas no banco de horas não corresponde à realidade.

Os controles de horário, consignando jornadas variáveis, informam que não houve o pagamento ou a compensação da totalidade das horas extras. Ademais, o acordo coletivo que teria autorizado o banco de horas nem sequer foi carregado para os autos.

A exclusão dos períodos de intervalos consignados nos controles de horários foi determinada pela sentença. Já o pedido de exclusão de 20

minutos diários, quando da ausência de registro, não merece ser acolhido, uma vez que os registros de horários com jornadas variáveis foram considerados fidedignos e a prova testemunhal não demonstra a fruição dos intervalos não anotados.

A nulidade das cláusulas normativas que instituíram adicionais de horas extras em percentual superior ao legal também inexistente.

De acordo com o disposto no art. 114, § 3º, da Constituição da República, o poder normativo desta Justiça Especializada deve respeitar as disposições convencionais e legais mínimas de proteção do trabalhador, não obstante que outras, de maior amplitude, sejam estabelecidas pela Justiça do Trabalho, no exercício do seu poder normativo, ao julgar os conflitos coletivos de trabalho.

Mantenho, pois, a sentença nesse item.

III - DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS

O registro eletrônico de ponto (fl. 159), relativo ao período de 29.01.98 a 28.02.98, demonstra que a reclamante usufruiu apenas dois dias de descanso no interregno, enquanto que o recibo de salário respectivo não registra o pagamento em dobro dos domingos trabalhados (fl. 187).

Está, pois, correta a sentença que condenou a reclamada ao pagamento dos domingos e feriados trabalhados em dobro, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.

IV - HORAS DE SOBREAVISO

Aduz a reclamada que a reclamante não estava sujeita ao regime de sobreaviso.

No entanto, como bem assinalou o Juízo de 1º grau, a prova testemunhal (fls. 230/231) confirma o trabalho em regime de sobreaviso. A própria testemunha da reclamada esclareceu que *a empresa adotava o sistema de sobreaviso* (fl. 231).

Ora, o empregado que está sujeito à convocação permanece à disposição do empregador. Assim, faz jus a obreira ao pagamento do adicional de sobreaviso, por aplicação analógica do disposto no art. 244, § 2º, da CLT.

V - DANO MORAL

Em face da ausência da indicação da autoria na edição de foto, a reclamada foi condenada a indenizar a reclamante pelo dano moral sofrido, no importe de R\$ 500,00.

A empregadora diz que a reclamante não comprovou a publicação de fotografia sem a indicação de crédito e que a ausência da indicação configura mera irregularidade. Sucessivamente, requer seja reduzida a indenização para R\$ 14,00, valor recebido pela produção de fotografias.

Equivoca-se, porém, a demandada.

A infração ao direito moral da autora encontra-se demonstrada através da publicação de fl. 59, que não aponta a autoria da fotografia.

De acordo com preceito contido no art. 7º, VII, da Lei nº 9.610/98, as obras fotográficas são obras intelectuais legalmente protegidas, *verbis*:

Art. 7º . São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

.....

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

O art. 22 do mesmo diploma legal também estabelece que:

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

O art. 24, por sua vez, estatui:

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;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

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 a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Pondero, outrossim, que § 1º do art. 79 estabelece que a fotografia utilizada por terceiro deve indicar o nome do autor, *verbis*:

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.

Não bastassem as normas referenciadas, também estatui a lei de direitos autorais que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, *verbis*:

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Logo, não constitui mera irregularidade a publicação de fotografia sem a indicação do crédito em jornal de ampla circulação, mas violação de direito moral da autora, já que é imperativo legal que a fotografia, quando divulgada, tenha a identificação correta de sua autoria.

Por fim, não encontra amparo o pedido que visa a reduzir o valor da indenização para R\$ 14,00, já que o valor recebido pela produção de fotografias poderia ser parâmetro para a compensação do dano material, mas não para indenização do dano moral.

Outrossim, inexistente lei que regule, objetivamente, o valor atribuído ao dano moral, o que implica aplicação do disposto no art. 1553 do CC.

Afasto, pois, a pretensão da reclamada nesse aspecto.

VI - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS

A reclamada insurge-se contra a determinação contida na sentença que a responsabilizou exclusivamente pelos descontos previdenciários.

A Lei nº 8.212/91, art. 33, § 5º, atribui à empresa a responsabilidade pela arrecadação e recolhimento da contribuição do empregado, mas em momento algum afasta a obrigação de o obreiro arcar com a sua parcela, quando do efetivo pagamento. O art. 43 estabelece que, nas ações trabalhistas, o Juiz determinará o “imediato recolhimento”. Inexiste a transferência da responsabilidade do encargo do empregado para o empregador; apenas há a confirmação da obrigação pela arrecadação. Entretanto, as alíquotas e o teto devem respeitar a época própria em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados.

Os descontos referenciados, assim, deverão ser realizados pelo regime de competência, ou seja, mês a mês. Nesse sentido, é claro o Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3.038, de 06.05.99, ao prever no seu art. 276, § 4º, que *a contribuição do empregado no caso de ações trabalhistas será calculada, mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição.*

Esse critério já havia sido expressamente previsto na Ordem de Serviço INSS/DAF nº 193/98, que assim dispõe: *Quando constar discriminadamente o valor das parcelas correspondentes a cada mês, aplicando-se as alíquotas previstas, de acordo com a faixa salarial, observado o limite máximo do salário contribuição.*

Diante da expressa disposição legal a respeito da matéria, autorizo os descontos previdenciários pelo regime de competência, ou seja, mês a mês, observada a proporcionalidade entre as partes, as alíquotas e isenções vigentes.

VII - HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Embora a reclamante tenha declarado, no item *n* da petição inicial (fl. 19), não possuir condições financeiras para arcar com as custas processuais, ela não carrou para os autos a credencial sindical, sendo que a

procuração de fl. 21, lavrada em papel timbrado da entidade, não supre essa ausência.

Assim, excluo da condenação os honorários assistenciais.

Ex positis, dou provimento parcial ao recurso da reclamada para autorizar os descontos previdenciários pelo regime de competência, ou seja, mês a mês, observada a proporcionalidade entre as partes, as alíquotas e as isenções vigentes e para excluir da condenação os honorários assistenciais.

RECURSO DA RECLAMANTE

I - VÍNCULO DE EMPREGO

A demandante postula o reconhecimento do vínculo de emprego do período de 03.01.96 a 31.5.96.

Pondero que ao empregado incumbe o ônus da prova do fato constitutivo do direito pleiteado quando alega a existência de vínculo empregatício com a reclamada, a teor do explicitado no art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, II, do CPC.

Entretanto, na sua defesa, a reclamada admitiu a prestação de trabalho, alegando como fato impeditivo o trabalho autônomo (fl. 136).

Ocorreu, assim, a inversão do ônus da prova, já que restou reconhecida a prestação de trabalho, de modo que à reclamada cabia provar de forma cabal a existência de trabalho de natureza autônoma para afastar o vínculo de emprego. Inexistindo essa prova, impõe-se o reconhecimento do vínculo alegado na inicial.

Pondero também que a testemunha Lara Viviane da Silva de Lima, que foi empregada da reclamada no período de março/96 a julho/99, confirmou que, *quando da sua admissão, a reclamante já era fotógrafa da recorrida* (fl. 230), o que comprova a subordinação à demandada.

Registro, por fim, que os documentos de fl. 44 comprovam a continuidade da prestação laboral nos meses de março a maio/96.

Dessarte, declaro a existência do vínculo de emprego do período de 03.01.96 a 31.5.96 e acresço à condenação o pagamento das diferenças de 13º salário, férias com 1/3 e FGTS não recolhido.

II - HORAS EXTRAS

A sentença de 1º grau deferiu o pagamento das diferenças de horas extras, assim consideradas as excedentes da 5ª diária (jornada especial assegurada ao jornalista), acrescidas do adicional cabível, a serem apuradas através dos registros de jornada.

A demandante postula o pagamento das horas extras inadimplidas na exordial, ao argumento de que elas foram confirmadas pela prova testemunhal. Observa que a reclamada não carrega para os autos os controles de jornada de toda a contratualidade e que os poucos controles juntados ou consignam horários invariáveis ou estão sem marcação.

As fichas de controle de horário eletrônico (fls. 152/154), efetivamente, consignam a jornada invariável das 15h às 20h, sendo que os registros de fls. 155/179 também apontam muitos dias de trabalho sem marcação.

Outrossim, a reclamada não juntou os controles de horários do período de 28.8 a 27.9/97, de 28.10 a 27.11/97, de 27.12 a 28.01/98, de 29.7 a 28.8/98, de 29.8 a 28.9/98 e de 29.10 a 29.12/98.

Tenho decidido que os registros de horários, que consignam horários invariáveis de entrada e saída do trabalho são imprestáveis como meio de prova, ante a manifesta impossibilidade de o empregado iniciar e findar a sua jornada sempre no mesmo horário, resultando evidente, em se tratando de controle eletrônico, a manipulação pelo empregador desses registros, pelo que, salvo prova contrária existente nos autos, deve prevalecer a jornada apontada na exordial. Relativamente aos dias em que não há marcação de ponto por ausência do registro, assim como quanto aos períodos em que não foram trazidos os registros de jornada, é aplicável o mesmo raciocínio, já que a ausência de prova em contrário faz prevalecer a jornada apontada na exordial.

A prova oral, entretanto, confirma a prestação de jornada inferior à alega na peça vestibular.

Nesse particular, pondero que, de acordo com o depoimento da testemunha Cléia Cionia Schmitz (fl. 231), a que trabalhou com a reclamante cerca de um ano e meio (de setembro/97 a março/98), a recorrente cumpria jornada das 9h às 15h30min.

Os registros eletrônicos de ponto demonstram, por sua vez, que a demandante trabalhou nesse turno até o mês de agosto/98, época em que passou a iniciar a sua jornada no período da tarde (fls. 164/165).

Registro, porém, que no período de outubro/96 ao início de 1999 a reclamante limitou na exordial o cumprimento da jornada das 9h às 15h.

Já a testemunha Amilcar Oliveira da Rosa afirmou que trabalhou com a reclamante das 14h às 20h, e que, segundo ele, os registros eletrônicos ocorreram até o mês de julho/99, quando tornou a iniciar sua jornada pelo período da manhã (fls. 172/173).

Pondero, por fim, que as testemunhas Lara Viviane da Silva de Lima e Cléia Cionia Schmitz confirmaram o trabalho em finais de semana alternados (fls. 230/231).

Em face do exposto, reformo parcialmente a sentença para acrescentar à condenação o pagamento de uma hora extra ao dia, de segunda a sábado, com o adicional convencional, e reflexos nos repousos semanais remunerados, nas férias com 1/3, nos 13ºs salários, no FGTS e na indenização compensatória de 40%, bem como o pagamento em dobro dos domingos trabalhados e não compensados.

III - ADICIONAL DE EQUIPAMENTO FOTOGRAFICO

O presente pedido foi julgado improcedente pelo Juízo *a quo*, ao argumento de que o adicional foi estabelecido através do DC-REV 204/98 apenas no período de 1º.5.98 a 30.4.99.

A reclamada, porém, efetuou o pagamento do adicional de equipamento fotográfico no percentual de 40% até março/97, quando o reduziu unilateralmente, assim procedendo até o mês de dezembro/99.

Os recibos de salário (fl. 96) informam que a empresa pagou as diferenças pelo valor nominal, apuradas à fl. 204. Ambos os documentos foram juntados pela reclamada.

Como bem acentua a reclamante, não houve incidência de juros e correção monetária sobre os valores devidos, pelo que votei no sentido de deferir o pagamento das diferenças postuladas na exordial.

Todavia, fiquei vencido nesse aspecto pela maioria dos Ex^{mos}. Juízes integrantes desta e. Turma, que manteve a sentença originária nesse tópico, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

IV - INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Pleiteia a reclamante o pagamento de indenização por dano patrimonial e por dano moral, equivalente a R\$ 400,00 por fotografia de sua autoria, publicada em violação à Lei nº 9.610/98.

Fundamenta o pedido na adulteração de fotos pela reclamada, na venda de espaço publicitário na própria fotografia, na utilização de suas fotos em matérias pagas e na comercialização para terceiros sem autorização.

Amparando o seu pleito nos arts. 22, 24, 28 e 29, I, da Lei nº 9.610/98, junta os recortes de jornais das fotos que diz terem sido publicadas irregularmente.

Ao contestar a ação, a recorrida não nega a autoria das fotos e afirma que o seu procedimento tem amparo na legislação mencionada e no contrato de trabalho, ocorrendo a cessão em favor da empregadora de todos os direitos da autora, inclusive permitindo a sua utilização em campanhas publicitárias, peças gráficas e matérias de divulgação, bem assim a inserção em quaisquer veículos de comunicação. Acrescenta que não alterou as fotografias e que também não as comercializou, sendo que a publicação em outros veículos ocorreu por autorização da demandante, tanto que constaram dos respectivos créditos.

Observo que no contrato de experiência, lançado à fl. 146 (prorrogado por prazo indeterminado) e consubstanciado em formulário-padrão, inexistem as previsões contratuais sinaladas pela reclamada, no sentido de que as fotografias poderiam ser por ela aproveitadas a qualquer tempo, ou transferidas para terceiros, inexistindo, assim, especificação a respeito do meio de publicação que seria utilizado.

Em consonância com o disposto no art. 28 da Lei nº 9.610/98, *cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Já o explicitado no art. 29, I, da mesma norma legal, prevê que a reprodução parcial ou integral depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades.*

Registro, outrossim, que o art. 31 da Lei de Direitos Autorais preceitua que as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Dessarte, é totalmente improcedente o argumento de que ocorreu a cessão em favor da empregadora de todos os direitos da autora, permitindo a sua utilização em campanhas publicitárias, peças gráficas e matérias de divulgação, bem assim a inserção em quaisquer veículos de comunicação.

A inserção de publicidade nas fotografias constitui alteração do original e exploração da obra para fins diversos do contratado, ensejando indenização por dano moral.

O inc. II do art. 79 da Lei nº 9.610/98 dispõe ser vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja conforme com o original, salvo autorização do autor, *verbis*:

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

Através da comercialização de fotos sem autorização para o jornal da CELESC (fl. 50) e para o jornal EM PAUTA (fl. 54) a reclamada também feriu direito patrimonial e moral da reclamante: *patrimonial*, porque diante da ausência de autorização somente a reclamante poderia ceder as suas fotos; *moral*, diante do sofrimento causado pela reprodução indevida da sua obra.

Consoante já exposto, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo a reprodução parcial ou integral de autorização prévia e expressa do autor (arts. 28 e 29, I, da Lei nº 9610/98).

Assim, com fundamento no art. 1553 do Código Civil, arbitro a indenização por danos morais no importe de R\$ 4.000,00, relativa à cedência indevida de fotos e à inserção de publicidade.

Os valores são fixados considerando a intensidade do dano causado, a capacidade financeira da reclamada, o caráter pedagógico da medida, a repetição dos ilícitos e a necessidade de coibi-los.

A cessão de foto à revista ISTO É não foi comprovada pela reclamante.

A indenização patrimonial decorrente da cedência indevida de fotografias é fixada em R\$ 14,00 por fotografia cedida, considerando que os jornais eram direcionados e de pequena circulação e ter sido esse o valor reconhecido pela reclamada na contestação.

Já em relação à utilização de fotos no suplemento especial, bem decidiu a sentença hostilizada que isso não caracteriza comercialização indevida, sendo legítima a utilização nos suplementos do jornal.

Pelo que, condeno a reclamada ao pagamento da indenização por danos morais de R\$ 4.000,00 e patrimoniais no valor de R\$ 14,00 por fotografia cedida, os quais deverão ser convertidos na fase de liquidação de sentença.

Ex positis, foi dado provimento parcial ao recurso da reclamante para declarar o vínculo de emprego no período de 03.01.96 a 31.5.96 e acrescer a condenação o pagamento das diferenças de 13º salário, férias com 1/3, FGTS não recolhido, bem como o pagamento de uma hora extra ao dia, de segunda a sábado, com o adicional convencional, e reflexos nos repousos semanais remunerados, férias com 1/3, 13ºs salários, FGTS e indenização compensatória de 40%, além do pagamento em dobro dos domingos trabalhados e não compensados; indenização por danos morais de R\$ 4.000,00 e patrimoniais no valor de R\$ 14,00 por fotografia cedida, os quais deverão ser convertidos na fase de liquidação da sentença.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, CONHECER DOS RECURSOS; por igual votação, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar o pedido de indenização por dano moral. No mérito, sem divergência, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA para autorizar os descontos previdenciários, pelo regime de competência, ou seja, mês a mês, observada a proporcionalidade entre as partes, as alíquotas e as isenções vigentes, e para excluir da condenação os honorários assistenciais. Por maioria de votos, vencidos, parcialmente, em matérias diversas, os Ex.^{mos} Juízes Relator e Revisora, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMANTE para declarar o vínculo de emprego no período de 03 de janeiro de 1996 a 31 de maio de 1996 e para acrescentar à condenação o pagamento de diferenças de décimo terceiro salário, férias com o terço constitucional e FGTS não recolhido; o pagamento de uma hora extra ao dia de segunda a sábado, com o adicional convencional, e reflexos nos repousos semanais remunerados, férias com o terço constitucional, décimos terceiros salários, FGTS e indenização compensatória de 40% (quarenta por cento); o pagamento em dobro dos domingos trabalhados e não compensados; indenização por danos morais de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e patrimoniais no valor de R\$ 14,00 (quatorze reais) por fotografia cedida, os quais deverão ser convertidos na fase de liquidação de sentença. Arbitrar o valor provisório da condenação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 15 de maio de 2001, sob a Presidência do Ex.^{mo} Juiz C. A. Godoy Ilha (Relator), as Ex.^{mas} Juízas Lourdes Dreyer e Licélia Ribeiro (Revisora). Presente a Ex.^{ma} Dr.^a Viviane Colucci, Procuradora do Trabalho.

Florianópolis, 28 de junho de 2001.

C. A. GODOY ILHA

Relator

Anexo 5. Acórdão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Ac.-1ªT-Nº 06813 /2003

RO-V 01155-2000-030-12-00-8

6976/2002

DIREITO AUTORAL. REPÓRTER FOTOGRÁFICO. A comercialização das fotos e a inserção de logotipos publicitários na obra produzida, não previstas expressamente no contrato de trabalho, nem autorizadas pelo autor, implica na indenização por danos morais e patrimoniais. A Lei de Direitos Autorais destina-se à proteção dos direitos derivados da propriedade intelectual e especifica claramente as formas de transferência desses direitos, não permitindo interpretação que prejudique o destinatário da norma: o criador da obra literária, artística ou científica. Nesse contexto deve ser interpretada, a teor do que dispõe seu art. 49, inc. VI.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO**, provenientes da 4ª Vara do Trabalho de Joinville, SC, sendo recorrente **JERÔNIMO AIRTON CARDOSO DO CARMO** e recorrida **A NOTÍCIA S.A. EMPRESA JORNALÍSTICA**.

O Juízo de primeiro grau (fls. 272-282) declarou a incompetência material desta Justiça Especializada para apreciar e julgar os pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de violação da Lei de Direito Autoral. Além disso, julgou parcialmente procedentes as demais reivindicações, condenando a ré ao pagamento de horas excedentes da 5ª diária, e reflexos, observados os adicionais convencionais, com base nos cartões-ponto e, em relação aos meses sem anotação, na média dos registros dos últimos seis meses, bem como no horário fixado em razão dos Festivais de Dança, autorizada a compensação dos valores pagos sob o mesmo título; domingos e feriados trabalhados, em dobro, e reflexos; adicional noturno sobre as horas trabalhadas após as 22h, compensados os valores pagos; diferenças salariais do DC nº 1.640/99, e reflexos; FGTS com a indenização compensatória de 40%, sobre as verbas deferidas, exceto férias. Também condenou a ré ao pagamento de

honorários assistenciais no valor de 15% sobre a condenação. Autorizou os descontos fiscais e previdenciários pelo regime de competência.

Indeferiu os pedidos de equiparação salarial, por concluir que o trabalho do paradigma era de melhor qualidade; diferenças salariais do DC nº 2.041/98, ante a suspensão, pelo TST, dos efeitos da cláusula assecuratória dessa verba.

A ré interpôs recurso ordinário (fls. 286-295). Disse que os efeitos da sentença normativa foram suspensos, conforme admitido pelo próprio autor em sua manifestação sobre os documentos, o que supre a ausência de prova formal dos fatos. Insurgiu-se contra a condenação em horas extras, afirmando que (a) a norma que assegura a jornada de cinco horas para repórter-fotógrafo não foi recepcionada pela Constituição da República; (b) as horas extras foram pagas ou compensadas pelo banco de horas; (c) não há prova de trabalho extraordinário nos Festivais de Dança; (d) são nulas as normas coletivas que estabelecem adicional superior a 50% para as horas extras, por extrapolarem o poder normativo da Justiça do Trabalho. Disse que o autor fruía pelo menos uma folga semanal e que os feriados laborados foram quitados. Alegou que nos registros de ponto não consta a prestação de serviços no horário noturno, acrescentando que, mesmo se tivesse anotação de trabalho, os contracheques provam o pagamento. Pretendeu que as verbas reflexas sejam excluídas da condenação, porque acessórias das principais objeto do recurso. Aduziu que não foram preenchidos os requisitos legais da Lei nº 5.584/70, devendo ser excluída da condenação a verba honorária.

O autor também recorreu ordinariamente (fls. 298-300). Disse que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar o pedido de danos morais e patrimoniais pela utilização indevida do material fotográfico produzido pelo autor, pleiteando a condenação da ré na indenização correspondente. Afirmou que a prova colhida não desconstitui o direito à equiparação salarial, uma vez que demonstrada a identidade da prestação de serviços entre paradigma e paragonado.

A ré apresentou contra-razões (fls. 304-310), defendendo o acerto da sentença revisanda.

O Ministério Público do Trabalho emitiu parecer unicamente sobre a questão da competência, sendo favorável à manutenção do julgado que declarou a incompetência material (fls. 316-318).

Os autos vieram ao TRT (fl. 323, v) e esta Turma reconheceu a competência desta Justiça Especializada para apreciar e julgar o pedido de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de violação de direito autoral correlato ao contrato de trabalho e determinou o retorno dos autos à Vara de origem para julgamento do processo.

O Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e patrimoniais (fls. 337-343), sob o fundamento de que não houve violação aos direitos autorais do reclamante.

O autor complementou o recurso ordinário, apresentando razões recursais (fls. 347-360).

Não foram ofertadas contra-razões complementares.

O Ministério Público do Trabalho não interveio no feito (fl. 365).

V O T O

Tempestivos os apelos (fls. 284, v e 344), regulares as representações (fls. 161 e 20), pagas as custas processuais (fl. 296) e devidamente efetuado o depósito recursal (fl. 297), estão satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade. Conheço dos recursos ordinários e das contra-razões (fl. 311, v).

RECURSO DA RÉ

DIFERENÇAS SALARIAIS

Na sentença revisanda, foram deferidas diferenças salariais decorrentes da não-observância do Dissídio Coletivo nº 1640/99.

A recorrente diz que os efeitos da sentença normativa foram suspensos, conforme admitido pelo próprio autor em sua manifestação sobre os documentos, o que supre a ausência de prova formal dos fatos.

Verificando a manifestação do autor acerca dos documentos (fl. 246), constato que em momento algum ele admitiu a suspensão dos efeitos do Dissídio Coletivo nº 1640/99, mas, pelo contrário, alertou que a ré não fez prova de suas alegações.

De fato, não há prova nos autos de que o TST tenha suspendido os efeitos do referido dissídio, o que impõe a manutenção do julgado, porque não observadas as cláusulas normativas.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS

O Juízo **a quo** condenou a ré ao pagamento de horas extras laboradas depois da 5ª diária, e reflexos, observados os adicionais convencionais e a apuração pela média dos últimos seis meses para aqueles em que não foram juntados aos autos os registros de horário, ao argumento de que (a) são válidos os registros feitos nos cartões-ponto, com exceção dos períodos relativos aos Festivais de Dança; (b) o banco de horas não pode ser aceito, porque não previsto em norma convencional; (c) a prova indica trabalho nos Festivais de Dança, em dias alternados e no horário das 19h às 24h; (d) não há pedido relativo ao intervalo intrajornada; (e) são aplicáveis as normas coletivas (fls. 68-139), porque não suspensa a eficácia das cláusulas relativas às horas extras e a Constituição Federal reconhece o valor jurídico e estimula a negociação coletiva. Autorizou a compensação dos valores pagos sob o mesmo título.

A irresignação recursal reside nos seguintes aspectos: (a) a norma que assegura a jornada de cinco horas para repórter-fotógrafo não foi recepcionada pela Constituição da República; (b) as horas extras foram pagas

ou compensadas pelo banco de horas; (c) não há prova de trabalho extraordinário nos Festivais de Dança; (d) são nulas as normas coletivas que estabelecem adicional superior a 50% para as horas extras, por extrapolarem o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Em relação à carga horária do empregado repórter-fotógrafo, o art. 303 da CLT, que estabelece que a duração normal do trabalho não poderá exceder de cinco horas, foi recepcionado pelo texto constitucional.

A interpretação teleologia do art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República sugere que o texto constitucional impede que se estabeleça carga horária semanal acima de 44 horas, fixando um limite máximo para todas as categorias, mas admitindo a adoção de número de horas inferior a esse, recepcionando, assim, as normas especiais de tutela do trabalho que fixem menor tempo de trabalho.

Isso porque o legislador constituinte objetivou a redução da jornada de trabalho até então cumprida, inspirado, certamente, na evolução tecnológica e na necessidade de abertura de novos postos de trabalho.

Quanto ao alegado banco de horas, não há acordo escrito nem previsão em convenção coletiva ou sentença normativa que legitime essa prática.

A compensação dentro do banco de horas de que cogita o § 2º do art. 59 da CLT, com a redação da Medida Provisória nº 1.779/98 e suas reedições (última nº 2.164-41/2001), que instituiu a jornada de trabalho flexível, somente tem validade quando implantada através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, observadas as diretrizes e normas nele traçadas.

A prova da existência de horas extras não pagas está bem demonstrada na manifestação do autor quanto à prova documental (fl. 243): no mês de fevereiro de 1998, a jornada normal foi excedida em quarenta e nove horas e sete minutos (cartão-ponto fl. 184 – planilha fl. 250), e o recibo de pagamento correspondente (fl. 198) indica a quitação de apenas quinze horas com adicional de 100% e quatro horas com adicional de 50%.

No que tange ao trabalho extraordinário nos Festivais de Dança, negado pela ré, as duas testemunhas ouvidas, Nilson Bastian de Lima e Wagner Jorge (fls. 266-267), confirmaram a prestação dos serviços nesses eventos, o que autoriza a condenação nos parâmetros fixados na sentença.

A aplicabilidade das normas convencionais tem garantia constitucional (art. 7º, inc. XXVI) e o poder normativo da Justiça do Trabalho está previsto no art. 114, § 2º, da Constituição da República.

Constatada a existência de horas extras não pagas, nada há a reformar na sentença.

Nego provimento.

DOMINGOS E FERIADOS

Insurge-se a ré contra a condenação ao pagamento, em dobro, dos domingos e feriados trabalhados, afirmando que o autor fruía pelo menos uma folga semanal e que os feriados laborados foram quitados.

Os argumentos da recorrente não se sustentam diante da prova dos autos, que revela a irregularidade dos repousos semanais e o trabalho nos feriados sem a devida retribuição pecuniária.

O exemplo lançado na sentença revisanda, do mês de setembro de 1997 (cartão-ponto – fl. 180), mostra o trabalho em mais de sete dias seguidos sem descanso e a ausência do pagamento correspondente (recibo – fl. 195).

Nego provimento.

ADICIONAL NOTURNO

A recorrente afirma que nos registros de ponto não consta a prestação de serviços no horário noturno, acrescentando que, mesmo se tivesse anotação de trabalho, os contracheques provam o pagamento.

As alegações da ré não correspondem à prova documental, que demonstra a existência de trabalho em horário noturno sem a retribuição devida. Indico, por amostragem, o mês de dezembro de 1997, em que o autor laborou nos dias 03, 09, 11 e 18 após as 22h (cartão-ponto - fl. 182), sem receber o adicional correspondente (recibo - fl. 197).

Nego provimento.

REFLEXOS

Pretende a ré que as verbas reflexas sejam excluídas da condenação, porque acessórias das principais objeto do recurso.

Mantida as condenações que ensejaram o deferimento dos reflexos, não há como prover o apelo.

Nego provimento.

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Diz a recorrente que não foram preenchidos os requisitos legais da Lei nº 5.584/70, devendo ser excluída da condenação a verba honorária.

Na petição inicial (fl. 19) e em documento apartado (fl. 22), o autor declarou sua hipossuficiência econômica, e consta nos autos credencial do sindicato assistente (fl. 21).

Esses itens atendem as exigências legais para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e autorizam a condenação em honorários.

Nego provimento.

RECURSO DO AUTOR

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Insurge-se o autor contra o indeferimento das diferenças por equiparação salarial, afirmando que a prova colhida não desconstitui o direito postulado, uma vez que demonstrada a identidade da prestação de serviços entre paradigma e paragonado.

A identidade de funções está demonstrada nos autos, residindo a controvérsia unicamente quanto à diferença de qualidade e produtividade do trabalho realizado.

Os comparandos exerciam a mesma função de repórter-fotógrafo, sendo que a ré pretende justificar a diferença salarial entre eles sob o argumento de que (fl. 165) (a) as tarefas desempenhadas pelo modelo estavam na linha de frente das matérias jornalísticas, enquanto que o autor se contentava com fotografias corriqueiras; (b) as fotografias realizadas pelo modelo tinham melhor nitidez e enquadramento e eram produzidas em menor tempo, ao passo que o autor foi por duas vezes penalizado por deficiência no cumprimento de suas funções.

Por certo, a diferença de perfeição técnica e produtividade inviabilizam a equiparação salarial, mesmo quando haja identidade de funções, a teor do que dispõe o § 1º do art. 461 da CLT:

Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

Quanto à produtividade, nenhuma prova há nos autos que indique que a quantidade de trabalho do paradigma, considerado um tempo determinado, fosse maior do que a intensidade laborativa do autor.

No que concerne à perfeição técnica, o caráter subjetivo desse critério qualitativo exige que se busque o diferencial na qualificação técnica de cada profissional e no aproveitamento desse atributo pela empresa (alteridade).

Nesse sentido escreve Mauricio Godinho Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, editora LTr, 2002, p. 772-773:

O caráter valorativo (e, portanto, subjetivo) dessa diferenciação torna, contudo, difícil, na prática, a comprovação desse fato modificativo. Não obstante essa dificuldade, é evidente que a demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos, estágios, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que favorecerá, significativamente, à tese da diferenciação na qualidade do trabalho prestado. É que, normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio do profissional agrega consistência, reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa, alcançando, em favor desta, maior e melhor mercado; nessa medida, a diferença na qualidade técnica do serviço fica evidenciada.

Se, contudo, a superioridade da qualificação técnico-profissional não repercutir, favoravelmente, no contrato de trabalho, na forma acima ou outra correlata, não poderá considerar-se comprovado o fato modificativo eleito pela CLT.

A prova relativa à perfeição técnica limita-se ao depoimento de uma testemunha, Wagner Jorge, que trabalha para a ré desde 1988 e atualmente exerce a função de chefe de departamento fotográfico. Ele afirmou que (fl. 267):

... o autor trabalhou como repórter fotográfico, mesma função desenvolvida pelo paradigma Carlos Alberto da Silva; que o fotógrafo é contratado pelo salário do piso, sendo que os reajustes são concedidos conforme o desempenho do trabalho, como por exemplo a qualidade do material, o relacionamento com a equipe; que esta análise é procedida pelo próprio depoente; que à época do autor, estava em discussão o plano de cargos e salários; que o paradigma se revelou melhor funcionário; que as fotos do paradigma eram melhores na informação e na qualidade, como no enquadramento e no foco da imagem; que a diferença salarial decorre desses fatos ...

As informações prestadas, entretanto, não legitimam a diferença salarial, uma vez que, por si só, não demonstram a excelência técnica do paradigma, nem o melhor aproveitamento pela empresa do resultado do trabalho do modelo em virtude da qualidade dos serviços prestados.

Aos autos não vieram relatos da trajetória profissional dos comparandos, o que impede que se avalie o desempenho de cada um. As duas advertências aplicadas ao autor (fl. 207) não têm relação com a qualidade das fotos produzidas.

Nesse sentido, cito a seguinte ementa:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Qualificação profissional diferente, maior capacidade técnica do paradigma enquanto excludente da isonomia funcional. A maior capacidade técnica do paradigma configura pressuposto objetivo para exclusão da isonomia funcional preconizada no art. 461, "caput", da CLT. Ao desmandado incumbe

prová-la (fato impeditivo do direito) demonstrando-a de forma objetiva, através de avaliações periódicas, relatórios de produtividade ou sucedâneos, tudo de acordo com critérios preestabelecidos, sob pena de acolhida da pretensão. TRT/SP 20020097888 RO - Ac. 04ªT. 20020612359 DOE 27-09-2002 Rel. Paulo Augusto Câmara.

Como já registrei, não há sequer prova de melhor repercussão do trabalho do paradigma no resultado produtivo da empresa, do que aquele obtido pelos serviços prestados pelo autor.

Saliento que a norma descrita no art. 461 da CLT se pauta no princípio da igualdade, estatuído nos textos do art. 5º, inc. I, e do art. 7º, inc. XXX e XXXII, da Constituição da República, que impedem a discriminação salarial nas relações de emprego, garantindo aos que se encontram em situação idêntica um mesmo tratamento. Trata-se de princípio destinado a obstar arbitrariedades na estipulação do salário.

Assim sendo, tenho por não provado o fato impeditivo do direito postulado e condeno a ré ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da equiparação com o paradigma Carlos Alberto da Silva, durante toda a contratualidade, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de um terço, gratificação natalina, horas extras, domingos e feriados trabalhados, repouso semanal remunerado sobre as horas extras, adicional noturno e FGTS com a indenização compensatória de 40%.

Dou provimento.

**INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE
DIREITO AUTORAL**

Busca o recorrente a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano patrimonial, equivalente a R\$ 400,00 por fotografia de sua autoria, e por dano moral, no valor de R\$ 500,00 por foto sua, publicada em violação à Lei nº 9.610/98.

Sustenta que a ré utilizou economicamente as fotos de sua autoria para fins diversos do contratado, ilustrando matérias pagas, destinando as fotos para publicidade e, ainda, modificando as fotos, com a inserção de publicidade de terceiros na sua obra, tudo sem permissão (fl. 12).

Fundamenta seu pleito nos arts. 22, 24, 28 e 29, I, da Lei nº 9.610/98. Colaciona os recortes de jornais das fotos que diz terem sido publicadas irregularmente.

Ao contestar a ação (fls. 166-168), a recorrida reconhece a autoria do autor apenas em relação às fotos identificadas e afirma que pertencem à empresa todas as fotografias produzidas pelo autor, porque resultantes do contrato de trabalho, do qual decorre a cessão em favor da empregadora de todos os direitos autorais, e permite a utilização das fotos em campanhas publicitárias, peças gráficas e matérias de divulgação, bem assim a inserção em quaisquer veículos de comunicação.

Além disso, nega a utilização comercial das fotos, assegurando que o material fotográfico produzido pelo autor destinava-se a matérias de cunho jornalístico.

Acrescenta que não alterou as fotografias e que a sobreposição do logotipo das empresas Stein e Colombo não causaram dano moral, pois a obra ficou intacta.

Discute-se nestes autos os efeitos do contrato de trabalho em relação aos direitos autorais do empregado repórter-fotógrafo, contratado por empresa jornalística. A matéria está disciplinada na Lei nº 9.610/98.

Bruno Jorge Hammes, que se encontra entre os mais dedicados estudiosos do Direito Autoral em nosso País, em sua obra *O Direito de Propriedade Intelectual*, escreve:

A autoria da obra fotográfica. Quem é o autor da obra fotográfica? É quem bate a foto? É o que prepara a montagem? Ou seria a pessoa que a encomendou? Seria o dono da máquina? É a pessoa fotografada?

Autor é quem cria. O que determina a autoria da obra fotográfica é a atividade espírito-pessoal da qual ela resulta. Genericamente se pode dizer que é quem "bateu" a foto: o fotógrafo.

(...)

O fotógrafo empregado. Voltamos ao problema do autor empregado. Hermano Durval escrevia, em 1956, que o fotógrafo será considerado autor se for autônomo. Reportamo-nos ao já dito sobre a autoria. O simples fato de trabalhar com o aparelhamento de um jornal ainda não tira do fotógrafo o seu direito de autor. Depende do grau de dependência que exerce sua atividade. Pela Lei nº 9.910/98, é o fotógrafo que deverá ceder ao empregador o direito de utilização da obra de acordo e dentro dos limites do objetivo visado com o contrato.

(...)

Conteúdo. Valem para o autor fotográfico os princípios do direito moral como o da utilização econômica já abordados. (Editora Unisinos, São Leopoldo, RS, 2002, p. 249-251)

Analisando os autos, constato que, em seu depoimento, o preposto confessou a comercialização das fotografias produzidas pelo autor, dizendo que (fl. 266) *os anexos são cadernos especiais; que os cadernos especiais cobrem eventos, como por exemplo o Festival de Dança, sendo que o réu comercializa a publicidade para inserção nestes cadernos especiais.*

Esse relato suplanta as alegações da recorrida de que as fotos eram utilizadas exclusivamente em matérias jornalísticas e prova a comercialização da obra produzida pelo autor.

A inserção de publicidade nas fotos tiradas pelo autor está comprovada nos recortes de jornais anexados à petição inicial. Indico, por amostragem, o documento de fl. 52.

Em situação análoga, em que figurava no pólo passivo da ação a mesma ré, já me manifestei, ao revisar o ROV nº 988/2001, no qual acompanhei o voto do Relator no sentido de que (a) não procede o argumento de que ocorreu a cessão de todos os direitos autorais, para utilização em campanhas publicitárias, peças gráficas e matérias de divulgação, bem assim a divulgação em quaisquer veículos de comunicação; (b) a inserção de publicidade nas fotografias constitui alteração do original e exploração da obra para fins diversos do contratado, ensejando a indenização por dano moral; (c) a comercialização das fotos, sem autorização expressa, fere direito patrimonial e moral do autor; (d) a utilização das fotos no suplemento especial do jornal não caracteriza utilização indevida.

Na hipótese dos autos, o autor foi contratado para exercer a função de repórter-fotógrafo, o que implica no exercício de atividade jornalística: essa a natureza do contrato de trabalho.

Partindo dessa premissa, tenho que toda a produção fotográfica do autor, destinada exclusivamente a matérias de cunho jornalístico, está albergada no contrato de trabalho, porque essa era a finalidade da contratação. Os direitos autorais, nesse caso, estão contemplados no salário pago ao empregado.

Entretanto, o contrato de trabalho não implica na cessão plena e automática, ao empregador, dos direitos autorais sobre as fotografias tiradas sob os efeitos da relação de emprego, nem o salário pago retribui os direitos autorais.

É que a Lei nº 9.610/98, garante, no art. 28, que *cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica* e, no art. 29, prevê:

Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

(...)

VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

(...)

Na obra citada de Bruno Jorge Hammes consta:

Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11). O fato de o criador estar numa situação de relação de contrato de trabalho ou ser funcionário público ou prestador de serviços não muda a natureza da criação intelectual. O autor é ele, a ele deve caber o direito de autor. A realidade social, contudo, apresenta algumas dificuldades. O empregador só vai mandar seu empregado criar uma obra e pagá-lo por isso, se puder dispor livremente desta. O mesmo se diga em referência ao funcionário público ou prestador de serviços. A mentalidade de que o resultado do trabalho do empregado é considerado como pertencente ao empregador continua viva.

(...)

Pontes de Miranda já escrevia em 1964 (v. 16, p. 55) que "a restrição à independência patrimonial não é óbice, só por si, ao nascimento dos direitos autorais, à criação. Pode alguém ser locador de serviços ou trabalhador sem que lhe seja apagado, no serviço ou trabalho, a personalidade".

(...)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, em 14 de agosto de 1946, que a relação de contrato de trabalho não acarreta a inexistência do direito de autor.

A Lei n 9.610/98 deu um grande passo à frente. Omitiu o discutível direito em comum do autor e do empregador, etc (art. 36 da Lei nº 5.988/73). Omitiu-se também em responder expressamente aos problemas que estão inerentes. É de aplaudir a inovação. As soluções devem ser negociadas no contrato de trabalho, de serviço, etc. (p. 137-138)

Verificando o contrato de trabalho a título de experiência firmado entre as partes (fl. 172), prorrogado por prazo indeterminado, observo que não há previsão contratual de utilização das fotografias produzidas pelo autor para finalidade outra que não matéria jornalística, esta intrínseca ao pacto firmado.

No mencionado documento, não consta autorização do autor que permitisse que as fotografias fossem aproveitadas a qualquer tempo, ou transferidas a terceiros, ou, ainda, destinadas a finalidade diversa da jornalística.

Trata-se de formulário-padrão, que não legitima a inserção de logotipos nas fotos, nem a sua comercialização, a teor do que estabelece o inc. II do art. 49 da Lei nº 9.610/98: *somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita.*

A Lei de Direitos Autorais destina-se à proteção dos direitos derivados da propriedade intelectual. Por isso, especifica claramente as formas de transferência desses direitos, não permitindo interpretação que prejudique o destinatário da norma: o criador da obra literária, artística ou científica. Nesse contexto deve ser interpretada.

É o que se extrai do texto do art. 49, inc. VI: *Não havendo especificação quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.*

O art. 31 do referido texto legal preceitua que *as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.*

No art. 37 da referida Lei consta *que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário, entre as partes e os casos previstos nesta Lei.*

Diante dos dispositivos legais transcritos, é insustentável a tese da ré de que o contrato de trabalho implicou na cessão total dos direitos autorais do autor em favor da empregadora.

Valho-me novamente da excelente doutrina de Bruno Jorge Hammes:

A lei brasileira admite a cessão dos direitos de autor. Preferível seria que não a permitisse. A cessão está cercada, entretanto, de algumas formalidades, que dificultam uma cessão irrefletida. A cessão deve ser feita por escrito. O contrato deve exprimir alguns detalhes sobre a extensão, condições de seu exercício e retribuição. Pode ser registrado para produzir efeito em relação a terceiros e não pode abranger toda a criação futura do autor. (p. 174-175).

O contrato de trabalho permitia tão-somente a utilização das fotografias em matérias jornalísticas. A comercialização das fotos e a inserção de logotipos publicitários na obra produzida não estavam previstas no pacto, nem foram autorizadas pelo autor.

Ademais, a inserção de publicidade nas fotografias constitui alteração do original e exploração da obra para fins diversos do contratado, impondo a indenização por dano moral, por violação ao inc. II do art. 79 da Lei nº 9.610/98, que veda a reprodução de obra fotográfica que não esteja conforme com o original sem autorização do autor.

Através da comercialização de fotos para informes publicitários, como retratam, por exemplo, os documentos de fls. 55 e 57, a ré

também feriu direito patrimonial e moral do autor: *patrimonial*, porque ausente a autorização do criador da obra para a cessão de suas fotos; *moral*, em virtude da reprodução indevida de sua obra.

Isso também ocorreu com as fotos utilizadas no suplemento especial do jornal, que, segundo o depoimento do preposto, também eram comercializadas.

Conforme já registrei, ao autor pertence o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo a reprodução parcial ou integral de autorização prévia e expressa do criador (arts. 28 e 29, I, da Lei nº 9.610/98).

Não observados os limites legais pelo empregador, devida a indenização por danos morais e patrimoniais.

Atendendo as necessidades do ofendido e os recursos do ofensor e considerando a intensidade, a gravidade, a natureza e a repercussão do sofrimento experimentado, arbitro em R\$ 4.000,00 a indenização por danos morais relativa à cedência indevida de fotos e à inserção de publicidade na fotografias produzidas pelo autor, com base no art. 1.553 do Código Civil.

A indenização patrimonial decorrente da cedência indevida de fotografias, a meu ver, seria fixada em R\$ 14,00 por fotografia cedida. Entretanto, a maioria da Turma entendeu que a reparação desse dano seria alcançada pelo valor de R\$ 100,00 por fotografia cedida, pelo que fiquei parcialmente vencida.

Dou provimento parcial.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS**. No mérito, por maioria de votos, vencida, parcialmente, a Ex.^{ma} Juíza Relatora, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO**

RECLAMANTE para acrescentar à condenação o pagamento de: (a) diferenças salariais decorrentes da equiparação com o paradigma Carlos Alberto da Silva, durante toda a contratualidade, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de um terço, gratificação natalina, horas extras, domingos e feriados trabalhados, repouso semanal remunerado sobre as horas extras, adicional noturno e FGTS com a indenização compensatória de 40%; (b) indenização por danos morais, no valor de R\$ 4.000,00; (c) indenização por danos patrimoniais, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por fotografia cedida. Sem divergência, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA**. Arbitrar o valor provisório à condenação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 17 de junho de 2003, sob a Presidência da Ex.^{ma} Juíza Licélia Ribeiro (Relatora), os Ex.^{mos} Juízes Marcos Vinício Zanchetta e Marta Maria V. Fabre (Revisora). Presente a Ex.^{ma} Dr.^a Alice Nair Sônego Borner, Procuradora do Trabalho.

Florianópolis, 07 de julho de 2003.

LICÉLIA RIBEIRO

Relatora