

Direitos autorais nas criações publicitárias

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela Universidade
de São Paulo — Professor Livre Do-
cente de Direito Civil na Faculdade
de Direito da USP

SUMÁRIO

I — DIREITOS AUTORAIS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

1. *A criação intelectual no âmbito da atividade empresarial; a obra sob encomenda*
2. *A iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração como determinantes do estatuto da obra resultante*
3. *As diferentes situações detectadas na prática e os respectivos regimes jurídicos*
4. *A encomenda como título derivado de aquisição de direitos autorais*
5. *A encomenda como título originário de aquisição de direitos autorais: a pessoa jurídica como titular de direito*

II — DIREITOS AUTORAIS NA PUBLICIDADE

6. *Posição dessa problemática no contexto da atividade publicitária*
7. *A iniciativa e a criação das obras publicitárias: o papel da agência de publicidade e o do anunciante*
8. *O vínculo entre agência e os elaboradores*
9. *As condições de elaboração da obra: o trabalho de equipe como regra geral*
10. *As obras resultantes e os respectivos regimes jurídicos*

I — DIREITOS AUTORAIS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

1. *A criação intelectual no âmbito da atividade empresarial; a obra sob encomenda*

Objetivamente consideradas e independentemente da destinação ou da intenção de seu criador, as criações intelectuais podem, de um lado, preencher objetivos estéticos ou de conhecimento, ou, de outro, dar origem a utilidades materiais.

Com efeito, certas criações satisfazem a exigências do intelecto (as obras estéticas, como as de literatura e de arte); outras servem à consecução de objetivos práticos (as máquinas, aparatos, inventos).

Dessa constatação, chegou-se à concepção e à construção de dois sistemas jurídicos — ambos de natureza intelectual — para a sua regência, a saber, o direito de autor e o direito da propriedade industrial, aquele para as obras estéticas, este para as de cunho utilitário.

As obras estéticas — que ora nos interessam — podem, por sua vez, servir apenas à sensibilização (como, por exemplo, a escultura ou a tela de pintura destinadas a ornar ambientes), ou ingressar na circulação jurídica, em especial por meio da ação de empresas de edição e de comunicação de obras intelectuais (como, por exemplo, os textos de literatura, as músicas, as peças teatrais).

Nessa última função, essas criações alimentam extenso segmento empresarial que se vem expandindo continuamente, em razão de exigências de divulgação de conhecimentos, de lazer, e de entretenimento, mais presentes ainda quando se aperfeiçoa o aparato tecnológico, se acirra a concorrência e se sofisticava o mercado.

Existe hoje verdadeira indústria de comunicações, que se funda em criações intelectuais, impondo, cada vez mais, a integração a seu contexto, de literatos, poetas, pintores, desenhistas, músicos, compositores, artistas e demais criadores, que vêm imprimindo um sentido especial a esse setor empresarial, fazendo nascer, em consequência, problemas novos no campo do direito, em particular do direito de autor, que estão a desafiar os técnicos na matéria, exatamente em função da extrema especificidade de que se revestem.

Mas, nesse campo, já se encontram definidas certas orientações e delineados os contornos básicos dos direitos de todos os que nele militam, graças, principalmente, ao intenso labor desenvolvido a nível internacional, em sucessivas convenções que vêm desde a de Berna, em 1886.

Procurando acompanhar a evolução das artes e das técnicas e adaptar as normas à realidade do momento, revisões periódicas vêm sendo feitas na citada convenção, passando daí, por força de internação, nos países convenientes, a integrar a respectiva legislação, sempre sob o sopro vivificador da doutrina e o leme seguro da jurisprudência.

Assim é que, com respeito à utilização de obras intelectuais no mundo empresarial, já se encontram assentados certos princípios e certas normas, que universalmente se aceitam como inconteste na matéria, à luz da noção central *obra de encomenda*, que tivemos a oportunidade de definir e especificar, em seus diferentes quadrantes, na tese *Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda* (SP, RT, 1977), na qual estudamos em profundidade o tema, identificando as várias facetas que pode, em concreto, assumir e mostrando a correspondente solução jurídica, no direito comparado e no direito nacional.

Com efeito, é à base de solicitação, ou de sugestão, que se desenvolve, no plano empresarial de comunicações, a atuação dos criadores intelectuais que intervêm no nascimento da obra intelectual, apartadas as situações em que o autor ingressa com obra pronta para edição (quando, então, a iniciativa lhe pertence), ou é especificamente contratado para utilização de obra sua já acabada.

A regra é a contratação para a elaboração, vale dizer, o criador, ou é convidado a trabalhar certo tema, ou a participar em certa obra, ou em parte dela, sob a direção ou a orientação de quem a sugere ou idealiza.

A iniciativa pertence, pois, ao encomendante (empresa de comunicações, seja editora, produtora ou promotora de espetáculos), que orienta, colabora, ou dirige os trabalhos de consecução da obra final (texto literário ou jornalístico; fotografia; pintura; gravura e outros).

Daí o nome *obra sob encomenda* que se lhe confere universalmente, figura essa que inúmeras controvérsias no passado suscitou, em face de seus contornos próprios, mas ora já assentada, em suas linhas mestras, na doutrina, na jurisprudência e na legislação, conforme no referido texto mostramos (pp. 65 e ss. e 117 e ss.).

2. *A iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração como determinantes do estatuto da obra resultante.*

Na obra sob encomenda, a determinação do respectivo regime jurídico depende, fundamentalmente, dos seguintes fatores: a iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração.

A iniciativa — que, invariavelmente, pertence ao encomendante — delinea as circunstâncias da concepção e da esquematização da obra e os criadores ou técnicos que nela operarão.

Definem-se, então, o tema, suas linhas básicas e a técnica de apresentação, dentre outros elementos próprios a cada situação ou a cada forma de utilização da obra.

Tudo isso ocorre sob a orientação da empresa — na pessoa do responsável (ou responsáveis) pelo setor correspondente —, cumprindo aos criadores executar as tarefas que lhes são confiadas, a saber, redação do texto, desenho, pintura, gravura e assim por diante.

Nessa parte, ou é destacado um dos elaboradores do quadro de pessoal da empresa ou é contratado externamente — e, nesse caso, que ora não nos interessa, a respectiva situação se definirá pelo contrato que com a empresa celebrar — ou, ainda, são designados dois ou mais intelectuais para a produção da obra, sob a égide do responsável pelo setor.

Normalmente, o vínculo entre a empresa e o criador interno é de ordem trabalhista, pura e simplesmente, eis que na prática, como observamos, ainda não se tem exata noção do alcance dos direitos autorais em certos setores empresariais.

Nas empresas conscientizadas dessa problemática, ou ávidas de assegurar a plena utilização das obras, costuma-se, a par disso, celebrar contrato de cessão de direitos autorais — como lhes permite a legislação de regência — assegurando-se, em concreto, quanto aos diferentes objetivos visados na exploração da obra.

Mas, em algumas atividades, eis que remunerado para produzir obras intelectuais, o criador vincula-se à empresa por simples contrato de trabalho, convencido que está o empresário de que a remuneração paga lhe permite usar a obra realizada no fim próprio de sua empresa (assim, por exemplo, o editor que tem escritores ou poetas a seu serviço; a produtora de fonogramas que dispõe de músicos e de compositores em seu quadro de pessoal e assim por diante).

As condições de elaboração da obra — que variam em cada espécie da obra e dos interesses em causa — influem, decisivamente, na definição do estatuto da obra final realizada.

Diferentes posições podem ser identificadas em concreto, gerando cada qual um tipo de obra, sujeito a regime jurídico próprio, com diversificada atribuição de direitos (ob. cit., pp. 117 e ss.).

Dessa forma, é pela análise de todos esses elementos que o intérprete poderá dizer, com segurança, quem é o criador da obra e que direitos possui.

Da conjugação desses dados é que resultará, clara e indiscutível, a titularidade de direitos em concreto, permitindo ao analista, frente à legislação vigente, definir a exata posição dos interessados.

3. *As diferentes situações detectadas na prática e os respectivos regimes jurídicos*

Pudemos, assim, detectar diversas situações na prática — e, universalmente, tratadas no plano jurídico, de modo definido — sujeitando-se cada uma a um regime próprio.

De início, levando-se em conta a encomenda pura e simples ou de prestação autônoma de serviços — portanto, sem vínculo de emprego ou de função —, pode o criador produzir livremente a obra ou contar com a participação ou sofrer a direção do encomendante, recebendo a remuneração ajustada no respectivo contrato.

Dai, podem surgir os seguintes tipos de obra: obra de produção livre (o autor é o único titular de direitos sobre a obra); obra em colaboração (quando produzida em comum, ou seja, nela se insere contribuição intelectual do encomendante; em que ambos têm direitos sobre a obra), ou obra dirigida (em que o elaborador, como instrumento mecânico, imprime realização à forma concebida e externada pelo encomendante, que dirige o seu trabalho, sendo este, pois, seu único titular, podendo, conforme o caso, resultar, se houver contribuição pessoal daquele, obra em colaboração) (ob. cit., pp. 118 a 139).

Na encomenda vinculada a contrato de trabalho ou a relação funcional — regra nas atividades empresariais —, existe relação de dependência hierárquica, os serviços são prestados em caráter de continuidade e o criador percebe remuneração exatamente para elaborar obras intelectuais, ficando sob a direção da empresa.

Distinguem-se, na espécie, a obra individual de autor assalariado, quando o criador recebe a incumbência e desenvolve-a sozinho, e a obra coletiva, quando trabalham diversas pessoas em sua elaboração, fundindo-se as contribuições de cada qual na obra final resultante, sem possibilidade de individualização (ob. cit., pp. 139 e ss.).

Os direitos e obrigações das partes são definidos, na primeira categoria (obras de autônomos), pelos elementos expostos, assumindo ênfase especial os contratos entre as partes existentes.

Na segunda categoria (obras de assalariados), tem-se por assente, universalmente, que os direitos autorais pertencem ao encomendante, a nível patrimonial, para utilização na atividade específica para a qual foi elaborada (na obra individual de autor assalariado), ou a nível patrimonial e moral (a título de criação, na obra coletiva).

Dessa forma, a encomenda pode assumir a condição de título derivado ou originário de aquisição de direitos autorais (ob. cit., pp. 68 e ss., 75 e ss. e 79 e ss.), conforme o caso.

4. *A encomenda como título derivado de aquisição de direitos autorais*

Com efeito, de regra, a encomenda constitui título derivado de aquisição de direitos autorais, eis que a criação é o único título originário admitido no sistema tradicional — à exceção do direito anglo-norte-americano (ob. cit., pp. 82 e ss.), em que se aceita o encomendante como titular originário — como demonstramos, ainda, na referida tese (pp. 66 e ss.).

É, portanto, título derivado de efeitos patrimoniais: confere ao encomendante os direitos decorrentes da utilização econômica da obra na forma específica de sua atividade, permanecendo, na esfera do autor, os demais direitos patrimoniais (desde que não cedidos por expresso) e os direitos morais sobre a obra (ob. cit., pp. 71 e ss. e 144 e ss.).

Vale dizer: o empregador adquire, pelo simples fato da iniciativa e da direção da obra e da remuneração do autor para a criação, os direitos patrimoniais que advierem da utilização econômica da obra na atividade própria de sua empresa, mesmo à inexistência de contrato escrito.

Esse efeito decorre da própria natureza da encomenda na atividade empresarial, em que a empresa assume os riscos da exploração, pondo à disposição do criador os meios técnicos e materiais necessários.

Essa é a razão lógica desse posicionamento, que tem, em sua sustentação, sagração doutrinária, jurisprudencial e legislativa, em todos os países, e resultante de longa elaboração.

5. *A encomenda como título originário de aquisição de direitos autorais: a pessoa jurídica como titular de direitos*

Mas por exceção e ainda sob o mesmo princípio da criação como base para a atribuição do direito, na obra coletiva tem-se como criador a empresa ou a pessoa sob cuja direção venha a nascer.

Com efeito, resultando a obra da iniciativa da empresa — que a dirige, edita e divulga —, justo se torna atribuir-lhe os direitos autorais, exatamente porque a concepção e a realização da obra, cujos riscos suporta, não seria possível sem essa organização.

Nessa obra, ademais, a elaboração pessoal de cada criador se funde no conjunto final, de sorte que, na prática, impossível se torna identificar a participação de cada um e, em consequência, reconhecer-lhe quaisquer direitos.

Na verdade, essa orientação está em plena consonância com a natureza das coisas, pois a pessoa jurídica sempre atua no mundo civil por

meio de pessoas físicas, realizando sua vontade, praticando atos, firmando negócios, enfim, assumindo direitos e obrigações.

Na obra coletiva, é a pessoa jurídica o titular de direitos, que se vale das pessoas físicas de seus empregados para a realização da obra que idealiza, programa e concretiza, editando-a e divulgando-a posteriormente, para efeito de obter os resultados próprios de sua atividade (ob. cit., p. 80).

Da mesma forma, quando a ingerência do comitente reduz a atividade do elaborador a de mero instrumento mecânico de consecução de sua criação, também aí se lhe reconhece a qualidade de autor originário da obra, expressamente aceita pela melhor doutrina (*id.*, *ib.*).

II — DIREITOS AUTORAIS NA PUBLICIDADE

6. *Posição dessa problemática no contexto da atividade publicitária*

Essa problemática reflete-se, em todo o seu esplendor, na atividade publicitária, exatamente porque, de um lado, é empresarial, do setor de comunicações, e, de outro, emprega, em seu desenvolvimento, sob vínculo laboral, criadores intelectuais, surgindo sob sua direção obras de engenho destinadas a sensibilizar o público em geral para os produtos que enaltece, como acentuamos em outra tese, *Direito de Autor na Obra Publicitária* (SP, RT, 1981), matéria em que nos especializamos, inclusive no trato pessoal diuturno.

Com efeito, a publicidade, cujo papel é ressaltado por todos que se dedicam ao estudo das atividades econômicas, ocupa ora posição de relevo na estimulação de criações intelectuais estéticas, pelo amplo espectro que de sua ação deflui.

Por isso é que GIUSEPPE PADELLARO — especialista italiano — põe em relevo a importância da atividade, assinalando:

“invero la pubblicità, è quasi ovvio affermarlo, è uno dei fenomeni che caratterizzano la nostra epoca”, e “strettamente connesso allo sviluppo e alla diversificazione della produzione che caratterizzano il sistema economico contemporaneo” (*Il Diritto d'Autore: la Disciplina Giuridica degli Strumenti di Comunicazione Sociale*, Milano, Vallardi, 1972, pp. 141 e 142).

Integrada hoje por empresas as mais especializadas, associações e entidades de controle, ocupa espaços consideráveis no mundo dos negócios, contribuindo, pelo vulto dos empreendimentos e dos resultados, para a expansão da economia do país.

Alma dos negócios, como se diz na linguagem comum, a publicidade é a mola propulsora das demais atividades industriais, comerciais e de serviços, pois, por meio das mensagens que cria e transmite é que o consumidor é levado a adquirir os bens, produtos, ou serviços que aquelas lhe oferecem.

Ora, no centro dessa nervosa e dinâmica atividade — em que se concentra importante parcela do produto bruto nacional —, encontra-se a agência de propaganda (ou de publicidade, como mais tecnicamente ora se diz), empresa comercial especializada, em cujo seio são concebidas, criadas e produzidas diferentes obras intelectuais (anúncios, telas, filmes, *spots* e outros) destinadas a exaltar ou a apontar bens, produtos ou serviços que os anunciantes (principalmente empresas produtoras, comerciais, ou de serviços) têm a oferecer ao público consumidor em geral.

Dispõe a agência de criadores e técnicos — ou os contrata, especificamente, para certos casos —, por meio dos quais realiza as campanhas publicitárias que lhes são encomendadas por seus clientes, os anunciantes.

Em seu interior, são concebidos, realizados e editados os anúncios (ou *reclames*) — expressão genérica que congrega as obras produzidas na publicidade — que servirão de meio para a difusão dos bens ou serviços oferecidos.

Não é sem razão que os deões da publicidade em França, BERNARD DE PLAS e HENRY VERDIER, acentuam que:

“l’annonceur évitera la complication que représenterait pour lui l’obligation d’entrer en rapports successifs avec ces différents professionnels. Il s’adressera plus volontiers à un éditeur publicitaire qui assurera la création et la fabrication de l’affiche; puis il traitera pour l’acquisition des emplacements et la pose avec une agence d’affiches.”

E, se confia “la gestion totale de son budget à une agence de publicité”, esta “se chargera, le plus souvent sous son contrôle, de l’ensemble des opérations.” (*La Publicité*, Paris, PUF, 1976, p. 51).

“Ces créateurs et intermédiaires nécessaires” —, como os citados autores denominam as agências — “constitueront la partie la plus importante des professions de la publicité...”, cabendo-lhes “d’assurer, en tout ou en partie, pour le compte et au nom des annonceurs, la conception, la réalisation, l’exécution et la diffusion de la publicité sous toutes ses formes” (ob. cit., pp. 52 e 83).

É a agência, consoante palavras sintéticas de CARLOS ZAVALA RODRIGUES, também doutrinador específico na matéria, “que se encarga

de organizar la publicidad que le encomienda el anunciador”, e tão estreito laço se forma que “el anunciador se entrega a ella y le brinda su confianza”.

E, em resumo, acentua que:

“la agencia prepara la publicidad y la entrega a los órganos que han de publicarla, distribuyéndola convenientemente.” (*Publicidad Comercial: Su Régimen Legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947 pp. 546 e 547). No mesmo sentido: JOSÉ MARIA DE LA ECUESTA RUTE (*Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 281); JEAN CLAUDE DASTOT (*La Publicité: Stratégie de l'Entreprise*, Verviers, 1973, pp. 13 e ss.) e JOÃO M. LOUREIRO (*Direito da Publicidade*, Lisboa, Casa Viva, 1981, pp. 27 e ss.).

Salienta, então, outro especialista, FRANCISCO HUNG VAILLANT, que, na publicidade, em termos gerais, a empresa gestora (a agência) “desempeña un papel de mediación o de creación” (*La Regulación de la Actividad Publicitaria*, Caracas, Universidad Central, 1972, p. 21).

Mas é ROBERT LEDUC — esperto, de nome internacional, na publicidade — que descreve a natureza e as funções da agência, salientando que é

“uma organização comercial independente, composta de criadores e técnicos, cujo objetivo é conceber, executar e controlar a propaganda e colocá-la nos veículos publicitários, por conta de empresas que procuram encontrar clientes para seus bens e seus serviços” (*Propaganda: Uma Força a Serviço da Empresa*, trad., S. Paulo, Atlas, 1972, pp. 287 e 288; ou em *Le Pouvoir Publicitaire*, Paris, Bordas, pp. 151 e ss).

Realça que a agência concebe, executa e controla a propaganda, agindo por conta do anunciante, enquanto que

“o criador-redator e o criador gráfico trabalham, em geral, em conjunto, uma vez que o serviço de criação é, de modo geral, composto de células (ou grupos) de criação” (ob. cit., p. 289).

Nesse mister, a parte preponderante cabe ao redator ou ao diretor de arte, mas realça-se, no conjunto, o trabalho de “equipe”, sob a égide de um planejador.

Daí por que acentua que o serviço de criação é *amalgama de talentos* existentes em sua equipe, aos quais, quando necessários, criadores externos vêm juntar-se (ob. cit., p. 291).

Na mesma diretriz, manifestam-se: ARMANDO SANTANA (*Teoria Técnica e Prática da Propaganda*, SP, Pioneira, 1973, pp. 177 e ss.); EUGENIO

MALANGA (*Publicidade: Uma Introdução*, S. Paulo, Atlas, 1976, pp. 85 e ss.) e CLAUDE HOPKINS, que exalta a necessidade de conjugação com o anunciante para a otimização do trabalho ("Propaganda", trad., S. Paulo, Cultrix, 1966, pp. 49 e ss.) (V., a respeito, tb. SANTANA: ob. cit., pp. 55 e ss.).

A ligação com o anunciante constitui relação contratual específica, em que se acentua o papel criador da agência, como frisa NICOLE CHOLLET ("Le Cadre contractuel de la prestation de publicité" in *L'Avenir de la Publicité et le Droit*, Centre de Droit de l'Entreprise, Montpellier, Litec, 1977, pp. 227 e ss.).

Na verdade, nos dias atuais, como bem sentiu HERMANO DUVAL — especialista brasileiro —, a atividade do setor está hoje "praticamente concentrada na agência de publicidade", que, pelo contrato com o anunciante "se obriga à criação, preparação, programação e execução de uma campanha publicitária . . .", cabendo àquele "fornecer os dados necessários à realização da campanha" (*Publicidade e a Lei*, SP, RT, 1975, pp. 39 e 67).

7. *A iniciativa e a criação das obras publicitárias: o papel da agência de publicidade e o do anunciante*

No campo publicitário, as obras correspondentes nascem, pois, sob a iniciativa da agência, que a cria e a elabora.

Exatamente porque instrumentada para tal, face ao pessoal especializado e o aparato técnico necessário, por definição é a agência que cria os anúncios e os produz e divulga, por meio dos veículos (meios de comunicação) próprios (jornal, revista, rádio, televisão, conforme o caso).

Utiliza para esses fins seus próprios empregados — contratados pelo regime celetista — que recebem remuneração (e elevada) exatamente para idear e executar textos, desenhos, gravuras, pinturas e demais obras compatíveis, sempre sob a orientação de seu departamento especializado (o de criação), sob a responsabilidade de um profissional do setor.

Pode, em certos casos e no interesse da campanha, contratar estranhos ou utilizar obras já existentes, mediante a autorização de seu autor, mas, de regra, as grandes agências já estão aparelhadas para, com recursos próprios, realizar por si as obras encomendadas.

Pode, também, confiar a produção final a empresa especializada (como, por exemplo a de um "jingle", ou "filme") e isso com freqüência vem ocorrendo, dada a sofisticação desses setores.

Pode, ainda, o próprio anunciante dispor de departamento próprio de criação de anúncios, mas também por exceção, em face da alta especialização e o nível de concorrência hoje imperantes.

Na criação e na elaboração das obras, a agência é que toma, de regra, a iniciativa, propondo temas, motivos, formas ao anunciante, que depois definirá a linha de sua preferência.

Estreita colaboração existe entre ambos — exatamente como frisamos, porque, na confiança recíproca reside a atividade — de sorte que é freqüente o intercâmbio de idéias, a modificação de textos ou de figuras, a mudança de estratégia, tudo no sentido de otimização dos resultados.

Nesse mister, a agência dispõe de elemento de contato — de ligação — com a empresa anunciante, por meio do qual são realizadas as gestões tendentes à definição da campanha e à sua efetivação.

Participa, assim, o anunciante — com matizes mais fortes, ou não, conforme o caso — na elaboração, mas, de um modo geral, é da agência que advém a idéia, a forma e a sua realização concreta.

8. *O vínculo entre a agência e os elaboradores*

De regra, a agência conta, em seu quadro de pessoal, com criadores intelectuais para textos e artes — com os quais compõe o seu “Departamento de Criação” — profissionais do setor, que recebem remuneração considerável exatamente para criar e executar obras publicitárias e têm, entre nós, registros próprios.

O regime de contratação é o do simples contrato de trabalho — entre nós, obediente também a disposições de lei especial (que regula a publicidade) — reduzindo-se, pois, o vínculo entre agência e empregado a simples relação empregatícia.

Vale dizer: não se costuma celebrar contrato para regência de relações decorrentes da utilização de direitos autorais — inobstante recomendações que temos feito — mas isso em função do dinamismo da atividade e da celeridade dos negócios, os quais, freqüentemente, são firmados de modo verbal, por telefone (como observamos, com freqüência, na prática), envolvendo vultosas verbas em campanhas de índole nacional e anunciantes e agências de maior expressão.

Tudo isso, a par do senso prático do empresário de publicidade — que, pelo fato de pagar remuneração ao elaborador intelectual, considera-se autorizado a utilizar, legitimamente, a sua obra no fim proposto —, contribui para que as relações em causa fiquem circunscritas, no plano instrumental, ao simples contrato laboral.

Algumas empresas, no entanto, costumam, para obviar discussões que possam surgir em concreto, firmar contratos de direitos autorais com os criadores, quando se trata de obra pronta e que desejem utilizar,

ou de obra confiada a um só elaborador, obtendo, assim, autorização específica para o seu aproveitamento econômico.

Firmam, então, cessões de direito, nas quais fazem constar declarações de que podem usar a obra, mediante as condições em cada caso estipuladas, com ou sem remuneração, conforme o salário compreenda ou não a utilização pretendida.

Mas, deve-se frisar, a regra é a existência apenas de vínculo laboral, remunerando-se os especialistas em criação exatamente para realizar, ou executar, obras encomendadas.

9. *As condições de elaboração da obra: o trabalho de equipe como regra geral*

Concebida e planejada a obra na agência, a sua consecução prática é confiada aos elaboradores, de conformidade com os respectivos potenciais e aptidões.

A agência dispõe de equipes de criação diferentes, ou grupos de criação, consoante as respectivas dimensões, nos quais atuam redatores, desenhistas e artistas, de um modo geral, cada qual sob a orientação de um "diretor de arte".

Os trabalhos desenvolvem-se, em uma sucessão de textos, esboços, minutas, traços, linhas, que são discutidos entre os integrantes do grupo, que, nesse trabalho, emprestam sua colaboração pessoal aos demais, interpenetrando-se, portanto, os respectivos aportes.

Dessa forma, depois de discutido e elaborado no grupo o trabalho final resultante, é oferecido o "layout", que, submetido ao cliente pelo contato e aprovado, é levado à produção.

Nessa seqüência, pode o anunciante sugerir modificações, aceitar ou não o conjunto, repudiá-lo, enfim, não se chegar a uma obra final, que só vai à produção quando todos estiverem concordes, agência e anunciante, por seus representantes habilitados.

Conseqüentemente, do esboço inicial traçado pelo elaborador pode-se chegar a figura, ou a texto completamente diversos; alterações podem ser neles introduzidas; adições e subtrações são freqüentes, tanto a textos, como a desenhos ou a figuras.

Essas modificações operam-se em um dinamismo tal e sempre em trabalho de equipe, de sorte que, no final, impossível se torna, de regra, a identificação da colaboração de cada qual e, inclusive, da equipe do próprio anunciante, conforme o caso.

Releva acentuar — como se anotou — que, nesse mister prospera o sentido de conjunto, de trabalho de equipe, de integração de contribuições, sempre sob a direção e a orientação da agência, por meio de seus diretores e responsáveis.

Ademais, as próprias obras publicitárias — por pertencerem ao gênero de obras complexas, em que se mesclam diferentes criações — exigem mesmo a conjugação de vários elaboradores em sua consecução.

Nessa diretriz é que, na tese mencionada, escrevemos:

“A criação e a produção da obra publicitária demandam um trabalho em série, que envolve especialistas da área, criadores, artistas, escritores, produtores e intérpretes, concentrando-se, normalmente, na agência de propaganda”, a qual definimos como “empresa especializada na preparação, na elaboração e na veiculação de mensagens comerciais” (ob. cit., p. 123).

Face à imperatividade de criar e enfatizar a imagem positiva do produto ou da marca em jogo, estreita-se o relacionamento com o cliente, “obrigando-se o anunciante a fornecer à agência todos os elementos necessários” (p. 124); daí por que: “na fixação da campanha, a agência mantém os contatos necessários com o departamento ou funcionários da empresa anunciante” (p. 125).

Estabelecido o planejamento, “passa-se à criação, pois já definidos o tema (idéia central) da campanha e o apelo” e ainda consoante assentamos alhures:

“Os trabalhos de elaboração são conduzidos pelo departamento próprio da agência — denominada exatamente “departamento de criação” — que tem em sua composição, no mínimo, um diretor de arte e um redator, geralmente empregados da agência. Em muitos casos, a agência contrata artistas, escritores e outros talentos para a criação; recrutados inclusive dentre as maiores expressões da intelectualidade, em diferentes épocas, ou utiliza, mediante autorização, artes e textos vindos antes a lume” (ob. e loc. ult. cits.).

Em seguida, ainda:

“Apresentada a idéia-matriz e depois das necessárias definições, esboça-se o “layout”, redige-se o texto, ou insere-se a composição no correspondente *corpus mechanicum* — (acetato, fita, película e outros) e “aprovada pelo anunciante a composição, passa-se à fase de produção da obra (que compreende: desenho, filmagem, gravação, em disco ou em fita), ou à arte final (textos, ilustrações ou fotos por diferentes processos, como tipográficos, litográficos, fotolitos gráficos, rotográficos)” (ob. e loc. ult. cits.).

Em todas essas etapas, a agência mantém sob sua direção numerosos empregados de diferentes setores, cujo trabalho organiza e controla (ob. cit., p. 123).

Portanto, a elaboração da obra publicitária pressupõe: diversidade de elaboradores; o trabalho em equipe; integração de suas contribuições ao conjunto final; direção da agência, de sorte que, no final, não se pode distinguir a participação de cada um.

10. *As obras resultantes e os respectivos regimes jurídicos*

Como consequência, a regra é a da existência de obra coletiva, porque de iniciativa da agência, que mantém sob emprego os vários elaboradores nela utilizados, configurando a obra final (texto, "jingle", filme etc.) conjunto incindível, no qual não se pode individualizar a contribuição de cada qual.

O respectivo regime jurídico obedece à esquematização exposta, a saber: titular originário dos direitos autorais é a agência, que pode utilizar o anúncio para o fim correspondente, recebendo do anunciante a remuneração ajustada; os elaboradores fazem jus aos respectivos salários e demais verbas em sua relação empregatícia previstas.

As relações de direito autoral resumem-se, nesse caso, à agência e ao anunciante, ficando a primeira com direitos assegurados quanto a terceiros.

Entre a agência e os elaboradores cingem-se ao plano trabalhista as relações em causa.

Já isso não ocorre, no entanto, quando se tratar de obra individual de autor assalariado — que, embora não freqüente, pode existir —, ou seja, quando o empregado criar e realizar sozinho a obra (texto, tela, "jingles" etc.).

Nesse caso, a empresa será titular derivada de direitos patrimoniais, podendo usar a obra no fim próprio, ressalvados ao empregado os direitos morais e os patrimoniais não cedidos por expresso.

Também quando, no contexto de uma obra coletiva, houver criação estética autônoma individualizada — por exemplo, em um anúncio feito em tela, a pintura ideada e executada por um só artista; em um "jingle", a composição musical criada por um só autor —, prevalecerá a orientação referida quanto a essa obra em si, destacável do conjunto, sem prejuízo do direito sobre o conjunto.

Resumem-se, todavia, a essas posições, as situações fáticas possíveis, como observamos ao longo dos estudos e da experiência haurida em concreto, em nossa atividade profissional.