

Produção publicitária

Proteção pelo direito de autor

ANTÔNIO CHAVES

S U M A R I O

1. A mensagem publicitária criativa é amparada pelo direito de autor. 2. Propaganda é arte, publicidade, mera divulgação. 3. As agências de publicidade. Origem, vida e paixão. 4. Direito à imagem e direito à intimidade. 5. Uniformes e equipamentos esportivos usados para fins de propaganda. 6. Inserções publicitárias em filmes de televisão. 7. A preconizada regulamentação do tempo de publicidade pela TV. 8. A inserção publicitária nos programas de televisão por assinatura. 9. A paródia na obra publicitária.

1. A mensagem publicitária criativa é amparada pelo direito de autor

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

É um dos rebentos mais novos e promissores da frondosa árvore da ciência jurídica. Se ampara todas as formas de genuína criatividade, como poderia ficar alheio a essa antiga, mas moderníssima, ágil, imaginativa expressão que é a produção publicitária, talvez a mais “comunicativa” de todas, e tanto mais comunicativa quanto mais inspirada, informando, encantando, comovendo, tocando, enfim, crianças, moços e velhos, homens e mulheres?

Versamos amplamente essa matéria no § 18 de nosso *Direito de Autor. Princípios Fundamentais*, Rio, Forense, 1987, pp. 371-394, em seus diferen-

Palestra proferida no dia 24-8-1988, no 2º FILM & VIDEO — Seminário de Criação e Produção Publicitárias, em São Paulo.

tes aspectos: expressões ou sinais de propaganda. Modalidades. Importância. Abrangência do amparo legal. Autoria da obra publicitária. As Agências de Propaganda. Seu Código de Ética. Condições formais e materiais da proteção. Reutilização. Jurisprudência. Cartunismo. Filme publicitário. Marcas e sinais de propaganda. A matéria, *de lege ferenda*. Publicidade musicada.

Voltamos ao tema em *Cinema, TV, Publicidade Cinematográfica*, S. Paulo, Editora Universitária de Direito, 1987, pp. 235-278, abordando os assuntos: Publicidade cinematográfica e televisiva. Requisitos. Importância. Natureza jurídica do filme publicitário. O certificado de produto brasileiro de filme publicitário. Interrupções publicitárias em filmes de televisão. Reprodução de filmes publicitários pelo sistema de videoteipes ou videocassetes. Direitos autorais dos produtores cinematográficos de filmes publicitários. O ECAD na cobrança de direitos autorais relativos aos *jingles* e modelo de contrato de autorização.

Para não ficar repetindo conceitos já expendidos, coordenamos alguns elementos colhidos, para corresponder ao amável convite que me formularam os idealizadores deste oportuno seminário. ARMANDO FERRENTINI e PAULO SÉRGIO CARNEIRO.

Antes de mais nada: por que deve ser criativo, por que deve ter alguma originalidade a produção publicitária, para ser protegida?

Porque não pode ser privilegiada a mera função instrumental da venda de um produto, sem que estejam caracterizados aqueles requisitos.

Foi o caso da pretensão de amparo como objeto de direito de autor de uma transmissão pela TV conduzida por um personagem do espetáculo que, com a assistência do comerciante interessado, fazia publicidade de determinados produtos convidando o público para gozar de um desconto telefonando para a estação emissora.

Um Juiz de Roma, mediante decisão de 18-2-1982, não reconheceu os requisitos da obra intelectual desse programa, excluindo, pois, a proteção.

A Corte de Apelação de Milão, em acórdão de 2-10-1983, publicado na revista especializada *Il Diritto d'Autore*, 1983, p. 204, negou, todavia, à idéia publicitária, ainda que tenha caráter criativo — proteção, atendo-se rigidamente à enumeração das obras protegidas, contida no art. 2.575 do Código Civil e no art. 1.º da Lei n.º 633, de 22-4-1941.

Critica-a PIERLUIGI LAX, *Transmissioni pubblicitarie, opera dell'ingegno e diritti degli interpreti*, "Temi Romana", 1985, II, p. 203, fazendo ver que um juízo relativo ao caráter artístico de uma transmissão publicitária somente pode surgir de uma avaliação fundamentada no critério da prevalência, mediante um processo de isolamento de cada uma das partes que compõem a própria transmissão (puramente propagandísticas, coreográficas, musicais, dramáticas etc.) para o fim de individualizar qual delas

assuma nítido predomínio, ao ponto de caracterizar o programa na sua globalidade.

Menciona, a título de exemplos, o modelo do *jingle* publicitário e o do programa “patrocinado”.

No primeiro caso, a própria exigüidade da duração, não passando, em geral, de cerca de 30 segundos, evidencia a proeminência do aspecto de propaganda comercial, o que impede materialmente a manifestação dos dotes artísticos do autor ou do intérprete.

No segundo caso, ao invés, o componente publicitário apresenta-se, com frequência totalmente ocasional e acessória, tratando-se de um normal programa de televisão associado ao nome de um produto industrial ou a uma marca de fábrica. Daí decorre que a eventual qualidade artística da transmissão poderá manifestar-se livremente, com independência do assunto propagandístico. Mesmo nas situações intermediárias poder-se-á levar em conta o critério da supremacia como instrumento idôneo a identificar a obra intelectual, estabelecendo a diferença daquilo que não merece semelhante definição.

Comentando esse artigo, a mesma revista, 1986, p. 122, traz à confrontação acórdão da Corte de Cassação de 23-1-1969, que considerou que a atividade publicitária, quando expressa em formas que apresentam os requisitos da originalidade e da criatividade, resulta merecedora de proteção.

Nega PIERLUIGI LAX que a proteção prevista nos arts. 80 e ss. da lei italiana seja aplicável aos *atores* e *executores* de simples *shorts* publicitários, mesmo no caso de notórias personalidades do espetáculo ou de mundo teatral. Os atores que neles comparecem não podem portanto gozar dos “direitos conexos” ao direito de autor, e, de forma particular, não podem pretender a interdição da programação dos comunicados publicitários.

Mesmo no caso em que caiba amparo legal a tais anúncios, as prestações recitativas, seja porque realizadas exclusivamente com finalidade de mera propaganda comercial, seja devido à exigüidade da sua duração, não podem certamente ser definidas como “parte de notável importância artística”, requisito essencial, nos termos do art. 82, n.º 1, da mesma lei, para que subsista a qualificação do artista ator ou intérprete e artista executante.

2. *Propaganda é arte, publicidade, mera divulgação*

Situa JORGE MARANHÃO o fenômeno da propaganda, particularmente na sua modalidade da publicidade dita comercial, como fenômeno típico da cultura de massa, apenas reconhecido enquanto técnica e prática pela crítica da arte ou pela ensaística moderna, tratado de maneira superficial, quando não escamoteado — estudando, em tese defendida no dia 30-6-1988, perante o Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, suas aproximações e relações com outro objeto

típico da cultura de massa: o desenho industrial, já provido, no entanto, de uma teoria e crítica estéticas particulares.

Num resumo da mesma, *A Arte da Propaganda como Crítica ao Kitsch*, "O Estado de S. Paulo", 26-7-1988, p. 46, encarece que se são reconhecidamente férteis as articulações críticas entre as linguagens artísticas da pintura e da fotografia, por exemplo, ou da literatura e do cinema, enquanto argumentos narrativos, são também férteis as articulações críticas entre a publicidade e o desenho industrial.

Procurando resgatar a *publicidade da propaganda* enquanto arte e retórica de venda a um só tempo, e como objeto estético autônomo, determina as respectivas terminologias, que, mesmo nos centros acadêmicos, são erroneamente sinonimizadas.

Entende, além das distinções terminológicas, que a publicidade é arte, e não apenas técnicas artísticas recuperadas no seu ofício profissional, sobretudo no momento da propaganda crítica e em crise de credibilidade e eficácia retórica.

"Uma coisa é a retórica de uma mercadoria, concebida enquanto *design* industrial na sociedade capitalista mercantil. Outra coisa é a retórica de sua publicidade enquanto objetos estéticos autônomos, mesmo que contíguos."

Conclui reconhecendo o estatuto estético tanto do desenho industrial contemporâneo, despojado de seus florilégios, como da publicidade comercial, que, enquanto arte, reflete sobretudo a crítica da propaganda retórica. É justamente esta prática crítica que confere aos objetos artísticos da cultura de massa o seu estatuto estético.

"Assim como a mercadoria é *design* quando disputa entre outras as parcelas e a preferência do mercado consumidor, a propaganda é arte, entre outras mensagens como até mesmo os telejornais noticiosos, quando disputa parcelas da opinião pública refletida na audiência da televisão."

3. *As agências de publicidade. Origem, vida e paixão*

O Boletim Informativo n.º 1, de setembro de 1986, da Associação Brasileira das Empresas Produtoras de Filmes e Vídeo Tapes Publicitários, que já reunia, nessa ocasião, 85 filiadas, lembra, à p. 12, que a forma moderna de propaganda comercial proveio mais do trabalho de *marketing* dos veículos de comunicação (na época, a Imprensa) do que das necessidades conscientes dos anunciantes. A procura de uma renda de publicidade paga, os jornais criaram a figura do "agenciador de propaganda", de que nasceu a "agência". Essa vinculação umbilical à mídia deixou marcas profundas na filosofia e na economia da Propaganda.

Só em recente época é que as melhores agências transformaram-se em verdadeiras empresas de comunicação (nome que muitas preferem adotar),

a serviço dos anunciantes. Mas do processo evolutivo ficaram algumas formas arcaicas, especialmente no sistema de remuneração, que privilegia a renda proveniente da veiculação (comissão de 20% por dentro, mais eventuais bonificações de volume), em relação à renda proveniente da produção (comissão de 15% por fora, que corresponde a 13% por dentro). Cada cruzado de verba do anunciante gasto em veiculação gera de 20 a 30 centavos de renda para a agência, enquanto cada cruzado investido em produção só gera 13 centavos.

Por mais altamente profissional que seja a empresa de comunicação, esse fator econômico não pode deixar de influenciar decisões. Disto decorre a ênfase na mídia, numa obsessão por um GRP ou CPM que geralmente não leva em conta um fato essencial, que é a atenção do consumidor.

É neste contexto, comercialmente muito pouco favorável à produção, que nasceram essas empresas.

A remuneração, ou "taxa" bruta das produtoras, foi estabelecida, por praxe, em 50% da estimativa do custo, o que corresponde a 33,3% do preço cobrado da agência, representado o custo estimado de produção 66,6% do faturamento bruto.

Traça um quadro da distribuição da receita, no caso de anunciantes e veículos, aproveitando-se de publicações em balanços em jornais para uma avaliação destes percentuais, não conseguindo encontrar, em atividades industriais, nenhuma relação para esta taxa ou lucro bruto que se aproxime da dos custos de produção e a receita correspondente das agências de publicidade: 31,35%: Pirelli, 41,79%; Souza Cruz, 56,19%, Nestlé, 37,95%, Editora Abril, 52,36%, RTV Bandeirantes, 60,20%, todas no exercício de 1985.

Apona os fatores que agravam essa inferioridade: irregularidade na demanda, com períodos de quase total ociosidade, conjugada com a impossibilidade de produzir para estocagem, riscos inerentes ao fato de que cada comercial é um protótipo para o qual têm que ser inventadas novas soluções de trucagem e efeitos, criados novos cenários, testados novos intérpretes, muitas vezes não profissionais em função do tipo exigido, e alguns de reações imprevisíveis, como crianças e animais. Tudo isso numa extrema dependência das condições meteorológicas e da boa vontade de terceiros envolvidos em cessão de locais, empréstimos de objetos etc. Sem contar ainda com os riscos próprios de um equipamento sofisticado e de uma numerosa equipe, sujeitos ambos a acidentes pelas condições em que se realizam as filmagens ou gravações.

"E, finalmente, é preciso levar em conta os riscos de aprovação. Os comerciais, sobre os quais são investidas grandes verbas, são objetos de um crivo rigoroso da parte das agências e anunciantes. Os critérios, por mais profissionais que sejam, não podem deixar de ser muito subjetivos, porque envolvem concei-

tos estéticos, fatores de simpatia ou antipatia por tipos e comportamentos humanos, que conferem aos julgamentos um cunho mais emocional do que racional. Os riscos de desaprovação são muito altos, exatamente porque a participação das produtoras, contrariamente a algumas opiniões que pretendem negar os nossos direitos autorais, não é de simples reprodução mecânica, e sim de uma criação de alta complexidade.

Numa média, os imprevistos decorrentes destes riscos representam cerca de 10% do custo estimado, e absorvem assim mais de 6% dos 33,3% brutos da taxa, da qual outros 3% (em São Paulo) se destinam ao pagamento do ISS.

A experiência ensinou logo às produtoras pioneiras que esta taxa não permitia o mínimo de rentabilidade necessária para a continuidade, e menos ainda o progresso das empresas.

A solução encontrada há 25 anos, quando foi fundada a Associação das Produtoras, foi uma sobretaxa incidindo sobre as cópias. É fato amplamente conhecido das agências e anunciantes que a base de rentabilidade efetiva das produtoras foi, até cerca de seis anos atrás, o fornecimento de cópias de uma margem muito alta de renda. Esse faturamento em cópias chegou a ser, em média, de 20% do total, e a sua alta rentabilidade fazia com que, em muitos casos, fosse essa a única fonte real de lucros.

A sobretaxa sobre as cópias cobria as despesas com a guarda das matrizes, mas era sobretudo uma forma de cobrança de direitos de alguma forma relacionada à veiculação. Como as cópias sofrem um desgaste técnico, a sua renovação periódica constituía uma fonte de renda proporcional ao tempo de veiculação.

Vários fatores vieram a modificar completamente essa situação. Um deles é o aumento do custo industrial das cópias em filmes, e o custo tecnicamente mais elevado das cópias de VT fornecidas em carretéis individuais.

Outro, foi a drástica redução do número de cópias encomendadas às produtoras, a partir da introdução da copiagem em VT pelas emissoras, ou a veiculação em rede nacional via ondas. As mudanças tecnológicas vieram modificar o *modus vivendi* de nossas associadas, assim como as gravações magnéticas piratas prejudicam a indústria de discos e de filmes, e o xerox, a edição de livros.

Hoje, o faturamento de cópias é muito pouco significativo. Enquanto era freqüente, na década passada, receber-se um pedi-

do de 50 ou mais cópias de um mesmo comercial, hoje muito raramente esse número passa de oito. E a margem de rentabilidade bruta desceu de uma relação, no caso de filmes, de 1 x 6 para 1 x 3, e muito menos ainda para as cópias em VT (carretéis), cujo preço de custo é muito próximo do preço de venda.

Pressionadas por essa queda na sua renda (que não significa lucro), as produtoras passaram a reivindicar uma nova forma de remuneração, e após anos de trabalhos em que se empenharam as entidades representativas de anunciantes, agências e produtoras, chegou-se finalmente à assinatura da convenção de 1985.

Como sabe qualquer empresário, o aumento de rentabilidade pode ser obtido através de dois caminhos: aumento dos preços, ou aumento da produtividade. O aumento da produtividade é fruto da racionalização, da eliminação dos desperdícios, mas está fundamentalmente ligado ao crescimento da demanda, e à sua regularização.”

Os resultados dos onze meses decorridos depois da convenção mostram que este último caminho é o certo. Houve redução de preços, compensados para as produtoras pelo aumento de comerciais produzidos. O preço pago pelos anunciantes sofreu um acréscimo no único caso dos anunciantes que optaram pela reveiculação, enfrentando os riscos de desperdício inerentes ao excesso de repetição. Globalmente, essa cobrança de remuneração por veiculação só onerou em cerca de 0,64% as verbas dos anunciantes. Em compensação, os clientes foram beneficiados pela queda do valor real das cópias e serviços constantes da lista, o congelamento dos preços unitários dos orçamentos, e, sobretudo, por uma maior competência na administração da frequência eficaz, que está ainda muito afastada do que os estudos revelam como nível adequado, mas melhorou durante o período.

“Se os benefícios da convenção para os anunciantes não foram ainda maiores, é em grande parte porque deixaram, talvez por desconhecimento, de usar o instrumental do “Pedido de orçamento-padrão” e do “Orçamento-modelo”, integrados à convenção, que dão os meios de pôr fim a eventuais distorções de que se fez alarde num recente debate promovido pela ABA no Rio de Janeiro. Sem uma completa transparência e clareza na informação, e o respeito às regras contratuais, há sempre um terreno propício a toda sorte de desonestidade, que é, em última análise, sobretudo fruto da desinformação e incompetência. É função precípua de nossas entidades contribuir para a profissionalização de nossos filiados e a moralização do meio publicitário. A Convenção foi, para anunciantes, agências e produtoras, um passo decisivo neste caminho, que devemos seguir juntos, numa procura constante de aperfeiçoamento.”

4. *Direito à imagem e direito à intimidade*

São outros temas que não podem deixar de interessar pelos delicados problemas que podem levantar, já tendo dado margem, mesmo entre nós, a numerosas demandas, quando, sem a necessária permissão, são abordados aspectos da vida íntima de pessoas, conhecidas (ou não), ou, simplesmente, reproduzida a sua imagem. Alcançam mesmo o aproveitamento, tão freqüente e tão bem humorado, de sócias de personalidade, vivas ou mortas.

Envolvendo não só esse tema, como também o do reaproveitamento de uma mensagem, foi o caso de WELLINGTON ALBERTO LANDER-DAHL, que, contratado verbalmente pelas Produções Cinematográficas Guaíra Ltda. para apresentar comercial em favor da empresa Homeopatia Waldemiro Pereira, a ser veiculado em Porto Alegre, viu ampliado unilateralmente o prazo para a veiculação, de três para dezesseis meses, estendendo-a para outras emissoras.

Alegando ter ficado sem trabalhar enquanto apresentado o comercial na Rede Globo de Televisão, eis que os anunciantes consideravam cansativa a sua imagem como ator em mais de uma propaganda, sem que houvesse pagamento pelo serviço prestado, propôs ação de cobrança de honorários contra aquela firma, visando obter indenização dos juros e correção monetária.

Contestou Produções Cinematográficas Guaíra Ltda: por não ter praticado qualquer ato de veiculação do comercial, não podia ter a obrigação de suportar qualquer ônus de honorários devidos ao autor, sendo parte ilegítima. Denunciou à lide a Equipe Propaganda.

Alegou a Homeopatia, por sua vez, não ter firmado com o autor contrato algum de trabalho, nada estando a lhe dever; não teria o autor feito prova das demais veiculações a que alude.

Também Equipe Propaganda requereu sua exclusão da relação jurídica: seria parte ilegítima, eis que não se enquadra no art. 70, III, do Código de Processo Civil.

O Juiz da 19.^a Vara Cível de Curitiba julgou procedente a ação para condenar os réus e excluiu da lide a denunciada Equipe Propaganda.

Apelaram: em parte, Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., pleiteando o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva; e a Homeopatia, aduzindo não ter sido estipulado em quais emissoras de TV e por que prazo seria veiculado o videoteipe, bem como não haveria prova de que o prazo seria de três meses. Não aceita vir o autor querer cobrar depois por algo que não fora combinado.

O Tribunal de Alçada do Paraná, Acórdão n.º 27.643 — CIV, não conheceu dos apelos por ausência de previsão do art. 108, III, da Lei Complementar n.º 15, de 14-3-1979, e remeteu os autos ao TJ (Ac. n.º 1.724/87), decidindo a 3.^a Câmara, por ac. un. de 1.º-3-1988, ainda não divulgado:

“Ação Ordinária de Cobrança. Ilegitimidade passiva. Não fixação das emissoras de TV que veiculariam o comercial e nem do prazo de veiculação. Alegação de cobrança indevida.

1. Ficou inequivocamente demonstrado que o apelado vendeu sua imagem à Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., que produziu o comercial “Tome Forteviron”, não sendo a afirmação do autor contestada, de que fora contratado pela referida firma.

Ao concordar a primeira apelante em regravar o comercial com outro ator, restou evidenciada a existência de contrato verbal do autor apelado pelo sócio da apelante. Assim não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*, sendo escorreita a decisão quando condenou a apelante ao pagamento dos honorários do autor pelo seu trabalho no comercial e apresentação pelos três primeiros meses.

2. Também andou certa a sentença ao decidir que a indenização pela ampliação da veiculação além do prazo avençado deveria recair sobre a outra apelante, Homeopatia Waldemiro Pereira, já que essa ampliação foi feita unilateralmente sem consentimento do autor apelado, tirando proveito econômico da utilização do comercial, com a imagem do ator, locupletando-se indevidamente e por isso passível de reparar o dano.

3. Apelações improvidas.”

Esclareceu o Relator, Des. ADOLPHO PEREIRA, as razões por que a insurgência recursal da Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., quanto à ilegitimidade *ad causam*, não merecia prosperar: ficara inequivocamente demonstrado que o apelado vendera-lhe sua imagem, que produziu o comercial “TOME FORTEVIRON”, não sendo a afirmação do autor contestada, de que fora por ela contratado.

“É evidente que a concordância em regravar o comercial com o outro ator por essa apelante está a evidenciar que de fato fora contratado verbalmente pelo sócio Mauro Krueger, como afirma o apelado na inicial. É curial que o contrato de trabalho seja feito entre o ator e a produtora do comercial, já que esse é pago em seu todo pelo cliente que autoriza a produção. Assim não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.”

Escorreita lhe parece a decisão quando aludiu à primeira suplicada o encargo do pagamento dos honorários do autor pelo seu trabalho no comercial e apresentação pelos três primeiros meses.

“Certo também andou ao decidir que a indenização pela ampliação da veiculação além do prazo avençado deveria recair sobre a apelante Homeopatia Waldemiro Pereira — Laboratório

Industrial Farmacêutico Ltda., já que essa ampliação foi feita unilateralmente sem consentimento do autor apelado, tirando proveito econômico da utilização do comercial, com a imagem do ator, locupletando-se indevidamente e por isso passível de reparar o dano.”

Devem pois os publicitários contornar cuidadosamente as pressões que alguns clientes possam exercer no sentido de um uso deturpado da imagem ou das expressões usadas por determinadas pessoas, principalmente cientistas.

Tivemos ocasião de emanar parecer contrário à inserção, numa bula farmacêutica, de uma frase desfigurada de dois professores da Faculdade Paulista de Medicina, retirada de um artigo divulgado numa revista especializada do Hospital das Clínicas.

Fato análogo ocorreu em Milão, perante cujo Tribunal o Instituto Nacional para o Estudo e o Tratamento dos Tumores e o Diretor do mesmo, Prof. Umberto Veronesi, moveram ação de indenização contra a Áustria Tabakwerke, a Eurotab S.A. e a Comet Pubblicità, por terem, em publicidade dos cigarros “Milde Sorte”, afirmado que, de acordo com o mesmo Diretor, eles “reduzem pela metade o risco do câncer”, prejudicando assim a reputação e a imagem de uma entidade que objetivava não somente tratar dos afetados por essa doença, mas também desenvolver obra de prevenção contra a mesma.

A decisão foi referendada pela Corte de Apelação que considerou o nome sinal de identificação da pessoa, constituindo o símbolo de sua integridade moral, intelectual e social, devendo considerar-se ilícito seu uso cada vez que, independentemente mesmo de ofensa à honra e à reputação, possa influir negativamente, inclusive nas pessoas jurídicas.

Ocorrera, no caso, uma dissimulada distorção da imagem do Prof. Veronesi, relacionada à obra incansável por ele desenvolvida, generosamente e sem qualquer compromisso, no plano lógico e no científico, para combater a terrível doença, bem como a do Instituto por ele dirigido.

A Corte Suprema de Cassação, Seção I, em acórdão de 22-6-1985, *Il Diritto di Autore*, 1986, p. 307, confirmou:

“Existe um direito à identidade pessoal como interesse juridicamente protegido em não ver desfigurado ou alterado o próprio patrimônio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profissional; semelhante direito pode ser relacionado ao art. 2.º da Constituição e pode ser deduzido, por analogia, da regulamentação relativa ao direito ao nome.”

5. Uniformes e equipamentos esportivos usados para fins de propaganda

A camisa de um esportista pertence sem dúvida ao clube de que faz parte, possivelmente a uma federação ou confederação.

Mas apenas materialmente, porque idealmente ela é muito mais do torcedor, ou mesmo de qualquer espectador, ou, ainda, de qualquer membro da população, até mesmo estrangeiro: não é ela, inteira, que vibra nos grandes pleitos internacionais, com os lances mais empolgantes, não é ela que amarga na derrota (sempre imerecida!)?

Poderão essas imagens, lançadas pela televisão, mediante satélites, à vista de centenas de milhões de espectadores, serem "maculadas" com a propaganda de produtos comerciais?

E os próprios jogadores não se sentirão contrafeitos, constrangidos, não contribuirá esse estado psicológico para que sintam dificuldade em entrar-se, tornando-se fácil presa de equipes adversárias, mesmo tecnicamente inferiores?

Pensamentos dessa natureza devem ter levado três advogados de Niterói, ao assistirem o jogo da equipe da seleção brasileira de futebol, ostentando, pela primeira vez, uma logomarca comercial, em contraste com a do Chile, que exibia tão-somente as cores nacionais, no dia 9-12-87, em Uberlândia, Minas Gerais, a adentrarem, dois dias depois, com ação popular, em processo que foi distribuído ao Juiz da 7.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiava *O Globo*, seção de esportes, de sua edição de 10-12-87, p. 35, que, naquela data, o administrador da seleção brasileira, Paulo Dutra, teve que acordar cedo para arrumar, ainda pela manhã, todos os uniformes que seriam usados à noite, no desempenho da importante missão de levar as camisas a uma costureira, para que ela pregasse o logotipo da Coca-Cola, empresa que — fato inédito — passara a patrocinar a seleção.

Pelo jogo e pelo seguinte, a Confederação Brasileira de Futebol receberia US\$ 80.000, correspondentes, na ocasião, a Cz\$ 6,4 milhões, além dos US\$ 400.000 (32 milhões de cruzados) pagos pela Rede Globo de Televisão, com o que pretendia reduzir o seu déficit.

Anteriormente, num acordo com o Instituto Brasileiro do Café (IBC), somente um discreto raminho de café havia sido utilizado na camisa da seleção.

Nem foi essa a primeira tentativa da multinacional de investir no futebol: lembram todos da anterior, frustrada, com a proibição da Federação Internacional de Futebol Association, FIFA, de pintar o logotipo da empresa no centro do campo.

Comprimindo sua indignação em oito bem lançadas laudas, Alexandre Duardo Scisínio, José Garcia Menezes Júnior e Paulo Cesar de Almeida

Sodré, depois da "estranheza inicial" a que se seguiu "a perplexidade nacional, ante o inusitado do que se via: a Seleção Brasileira servindo de veículo de propaganda para empresa estrangeira, no caso a Coca-Cola", perplexidade que "efervesceu durante os 90 minutos de partida", transformando-se, ao final, em indignação incontida, algo que mescla vergonha e imensa sensação de impotência — moveram contra o ato da Confederação Brasileira de Futebol que autorizou a aludida propaganda ação popular para que ela seja proibida.

Fundamentaram-na no art. 153, § 31, da Constituição Federal, que legitima qualquer cidadão, como parte, para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, e no art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, que regulamenta tal ação.

E passam a explicar os motivos da revolta que levou torcedores a telefonar aos órgãos de comunicação para expressá-la, sobrepujando-se até mesmo à alegria da vitória: é que o brasileiro, desiludido, amargurado, sofrido, descrente de planos governamentais, passou a materializar nas cores da sua seleção de futebol aquele ideal que impulsiona um povo, que mantém viva sua esperança, que é um elo de aglutinação da vontade nacional.

"A camisa da 'Seleção Canarinho', ante tal realidade, não poderia, como não pode, manchar-se de sangue, expondo-se um ferimento desnecessário, praticado unicamente com *animus lu-crandi*, que atinge a própria alma, a própria consciência nacional, porque daí advém o sentimento de brasilidade de forma tão intensa como dos outros valores nacionais."

Demonstram que tal ato implica em ofensa ao patrimônio material porque os uniformes com a malfadada publicidade serão repudiados em todos os campos de futebol do mundo, não podendo ser usados em jogos internacionais.

"Ao patrimônio moral porque é nítida a impressão de que a Coca-Cola representa a Nação brasileira em virtude do grandioso poder econômico-financeiro de que estamos vendidos por preço estipulado em dólares americanos."

Ao patrimônio estético porque não só os brasileiros mas todos os demais países que passaram a admirar o nosso futebol nunca imaginaram que a tradicional camisa amarela pudesse um dia conter uma ridícula e desentoante logomarca vermelha e branca.

E ao patrimônio histórico porque nossa camisa amarela já foi abrilhantada pelos dribles, jogadas e defesas inesquecíveis dos craques que enumeram.

"E o futebol faz parte da cultura brasileira, enraizado na alma do povo, enredo de sambas, motivo de canções, poemas, filmes, livros, documentários etc. É arte."

Refutam, por antecipação, eventual argumentação da CBF de que ela tem poderes discricionários para escolher qualquer camisa para nossa Seleção, como um particular tem o livre arbítrio da escolha da sua camisa.

E admitem até mesmo que pode haver comportamento lesivo por parte da CBF ao nosso patrimônio, não simplesmente cultural, mas também etno-sócio-econômico, uma discriminação racial, pois aos olhos do mundo seremos, sempre, a representação de uma espécie servil, submissa, ignorante e vendida.

Em sua contestação alegou a CBF, quanto ao mérito, que o ato que lhe é imputado tem fincas no art. 183 do Decreto n.º 80.228, de 25-8-77, que, regulamentando a Lei n.º 6.251, de 8-10-75, permite, no art. 183, a propaganda e a publicidade nos equipamentos e uniformes dos atletas, na forma a ser estabelecida pelo Conselho Nacional de Desportos, observadas a legislação e as normas desportivas internacionais. Invoca também a Resolução do CND n.º 6/87, que, dando nova redação ao art. 9.º da Deliberação NND n.º 5/82, publicada no *DO* de 1.º-6-82, permite tal utilização.

Por despacho de 11-12-87, o Juiz Federal da 7.ª Vara do Rio de Janeiro, HENRY BIANOR CHALU BARBOSA, reconheceu, diante do disposto no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 4.717, não haver dúvida de que a camisa da Seleção Brasileira de Futebol atende a pelo menos dois itens da definição legal de patrimônio público: O VALOR HISTÓRICO E O ESTÉTICO: “o estético, porque, sendo o futebol espetáculo, tornou-se indissociável de sua beleza o uniforme da Seleção nos jogos internacionais. O histórico, porque o referido esporte integra nossa cultura e, portanto, a memória da coletiva nacionalidade”.

6. *Inserções publicitárias em filmes de televisão*

Franco Zeffirelli moveu contra o Canal 5 italiano uma ação de perdas e danos pelas inserções publicitárias ocorridas na transmissão de seu filme *La bisbetica domata* (A ranzinza domada) transmitido no dia 19-10-1983, obtendo da I Seção Civil do Tribunal de Roma, aos 20-2-1987, sentença reconhecendo terem ocorrido oito interrupções, cada uma delas de entre dois a quatro minutos, num total de 26 minutos e 61 slides, sobre as duas horas de duração líquida do filme. Nem por isso reconheceu o direito do diretor do filme.

A matéria foi objeto de amplos debates, do qual participaram produtores de filmes, organizadores, elementos da TV, magistrados, advogados, gerentes de entidades arrecadadoras, jornalistas etc., sintetizados por VINICIO MARINUCCI, em página inteira, sob o título em epígrafe de “Cinema d’Oggi”, de 9-7-1987, promovidos pelo “Istituto Giuridico dello Spettacolo e dell’Informazione” — IGSI.

O Presidente do IGSI, Prof. AUGUSTO FRAGOLA, destacou, inicialmente, quatro elementos que se deduzem da decisão.

De acordo com o primeiro, relativo ao mérito, a intercalação não implicou numa quebra da continuidade narrativa, tendo sido feito “um uso sábio e uma dosagem equilibrada das inscrições publicitárias, que não envolveram nenhuma depreciação estética do filme”.

A sentença, comparando a difusão pela televisão e a obra cinematográfica propriamente dita, admite uma “deteração” por parte daquela, ocasionado pela ambientação diferente, a diminuição das figuras, uma pior definição dos contornos, alteração das cores etc.

Daí deduz a diminuição necessária do preço do autor.

Preconiza, finalmente, uma intervenção legislativa para solução da matéria.

Dos longos debates travados, parece-me mereçam ser postos em realce as *Relações entre TV e publicidade*.

Lembrou o Prof. GINO GALTIERI, da Sociedade Italiana de Autores e Editores, SIAE, decisão do Tribunal de Roma de 30-5-1984, de acordo com a qual

“A transmissão por TV acompanhada por interrupções publicitárias, quando estabeleçam condições desfavoráveis à avaliação da efetiva identidade da obra e, reflexamente, contribuam para oferecer uma imagem alterada do valor e da personalidade do autor, constituem lesão do direito moral, nos termos do art. 20 da Lei n.º 633/1941.”

A posição hodierna — assinala — afasta-se bastante da anterior e levanta acentuada perplexidade. Por exemplo, quando afirma a liceidade das missões publicitárias, desde que se faça “um uso sábio e uma dosagem equilibrada, sem lacerações da continuidade narrativa”, faz pressupor a determinação de parâmetros e de regulamentos hoje inexistentes, além do fato que semelhante inscrição é sempre uma quebra do tecido narrativo de obra, mais ou menos grave.

Outrossim, maior perturbação acarreta a interrupção do comentário musical do filme, cuja ruptura é irremediável.

Contesta que a comunicação de um filme pela TV seja imprópria, em contraste com a do cinema: é apenas diferente, mas igualmente adequada, como outras facultadas pelas novas formas tecnológicas. Não se pode falar, com efeito, de uma “adaptação televisual” do filme nem de uma sua “forma deteriorada de comunicação”, mesmo com base na Convenção de Berna e dos desenvolvimentos tecnológicos.

A interrupção não é uma *modificação* da obra, de que o autor tenha conhecimento, mas é uma *perturbação*.

Nem se pode dizer esteja o espectador ciente de que a difusão pela TV de um filme constitua sempre uma forma de difusão “sucessiva e

acrescida”: basta lembrar dos filmes para TV o dos destinados ao mesmo tempo a esse e ao circuito cinematográfico.

Além do mais, o espectador pode pensar que as inserções publicitárias tenham sido admitidas pelo autor mediante compensação, mesmo aquelas de mau gosto, daí decorrendo um juízo negativo no sentido de sua dignidade.

Foi lembrado na ocasião terem sido justamente as excessivas interrupções publicitárias que provocaram revolta que levou à TV por cabo.

É verdade que também os jornais estão submersos em publicidade, que chega aos 60% das páginas. Mas poder-se-ia ao menos evitar que caia sobre o espectador sem um aviso prévio.

Entende o vice-presidente do IGSI, Prof. Massimo Ferrara Santamaria, não se dever de modo algum atribuir ao autor do filme a inserção do *jingle* publicitário, não podendo, por essa forma, causar-lhe prejuízo algum à sua honra e reputação. É uma interrupção do normal desenvolvimento narrativo da obra cinematográfica, mas não se pode dizer que a modifique em si mesma. O que pode ocorrer é que ela tenha sido inadequadamente apresentada ao público da TV, que, por outro lado, não é aquele ao qual a obra havia sido destinada.

Quem a vendeu à TV deve obter previamente o consentimento dos titulares de direito. É indispensável regular e limitar a publicidade inserida nos filmes teletransmitidos, concentrando-a no início, na metade e no fim da obra.

O advogado do Canal 5 italiano, VITTORIO DOTTI, entende que a sentença é digna da maior consideração como exemplo de modo de prestar justiça com base na pesquisa da mais correta interpretação dos fenômenos sociais e na focalização da relação entre a norma, o fato e as finalidades da regulamentação normativa, num sentido sabiamente evolutivo. A sentença cuidou de verificar o fenômeno atual das TVs comerciais sob um ponto de vista psicocultural, sancionando a diferença entre a feitura e a comunicação da obra.

A inserção da publicidade em TV era um velho falso problema: a obra deve permanecer íntegra somente no salão de cinema. O autor pode negar seu consentimento às inserções, mas, se ele não se opõe, a aquiescência está concedida, e a ele cabe até mesmo colaborar, indicando os pontos mais aptos a tais intercalações.

A presença da publicidade é, no seu entender, um mal necessário não somente no interesse vital das TVs particulares, mas também da indústria cinematográfica, a cujo sustento ela colabora de maneira relevante.

Como encaminhar uma solução para o problema?

O Prof. AUGUSTO FRAGOLA entende que pode encontrar-se numa distinção entre *direitos econômicos e regras de correção da comunicação*.

Os primeiros devem ser harmonizados mediante negociação individual ou coletiva, as segundas devem ser conquistadas por meio de uma espécie de "código de comportamento" ou de auto-regulamentação.

Lembremos, a propósito, que entre nós está em vigor, desde 1-1-1979, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em abril de 1988, em S. Paulo, com 72 artigos e 16 anexos, que contou com a adesão inicial de 13 entidades de classe, 197 anunciantes, todas as agências filiadas à ABP — Associação Brasileira de Agências de Propaganda, 1.200 emissoras filiadas à ABERT — Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, e 33 veículos de comunicação, incluindo os grandes jornais do País, a que fizemos referência às pp. 379 a 381 de nosso já mencionado *Direito de Autor. Princípios Fundamentais*.

7. A preconizada regulamentação do tempo de publicidade pela TV

É sem dúvida de interesse dos anunciantes e, pois, das agências de publicidade, bem como do público em geral, que a propaganda não aborreça os telespectadores. Não ocorre isto, certamente, pela excelência dos produtos, em geral, que têm recebido reconhecimento e numerosos galardões internacionais. Mas pode verificar-se pela repetição excessiva, ou pela demasia do tempo ocupado.

O Decreto n.º 50.450, de 12-4-1961, regulava a projeção de películas cinematográficas e a propaganda comercial através das emissoras de televisão, não admitindo (art. 10) que, quando *ao vivo*, através de mensagens, comunicações ou arranjos teatrais, excedesse de cinco minutos entre um e outro programa.

Foi todavia revogado pelo Decreto n.º 544, de 31-1-1962, que instituiu novas normas que passaram a regular a mesma matéria nos seguintes termos:

"Art. 10 — O tempo destinado à propaganda comercial entre um e outro programa não poderá exceder de 4 (quatro) minutos de anúncios sob as formas denominadas "Cts", "slide" ou "jingles" e 4 (quatro) minutos sob a forma de propaganda comercial "ao vivo" através de mensagens, comunicações ou arranjos teatrais."

Não existe, pois, critério de proporcionalidade entre publicidade e programação.

Sentindo a necessidade de uma regulamentação, os deputados norte-americanos aprovaram, no dia 9-6-1988, segundo anunciava a imprensa do dia seguinte, um projeto de lei que protege as crianças da "excessiva exposição" à propaganda pela televisão, limitando-a em 12 minutos por hora. Calcula-se que os petizes americanos permanecem em média até seis horas diárias diante de um aparelho de televisão.

Quando uma lei eliminou, em 1984, todas as restrições impostas aos comerciais nos horários infantis, muitas empresas do setor de brinquedos passaram a fazer programas utilizando, num método qualificado de subliminar para forçar o consumo, como personagens seus próprios produtos.

8. *A inserção publicitária nos programas de televisão por assinatura*

Estava prevista no projeto governamental que deu origem ao Regulamento do Serviço Especial de Televisão por Assinatura — TVA.

Art. 41 — As entidades exploradoras da TVA poderão destinar, no máximo, cinco minutos, em cada hora, do tempo diário de suas transmissões a inserções publicitárias.

Parágrafo único — Qualquer forma de publicidade direta (“merchandising”) será computada no limite estabelecido.

Mas o Decreto n.º 95.744, de 23-2-1988, que o aprovou limita-se, sumariamente, a aceitar a inserção publicitária na programação do TVA.

Esclarecia a exposição de motivos ter-se admitido *a inserção publicitária a um terço (5 minutos por hora)* da TV convencional, com vistas a se obter uma certa modicidade de preço de assinatura, a par de não se estabelecer concorrência prejudicial à televisão em circuito aberto, que não conta com receita proveniente de faturamento de assinaturas.

9. *A paródia na obra publicitária*

Determinado quadro da “TV Pirata” satirizou comerciais de empresas aéreas, o que as levou a requisitar a fita original do programa com o intuito de promover uma eventual ação indenizatória.

O tema foi ventilado pelo Professor de Direito e Advogado Walter Ceneviva (*Lei Garante Direito à Imagem Publicitária*, publicado na *Folha de S. Paulo*), que distinguiu os dois ramos jurídicos envolvidos: o direito autoral e o do direito à imagem. O primeiro aspecto decorre da natureza artística do anúncio de publicidade. Este pode ser, apesar de seu fundamento comercial, uma criação coletiva de arte, protegida como tal pela lei. Essa conclusão pode ser confirmada em estudo de ANTONIO CHAVES sobre o assunto no livro “Cinema, TV — Publicidade cinematográfica” (LEUD Editora, 328 páginas).

“O anúncio para a televisão é um produto intelectual, enquanto criação exteriorizada sob forma de filme ou de videoteípe. Trata-se de uma obra de arte aplicada e como tal assim considerada sempre que o valor artístico possa ser dissociado do caráter comercial de seu objeto. O autor do anúncio — a agência de publicidade ou terceiro contratado — cede seus direitos ao anunciante, para utilização plena ou restrita.

Tanto o autor do anúncio quanto os artistas (atores, compositores, intérpretes) têm exclusivo direito de colher os benefícios da criação ou de permitir seu aproveitamento, por quem quer que seja.

Quando a autorização não existe ou quando é negada, o uso do anúncio, no todo ou em parte, é proibido. Se alguém o usar sem ser autorizado, arrisca-se a sofrer duas conseqüências básicas. A primeira é uma interpelação que proíba novas infrações, mediante ordem expedida pelo juiz. A segunda consiste na cobrança das perdas e danos provocados pelo ato ilícito do mau uso, conforme vier a ser comprovado em juízo.

O direito veda o uso da imagem física ou moral de alguém sem seu consentimento. A "imagem" da pessoa jurídica é imaterial, mas também encontra proteção no direito. Para fins publicitários a imagem é exteriorizada por vários modos, nos quais a identificação é imediata. Ninguém tem dúvida de que as letras "TAP" na cauda de um avião indicam a "Air Portugal" (Transportes Aéreos Portugueses"). Talvez nem todos saibam o que é a Viação Aérea São Paulo Sociedade Anônima, mas serão raros aqueles que ignorem o que é a VASP.

Prossegue no assunto, por sua vez, o advogado, compositor e ex-Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, destacando ser a paródia permitida pelo art. 50 da Lei n.º 5.988/73, art. 50:

"São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem em descrédito."

"No caso concreto, que não consiste (a exemplo, também, dos demais quadros satíricos do programa) mera reprodução (mesmo que parcial) da obra originária, é necessário, apenas, que se verifique se estaria acarretando, ou não, descrédito à obra originária (o filme publicitário em discussão).

Não deixa de ser uma tarefa delicada tal verificação: a simples forma "jocosa", cômica, até ridícula de utilização (criativa) da obra intelectual (que pode ser uma música, uma poesia, ou, como é o caso, um *jingle* sincronizado em filme publicitário) é própria à conceituação de "paródia", que é a imitação burlesca (ridicularizante) da obra."

Assim, o seu "descrédito" (terminologia legal) não pode se limitar apenas a esse conteúdo satírico. É necessário que o escárnio empregado implique em verdadeira "desonra", em real "depreciação" da obra aproveitada. A dificuldade, no seu entender, será precisar com exatidão essa tênue linha que separa o "ridículo" do "depreciativo" e, a partir daí, reprimir — ou não — os autores da paródia e os co-responsáveis pela ilicitude (no caso a Rede Globo e demais envolvidos). Naturalmente, se fosse o caso de "concorrência desleal" (se a paródia fosse patrocinada, direta ou indiretamente, por alguém que tivesse interesse em prejudicar as atividades da concorrente), o tratamento do assunto deveria levar em conta esse fator, em benefício do prejudicado (aqui a má-fé seria evidente e a penalização do infrator seria merecida).