

Processo administrativo nº E-18/450762/2010

Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro – FTM/RJ. Dever Constitucional do Estado de Promover Acesso à Cultura. Interesse Público Primário. Serviço Público Social. Servidores Públicos dos Corpos Artísticos da FTM/RJ (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica). Regime Jurídico. Atribuições e Deveres dos Cargos. Participação em Espetáculos e Gravações. Leis Federais n. 9.610/98 e n. 6.533/78. Desnecessidade de Autorização Prévia para Fixação das Performances. Função Social Dos Direitos Autorais. Direitos Autorais E Direito De Imagem *Versus* Direito À Cultura E Direito À Educação. Conflito De Normas Constitucionais. Ponderação De Interesses. Obra Produzida Em Estrito Cumprimento De Dever Funcional. Possibilidade Utilização Das Gravações Dentro Das Finalidades Institucionais Da Fundação. Formação De Acervo Para Memória Cultural Do Estado. Princípio Da Eficiência. Exibição Das Gravações Em Escolas Públicas. Complementação Da Educação Dos Estudantes. Necessidade De Observância Dos Direitos Morais.

I – A CONSULTA

01. Trata-se de processo administrativo inaugurado a partir de correspondência s/nº encaminhada pela Associação dos Músicos da Orquestra Sinfônica do Theatro Municipal do Rio de Janeiro – AMOSTEMURJ à Presidência da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro – FTM/RJ, no qual se comunica que, *“no caso de haver qualquer equipamento que possibilite o registro audiovisual dos ensaios e/ou espetáculos, da temporada da ópera Romeu e Julieta durante o mês de setembro de 2010, no próprio TM, e inexistindo a prévia autorização por escrito e individual dos músicos da OSTM, os mesmos não se sentem obrigados a fazê-lo por força da Lei Federal de n. 9.610, de 19.02.1998.”*

02. A Assessoria Jurídica - AJUR da FTM/RJ emitiu parecer (fls. 03) no sentido da desnecessidade da autorização prévia e individual dos músicos da OSTM em razão da gravação fazer parte da atribuição básica do cargo ocupado pelos músicos instrumentistas, sem prejuízo de se resguardar os direitos conexos dos intérpretes, de natureza moral e patrimonial.

03. Às fls. 19, a Assessoria Jurídica - AJUR da Secretaria de Estado de Cultura vistou e aprovou o parecer da AJUR da FTM/RJ, tendo acrescentado que

o material decorrente das gravações restringe-se à utilização interna da FTM/RJ, para constituição de acervo para arquivo interno e sem qualquer fim comercial.

04. Em razão da relevância da questão, a Exma. Secretária de Estado de Cultura, Sra. Adriana Scorzelli Rattes, encaminhou o presente processo administrativo à Procuradoria Geral do Estado formulando consulta a respeito da necessidade da concessão de autorização prévia e por escrito pelos servidores dos Corpos Artísticos (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica) da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro para que seja realizada a gravação de suas performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais.

05. Aduziu, na consulta, que os servidores, em que pesem as atribuições inerentes aos cargos que ocupam, vêm impossibilitando os registros dos espetáculos e das exibições pela FTM/RJ ao longo dos anos invocando a Lei Federal n. 9.610/98.

06. Ademais, informou que o material a ser gravado durante a performance dos servidores restringe-se (i) à utilização interna, para documentação da cultura e arquivo no Centro de Documentação da FTM/RJ, com o intuito de conservar a memória e a história das exibições no Teatro Municipal, custeadas pelo erário público e sujeitas ao controle das contas públicas; (ii) bem como para possível apresentação em escolas públicas, sem qualquer intuito comercial, resguardando-se todos os direitos conexos de natureza moral e patrimonial dos intérpretes.

07. Havendo-me sido distribuídos os autos do processo administrativo E-18/450.762/2010, e após pesquisa perante o Setor de Documentação da PGE, no qual não encontrei precedentes relevantes para o caso, passo a opinar.

II – ANÁLISE DA QUESTÃO JURÍDICA.

08. Para uma melhor estruturação do parecer, dividiu-se a análise em duas partes, sendo a primeira dividida em quatro tópicos e a segunda em três tópicos. Na primeira parte, serão feitas inicialmente considerações sobre o dever constitucional do Estado de promover o acesso à cultura, consistente num direito fundamental de 2ª geração, demonstrando-se, por conseguinte, que o serviço público que é prestado através da FTM/RJ revela-se como de interesse público primário. Posteriormente, serão feitos apontamentos sobre o regime jurídico aplicável aos servidores da FTM/RJ, as atribuições inerentes ao cargo e o dever de atuação em prol do interesse público. Num terceiro momento, será abordada a ampla proteção conferida pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional aos direitos fundamentais individuais de imagem e autorais. Por fim, concluir-se-á, à luz dos dispositivos legais e constitucionais incidentes, pela desnecessidade de autorização prévia e por escrito pelos servidores dos Corpos Artísticos da FTM/RJ para que seja realizada a gravação/fixação (som e imagem) de suas

performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais. Na 2ª parte do parecer, inicialmente, será feita uma exposição sobre a função social dos direitos autorais. Posteriormente, serão analisadas, relativamente aos servidores da FTM/RJ, as possibilidades de utilização das gravações efetuadas à luz da função social dos direitos autorais e da ponderação dos interesses envolvidos e, no momento seguinte, da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre as possibilidades de utilização de obras autorais produzidas em decorrência de cumprimento de dever funcional, demonstrando-se, em conclusão, que as gravações, relativamente aos servidores que compõem os Corpos Artísticos da fundação, poderão, observando-se os direitos morais, ser utilizadas pela FTM/RJ para o cumprimento de seus propósitos institucionais, viabilizando, em conseqüência, o cumprimento pelo Estado do seu poder-dever constitucional de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Passa-se à exposição.

II.1 – 1ª Parte

II.1.1. A Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro – FTM/RJ e o dever constitucional do Estado de promover o acesso à cultura. A existência de interesse público relevante no serviço prestado.

09. O art. 215¹ da Constituição da República dispõe que o Estado tem o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

10. Como direito social (ou direito fundamental de segunda geração)², a efetivação e a concretização do acesso à cultura demanda prestações positivas do Estado mediante a intervenção no âmbito da cultura, por meio da execução de políticas públicas voltadas à difusão cultural.³

11. No Estado do Rio de Janeiro, o dever constitucional relativo à promoção cultural é prestado, dentre outras formas, como, por exemplo, mediante incentivo fiscal às produções culturais, também mediante a instituição e manutenção da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro – FTM/RJ, cuja criação foi autorizada pela Lei Estadual n. 1.242, de 03 de dezembro de 1987, a qual estabelece como finalidade da fundação

¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 709.

³ MELLO, Maria Aparecida Alves de Meilo; BAHIA, Saulo José Casali. Cotas Culturais e a Efetivação do Direito Fundamental de Acesso à Cultura. Endereço eletrônico: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/maria_aparecida_alves_de_mello.pdf. Visitado em 11/10/2010. Os mesmos autores ressaltam: “por conseguinte, tem-se que os direitos culturais podem ser de primeira geração (livre expressão artística), de segunda geração (integrando os direitos de acesso à cultura) e, ainda, de terceira geração (direito à preservação do patrimônio cultural material e imaterial).”

a promoção, o incentivo e a execução de atividades culturais, especificamente nos campos da música, dança e representações cênicas⁴.

12. O Estatuto da FTM/RJ, aprovado pelo Decreto 12.996/89, em seu art. 3º, estabelece como atribuições da fundação (i) planejar, desenvolver, promover e executar a programação e os demais projetos e atividades inerentes ao Teatro Municipal do Rio de Janeiro; (ii) planejar e desenvolver as atividades dos Corpos Artísticos do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, zelando por seu permanente aperfeiçoamento; e (iii) colaborar de forma permanente na criação, divulgação e preservação das manifestações culturais vinculadas às suas áreas de atuação, inclusive mediante intercâmbio com entidades públicas e privadas afins.

13. Por sua vez, extrai-se do Regimento Interno da FTM/RJ como atribuições da fundação estatal (i) planejar, desenvolver, promover e executar a programação e os demais projetos e atividades inerentes ao Teatro Municipal do Rio de Janeiro; (ii) planejar e desenvolver as atividades dos Corpos Artísticos do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, zelando pelo seu permanente aperfeiçoamento; (iii) incentivar, propor e executar planos, programas e projetos que promovam a atualização e o aprimoramento profissional, bem como o desenvolvimento de estudos e pesquisas em seu campo de atuação; (iv) colaborar de forma permanente na criação, divulgação e preservação das manifestações culturais vinculadas às suas áreas de atuação, inclusive mediante intercâmbio com entidades públicas e privadas afins, do país ou do exterior; (v) zelar pelas instalações e equipamentos postos sob sua administração, em particular pelo acervo cultural e artístico reunido em decorrência de suas atividades; e (vi) fornecer subsídios e assistir os demais órgãos do Sistema Estadual de Educação e Cultura com vistas à formulação da política cultural do Estado, contribuindo para o planejamento e a execução integrados das atividades educacionais e culturais a cargo do setor público.

14. Nesse contexto, em razão do poder-dever estabelecido na Carta Magna e do valor fundamental que é promovido (acesso à cultura), pode-se afirmar que o serviço público⁵ prestado pelo Estado através da FTM/RJ revela-se como de *interesse*

⁴ Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir uma Fundação, sob a denominação FUNDAÇÃO TEATRO MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO - FTM/RJ. Parágrafo único - A FTM/RJ terá por finalidade promover, incentivar e executar atividades culturais, especificamente nos campos da música, dança e representações cênicas, no âmbito de atuação do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, conferindo-lhes flexibilidade e autonomia.

⁵ Sobre o enquadramento das atividades culturais prestadas como serviço público, vale citar a doutrina de Alexandre dos Santos de Aragão, *in verbis*: “Há uma série de atividades assistenciais e culturais (saúde e educação, e mais tarde, cultura, lazer, pesquisas científicas, etc.) que na Idade Média eram satisfeitas por ordens religiosas, de caridade e outros entes intermédios entre os indivíduos e o poder político, como a Igreja e as corporações de ofício. Com a proscrição dos entes intermédios pelas revoluções liberais, o Estado teve que assumir estas atividades. Porém, a iniciativa privada pôde, via de regra, ultrapassado o furor revolucionário liberal, voltar a explorá-las. Nesse momento, os entes intermédios sem fins lucrativos também foram reabilitados para o seu exercício. O Estado, no entanto, por impossibilidade desses atores não-estatais atenderem de forma integral as exigências da sociedade em relação à fruição desses serviços, exigências muitas vezes constitucionalmente positivadas, não poderia voltar a deixar de prestá-los, deixando-os novamente apenas com a iniciativa privada e com o terceiro setor. A partir de então, essas atividades passaram a ser chamadas de serviços públicos (sociais ou culturais) quando prestadas, e não apenas fiscalizadas, pelo Estado.” De acordo com o mesmo autor, Marçal Justen Filho

público primário, identificado com o próprio interesse da sociedade e, portanto, a gozar de certa supremacia sobre o interesse privado⁶, como inclusive já entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 1.950, *in verbis*:

“É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial à livre iniciativa. Essa circunstância não legítima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. *Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.*” [grifou-se] (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

15. É justamente com base nesta premissa de que se está a lidar com o interesse público primário que o parecer será desenvolvido.

classifica como serviços públicos sociais aqueles “que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade (...)”, e como culturais “os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema e teatro”. Porém Alexandre Santos de Aragão entende que “os serviços públicos ditos culturais podem, sem que isso cause nenhuma alteração no seu regime, ser considerados tanto como espécie autônoma, como integrante da categoria dos serviços públicos sociais.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180/181).

⁶ “O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. (...) *O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação.* Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.” [grifou-se] (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. pág. 69 /71)

II.1.2. Considerações sobre o regime jurídico dos servidores da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro. As atribuições inerentes ao cargo. A natureza pública das atividades e o dever dos servidores públicos de atuarem em prol do interesse público.

16. Atualmente, a estrutura das carreiras, os quantitativos e as atribuições dos cargos efetivos e a tabela de vencimentos do quadro permanente da FTM/RJ estão regulados pela Lei Estadual n. 3.741/2001, a qual determina, em seu art. 10, a aplicação aos servidores da FTM/RJ do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei n. 220/75) e seu regulamento (Decreto nº 2.479/79).⁷

17. Dessa forma, os servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ são agentes que exercem permanentemente uma função pública em decorrência de relação estatutária disciplinada por diplomas legais específicos, *in casu*, a Lei Estadual n. 3.741/2001 e o Decreto-lei n. 220/75, das quais se extraem os direitos e os deveres inerentes aos cargos, estabelecidos em prol do interesse público.

18. De acordo com o Decreto-lei n. 220/75, dentre os direitos dos servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ, incluem-se os relativos às férias, estabilidade, licenças, vantagens, remuneração, aposentadoria etc. Já entre os deveres, incluem-se a assiduidade, a lealdade e o respeito às instituições constitucionais e administrativas a que se encontram vinculados, a observância das normas legais, regulamentares etc., sendo que, no caso de descumprimento dos deveres do cargo, o servidor fica sujeito à punição disciplinar.

19. Já a Lei Estadual n. 3.741/01 estabelece, em seu Anexo IV, dentre as atribuições/deveres dos cargos relativos ao Corpo Artístico da FTM/RJ (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica), a participação em ensaios, concertos sinfônicos, concertos corais, espetáculos de ópera, espetáculos líricos e de *ballet*, inclusive com gravações⁸ das performances e dos espetáculos, sejam aqueles feitos ao vivo, sejam apresentações montadas apenas para gravação. Veja-se o que diz o anexo IV na parte que interessa ao presente parecer:

⁷ Tendo em vista as informações prestadas pela Assessoria Jurídica da FTM/RJ, pela Assessoria Jurídica da SEC e pela Exma. Secretária de Estado de Cultura, bem como diante do teor dos próprios termos da consulta formulada, *parte-se do pressuposto de que atualmente todos os servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ ocupam cargos de provimento efetivo regulados pela Lei Estadual n. 3.741/01, seja por terem ingressado no quadro de pessoal já sob a égide na referida lei, seja por terem optado pela transposição dos cargos prevista no art. 3º da mesma lei.*

Especificamente quanto à hipótese da transposição dos cargos, vale ressaltar meu entendimento no sentido de que a expressão “*sem modificação da essência das atribuições dos cargos de que são ocupantes*”, contida no art. 3º da Lei n. 3.741/01, quer significar que somente quando a essência das atribuições do cargo a ser transposto fosse compatível com as atribuições dos cargos previstas no Anexo IV da Lei Estadual n. 3.741/01 é que poderia ocorrer a transposição. Porém, ainda que assim não fosse, o que se admite para fins meramente argumentativos, não me parece possível extrair do referido dispositivo a conclusão de que eventuais novas atribuições dos cargos previstas na Lei n. 3.741/01 não possam ser aplicadas aos servidores ocupantes dos cargos transpostos, mas tão somente que o núcleo essencial de atribuições dos cargos transpostos deverá ser conservado. De fato, não se extrai da *mens legis* a não aplicação das atribuições dos cargos previstas no anexo IV da Lei n. 3.741/01 aos cargos transpostos. Se fosse esta a intenção, o dispositivo seria expresso neste sentido.

⁸ Fixação de som e/ou imagem.

ANEXO IV

DESCRIÇÃO DE CARGOS
Cargo: Músico Corista
Grupo: IV Área de Atuação: Artística
Descrição da função:
- Execução de música coral em padrão técnico e artístico compatível com o nível do Corpo Coral do Teatro Municipal do Rio de Janeiro.
Atribuições Básicas:
- Participação em ensaios e espetáculos de ópera, concertos corais, espetáculos de ballet e gravações, executando música coral. - Observar, durante ensaios e espetáculos, as determinações do Regisseur e demais responsáveis superiores, no que se refere à caracterização e postura cênica. - Executar outras atividades que se incluam, por similaridade, no nível de suas atribuições. - Participar de bancas examinadoras para provas de seleção de novos músicos coristas para o Corpo Coral. Observações: A diferenciação entre os Músicos Coristas não se faz por tarefas específicas e sim pelo aprofundamento do nível de mestria e virtuosismo, pela experiência de repertório, pela valorização da habilidade técnica e do talento.
Requisitos/Condições para ocupação do cargo:
- Curso superior de formação específica - Registro Profissional

DESCRIÇÃO DE CARGOS
Cargo: Bailarino Perfil: Bailarino, Professor, Ensaiador
Grupo: IV Área de Atuação: Artística
Descrição da função:
- Desempenho de papéis em espetáculos de dança individual e coletiva, com padrão físico-técnico e artístico compatível com o nível do Corpo de Baile do Teatro Municipal. - Orientação e execução de atividades relativas ao aperfeiçoamento técnico e artístico dos Corpos Estáveis do Teatro Municipal e à produção de espetáculos de ópera, música e dança. - Orientação e execução de atividades relativas ao aperfeiçoamento técnico e artístico dos Corpos Estáveis do Teatro Municipal e à produção de espetáculos de ópera, música e dança.

Atribuições Básicas:

- **Participar de aulas de manutenção, ensaios, espetáculos de Ballet e Ópera e gravações.**
- Desempenhar todos os papéis que lhe forem designados, desde que compatíveis com o cargo que ocupa no Corpo de Baile.
- Observar as determinações dos coreógrafos, Maitres de Ballet, ensaiadores e professores no que se refere à execução técnica, caracterização e postura cênica.
- Participar de bancas examinadoras para provas de seleção de novos bailarinos para o Corpo de Baile, quando convidado.
- Realizar outras atividades que se incluam, por similaridade no nível de suas atribuições.
- Observação: A diferenciação entre os cargos previstos na carreira de Bailarino não se faz por tarefas específicas e sim pelo aprofundamento do nível de mestria e virtuosismo, pela experiência de repertório, pela valorização da habilidade técnica e do talento.
- Participar da execução de projetos artísticos, da área específica de sua atuação, responsabilizando-se pelas atribuições que lhe forem delegadas, cumprindo e assegurando o cumprimento de cronogramas de trabalho estabelecidos, orientando o desempenho das equipes envolvidas no projeto.
- Atuar na preparação do Corpo de Baile do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, orientando e supervisionando ensaios e exercícios individuais e coletivos e empenhando-se no aperfeiçoamento técnico e artístico de seus integrantes.
- Subsidiar a organização de elencos, assegurando a possibilidade de revezamento de bailarinos, quando necessário, sem quebra do nível de qualidade na execução da obra apresentada.
- Participar da seleção de elenco para as obras específicas de ballet.
- Dar apoio à banca examinadora, assessorando na seleção de bailarinos para compor o quadro do Corpo de Baile.
- Executar outras tarefas da mesma natureza e de igual nível de complexidade.
- Orientar a execução e executar medidas que visem o bom desempenho do Corpo de Baile da FTM/RJ, durante ensaios e espetáculos.
- Atuar na preparação do Corpo de Baile do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, orientando e supervisionando ensaios e exercícios individuais e coletivos e empenhando-se no aperfeiçoamento técnico e artístico de seus integrantes.
- Participar da elaboração ou elaborar tabelas de programação e escalas de serviço do Corpo de Baile, empenhando-se no cumprimento das mesmas.
- Participar da seleção do elenco para as obras específicas de ballet.
- Participar de bancas examinadoras para provas de seleção de novos bailarinos

Requisitos/Condições para ocupação do cargo:

- Curso de formação específica.
- Registro Profissional

DESCRIÇÃO DE CARGOS
Cargo: Músico Instrumentista
Grupo: IV Área de Atuação: Artística
Descrição da função:
- Execução de música instrumental em padrão técnico e artístico compatível com o nível da Orquestra Sinfônica do Teatro Municipal.
Atribuições Básicas:
- Participar de ensaios, concertos sinfônicos, espetáculos líricos, e de Ballet e gravações, executando música instrumental, - Participar de bancas examinadoras para provas de seleção de novos músicos instrumentistas para a OSTM. - Observar, durante ensaios e espetáculos, as determinações dos spallas e chefes de naipe. - Realizar outras atividades que se incluam, por similaridade, no nível de suas atribuições. Observação: A diferença entre os Músicos Instrumentistas não se faz por tarefas específicas e sim pelo aprofundamento do nível de mestria e virtuosismo pela experiência de repertório, pela valorização da habilidade técnica e do talento.
Requisitos/Condições para ocupação do cargo:
- Curso superior de formação específica para execução de instrumento musical. - Registro Profissional

20. *In casu*, não se pode olvidar que dentre os deveres inerentes a todos os servidores públicos está o exercício da atividade pública sempre em prol do interesse público, de forma a viabilizar o desenvolvimento dos propósitos institucionais das entidades a que estejam vinculados. Nessa linha, e até mesmo por estarem previstas em leis, os servidores da FTM/RJ não podem alegar eventual desconhecimento das finalidades institucionais da entidade a qual pertencem, como a promoção, o incentivo e a execução de atividades culturais.

21. Assim, ao assumirem os seus respectivos cargos, ou enquanto se mantêm a eles vinculados, já que ninguém é obrigado a permanecer no

serviço público contra a própria vontade, os servidores da FTM/RJ passam a gozar de um extenso rol de vantagens em troca da sujeição a um regramento estatutário unilateral⁹, e conscientemente obrigam-se a desempenhar suas funções estabelecidas em lei em prol do interesse público consubstanciado na própria finalidade institucional da FTM/RJ.

22. Por fim, tendo em vista estar-se diante de um regime jurídico estatutário, parece oportuno registrar, neste momento, a observação feita por José dos Santos Carvalho Filho sobre uma das características inerentes à natureza da relação jurídica estatutária, qual seja, a de se tratar de relação jurídica não-contratual, não podendo incidir na relação normas que denunciem a existência de negócio contratual. *In verbis*:

“A outra característica concerne à natureza da relação jurídica estatutária. Essa relação não tem natureza contratual, ou seja, inexistente contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário. *Tratando-se de relação de própria de direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado.* Nesse tido de relação jurídica não-contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero. *A conclusão, pois, é a de que o regime estatutário, como tem em vista regular a relação jurídica estatutária, não pode incluir normas que denunciem a existência de negócio contratual.*” [grifou-se]¹⁰

23. Sendo estas as considerações que cumpriam ser feitas sobre o regime jurídico dos servidores da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro, passa-se, abaixo, às anotações necessárias sobre o direito de imagem e os direitos autorais, especificamente sobre a proteção conferida aos mesmos pela Constituição da República e pela legislação federal.

⁹ Ressalte-se, para que não fique sem registro, que é inerente a este regramento unilateral a inexistência de direito adquirido a regime jurídico por parte do servidor estatutário, razão pela qual o Poder Público poderá introduzir a qualquer tempo alterações nas leis que regulam determinados cargos para adaptação das atribuições dos cargos às finalidades públicas, melhoria dos serviços, reorganização do quadro etc.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª edição, rev. ampl. e atual. até 16/02/2004. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004. p. 498

II.1.3. Anotações sobre o direito de imagem e sobre o direito autoral. A proteção conferida pela Carta Magna e pela Lei Federal n. 9.610/98 e Lei Federal n. 6.533/78.

24. A Constituição da República consagra como direitos fundamentais o direito de imagem¹¹ e os direitos autorais¹². Com efeito, estabelece em seu art. 5º, inciso XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Já no art. 5º, inciso XXVIII, assegura “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”, bem como 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”. Quanto ao direito de imagem, ainda prevê em seu art. 5º, incisos V e X, a inviolabilidade da imagem das pessoas e o direito de indenização por eventuais danos causados.

25. A doutrina aponta que a proteção constitucional dos direitos autorais abrange (i) tanto os direitos morais, concernentes à reivindicação e ao reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra, à possibilidade de introdução de modificações na obra antes ou depois de utilizada, à proteção da integridade da obra e etc., (ii) como também aos direitos patrimoniais relativos à forma, uso, fruição e disposição da obra.¹³

¹¹ Nas palavras de Eduardo Pimenta, “direito de imagem é garantido pela constituição, por três formas: por meio da intimidade (imagem-retrato) (art. 5, X), por meio da criação artística (direito conexo) (art. 5, XXVIII, “a”) e por meio da imagem atribuído (art. 5, V). Princípios que são zelados pelo art. 220 e §§, da própria Constituição. Respeito que deve ser observado quando da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. É elementar enfatizar que a imagem constitui um direito de personalidade de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, e a exploração econômica (RESP 45305/SP – DJ: 25/10/1999 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).” (PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais. Um século de proteção autoral no Brasil. 1989-1998*. Livro I. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2004. pág. 245). De acordo com Alexandre de Moraes “os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. – 2. reimpressão – São Paulo: Atlas, 2006, p. 47).

¹² Destaque-se a definição de Direitos Autorais dada por Eduardo Pimenta: “Direitos autorais são o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade aos autores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, científicas e artísticas) de opor-se contra todo atentado contra estas prerrogativas exclusivas, como também aos que lhe são direitos conexos (intérprete ou executante, produtores fonográficos e empresa de radiodifusão) aos direitos do autor, aos quais, para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas aos direitos do autor.” (PIMENTA, Eduardo. ob. cit. p. 26)

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ob. cit. p. 428. Eduardo Pimenta assevera: “No Brasil, como também na França, a adoção da teoria dualista é constatada pela disposição legislativa (art. 22 da Lei 9610/98), que protege separadamente os direitos morais dos patrimoniais, permitindo aos patrimoniais serem negociados separadamente.” (PIMENTA, Eduardo. ob. cit. p. 30)

26. Já no âmbito infraconstitucional, a proteção dos direitos autorais, bem como dos direitos que lhe são conexos¹⁴, tanto na vertente moral como na vertente patrimonial, é regulada pela Lei Federal n. 9.610/98.

27. Nos termos do art. 5º, inciso XIII¹⁵ c/c art. 89¹⁶, ambos da Lei Federal n. 9.610/98, os servidores dos Corpos Artísticos da FTM/RJ são considerados artistas intérpretes ou executantes, sendo-lhes aplicáveis, no que couber, as normas relativas aos direitos do autor.

28. O art. 90¹⁷ da Lei Federal n. 9.610/98 garante ao artista intérprete 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, e (v) qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções. Ademais, o parágrafo 2º do referido artigo dispõe que a proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações. Já o art. 92¹⁸ da Lei Federal n. 9.610/98 garante aos intérpretes os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações.

¹⁴ “Direitos conexos podem ser definidos como direitos de conteúdo não autoral aos quais se reconheceriam direitos patrimoniais equiparados aos de autor, pelo fato de seu titulares atuarem e difundirem obras autorais. (...) Os chamados direitos conexos aos de autor, conhecidos como direitos vizinhos (*neighbouring rights, droits voisins*) na terminologia estrangeira, estão assentados em um tripé: artistas, gravadoras de discos e emissoras de rádio e televisão.” (ABRÃO, Elianc Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora Brasil, 2002, p.193)

¹⁵ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

29. Sobre os artistas intérpretes ou executantes, ensina Eliane Y. Abrão:

“A interpretação do artista dá-se ao vivo, ou gravada. A primeira funde trabalho com criação artística, enquanto que a outra só registra esta última. Os direitos conexos estão voltados aos aspectos da interpretação fixada. As normas de direitos conexos não estabelecem distinção entre intérpretes musicais (músicos e cantores) e intérpretes dramáticos, ou dramático-musicais (atores). (...) a obra do artista intérprete é uma criação original do espírito, devendo ser protegida à parte do esforço físico e pessoal do trabalhador intelectual. Pode representá-la ao vivo, e a criação renova-se e esgota-se em cada apresentação. E podem fixá-la num suporte mecânico para exposições posteriores. A partir da fixação, é uma obra autônoma que, em função de sua utilização, e da possibilidade de multiplicação, confere direitos patrimoniais ao seu titular, que é o artista intérprete.”¹⁹

30. E acrescenta a autora sobre os direitos que lhes competem com base na Lei Federal n. 9.610/98:

“O que mudou com a lei 9.610/98, foi a natureza do direito do artista em relação às fixações (gravações) de suas interpretações ou execuções (representação de um personagem dramático, ou, interpretação de uma melodia): antes não era possível ao intérprete recusar-se à gravação, antecipadamente, o que equivale dizer dispensável era sua autorização prévia para tanto. Cabia-lhe impedir (o *mettre obstacle* da Convenção de Roma), a divulgação da interpretação gravada, e colocar obstáculos às finalidades não consentidas. Hoje, não pode haver gravação sem prévia autorização, momento em que são contratadas todas as condições de uso da interpretação fixada e a ser difundida, e a respectiva distribuição.”²⁰

31. Dentre os principais artigos da Lei Federal n. 9.610/98 pertinentes ao

¹⁹ ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág.195/196.

²⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág.197.

deslinde do presente parecer pode-se mencionar, ainda, os arts. 4^o²¹, 6^o²², 22²³, 24²⁴, 27²⁵, 28²⁶, 29²⁷, 31²⁸, 49²⁹, 50³⁰, 68³¹, 105³², 106³³, 107³⁴ e 110³⁵.

²¹ Art. 4^o Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

²² Art. 6^o Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.

²³ Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

²⁴ 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.

²⁵ Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

²⁶ Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

²⁷ 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; 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

32. Por sua vez, no caso em tela, é preciso se considerar também a Lei Federal n. 6.533/78, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnico em espetáculos de diversões. O art. 3^o³⁶ da Lei determina sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo 2^o³⁷,

³⁰ Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

³¹ 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. § 1^o 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. § 2^o 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. § 3^o 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. §§ (...).

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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: 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.

³⁵ 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.

³⁶ Art. 3^o - Aplicam-se as disposições desta lei às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo anterior, para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias.

³⁷ Art. 2^o - Para os efeitos desta lei, é considerado: I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública; II - Técnico em Espetáculos de Diversões, o profissional que, mesmo em caráter auxiliar, participa, individualmente ou em grupo, de atividade profissional ligada diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções. Parágrafo único - As denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões constarão do regulamento desta lei.

para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias. Embora seja bastante questionável a aplicação do referido Diploma Legal aos servidores públicos estatutários, e aqui me posiciono desde já pela sua inaplicabilidade, já que ele se voltou a regulamentar os aspectos da relação de emprego (celetista) e prestação de serviços *stricto sensu* destes profissionais, dispondo, por exemplo, sobre as cláusulas obrigatórias que devem ser incluídas nos contratos de trabalho e que o exercício das profissões de que trata a Lei exige contrato de trabalho padronizado, nos termos de instruções a serem expedidas pelo Ministério do trabalho, parece-me conveniente, por cautela, a observância de alguns de seus dispositivos, que tratam de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação dos serviços profissionais de que trata a Lei.

33. De acordo com o art. 2^o do mencionado Diploma Legal, considera-se artista o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. Considera-se técnico em espetáculos de diversões, o profissional que, ainda que em caráter auxiliar, participa, individualmente ou em grupo, de atividade profissional ligada diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções³⁸.

34. O art. 13^o da Lei Federal n. 6.533/78 dispõe que não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais de que trata a Lei, sendo que o parágrafo único deste artigo determina que os direitos autorais e conexos dos artistas serão devidos em decorrência de cada exibição da obra. Ou seja, veda-se aos artistas dramáticos (artistas intérpretes não musicais) protegidos pelo Diploma Legal a cessão definitiva dos direitos conexos, se decorrentes de uma prestação regular de serviços, garantindo-lhes o direito de receberem rendimentos por cada exibição das suas gravações⁴⁰.

35. Eliane Y. Abrão, ao comentar o mencionado art. 13 da Lei Federal n. 6.533/98, afirma:

“De acordo com a regra, portanto, e a partir da data de vigência da lei, autores em geral e artistas contemplados pelo estatuto, não mais podem ceder seus direitos patrimoniais na constância de uma prestação de serviços, prevendo-se uma remuneração

³⁸ O Quadro Anexo do Decreto n^o 82.385/78 descreve as funções em que se desdobram as atividades de artistas e técnicos em espetáculos de diversões. Tem-se como exemplo de artista nas artes cênicas, além de inúmeros outros, o ator e o bailarino. Seria o caso, na hipótese de se entender aplicável a referida Lei, dos cargos de músico corista e bailarino da FTM/RJ. Como técnicos, o regulamento fornece inúmeros exemplos, como o aderecista, assistente de coreógrafo, assistente de direção, cabeleireiro, coreógrafo, iluminador, camareira, cenógrafo, contra-regra, etc.

³⁹ Art. 13 - Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais. Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.

⁴⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág.197.

adicional em cada reprodução, apresentação ou exibição do *corpus mechanicum*.⁴¹

36. Como se verifica, a Constituição da República e a legislação infraconstitucional protegem de forma bastante ampla o direito de imagem e os direitos autorais e conexos. Porém, ao lado da proteção conferida, o próprio legislador preocupou-se em estabelecer limitações expressas a esses direitos nos arts. 41 a 44 e 46 a 48, todos da Lei 9.610/98, dos quais se tratará mais adiante.

37. Feitas essas considerações, numa análise mais aprofundada, poder-se-ia cogitar de uma suposta incompatibilidade entre o regime jurídico dos servidores da FTM/RJ e os dispositivos da Lei Federal n. 9.610/98, especialmente o artigo 90, e da Lei Federal n. 6.533/78, caso se entenda ser ela aplicável, o que não me parece possível, de forma a sugerir que haveria necessidade de autorização prévia e expressa dos referidos servidores, mediante, por exemplo, assinatura de termos de autorização, para fixação das performances e espetáculos. *Data venia*, não é este o melhor entendimento, como se passa a expor.

II.1.4. Da compatibilidade entre o regime jurídico dos servidores da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro e os dispositivos das Leis Federais n. 9.610/98 e n. 6.533/78. Da desnecessidade de autorização expressa para realização da gravação de performances e espetáculos.

38. À luz das considerações feitas até o momento, a primeira conclusão que se extrai da análise dos dispositivos legais e constitucionais incidentes é a de que não há necessidade de concessão de autorização prévia e por escrito pelos servidores dos Corpos Artísticos (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica) da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro para que seja realizada a fixação (som e imagem) de suas performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais. Explique-se.

39. Como foi visto, a participação em gravações é um dos deveres funcionais dos servidores ocupantes dos cargos relativos ao Corpo Artístico da FTM/RJ. Ou seja, os servidores são remunerados pelo erário estadual justamente para, dentre outras atribuições, participar de gravações ou terem gravadas suas apresentações e espetáculos. *In casu*, não se concebe como admissível, porque absolutamente irrazoável, a necessidade de prévia autorização por escrito e individual dos servidores para fazer aquilo que os mesmos são remunerados para fazer, e que têm o dever de fazer precisamente porque assim desejam, já que ingressaram nos respectivos cargos e neles se mantêm por vontade própria. Seria como se admitir, por absurdo, que, a despeito da remuneração que recebem, os servidores pudessem optar por cumprir ou não os deveres do cargo. Inexiste essa possibilidade.

⁴¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág. 206.

40. O ingresso no serviço público confere aos servidores ônus e bônus. Em troca das inúmeras vantagens que possuem (previstas inclusive na Constituição Federal), os servidores submetem-se a um regramento estatutário unilateral e aos deveres nele impostos, como, por exemplo, exercer a atividade pública sempre em prol do interesse público, e, no caso específico do presente parecer, participar de gravações. É inconcebível a pretensão dos servidores de gozar de todas as vantagens inerentes aos cargos que ocupam e, ao mesmo tempo, se recusar a cumprir os deveres dos mesmos cargos previstos no estatuto exclusivamente como forma a viabilizar o desenvolvimento dos propósitos institucionais da entidade a que se vinculam.

41. O entendimento acima sustentado não coloca em confronto o regime estatutário dos servidores da FTM/RJ e as regras previstas na Lei Federal n. 9.610/98 que exigem a expressa autorização para fixação das interpretações ou execuções dos artistas intérpretes, sendo, ao contrário, uma forma de harmonizar os diplomas legais, providência que se faz indispensável diante da constatação de que se está numa seara de direito público, e que não foi tratada pela legislação federal. Com efeito, o que se verifica é que o legislador federal ocupou-se dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado, das relações de natureza estritamente contratual, mas não tratou das hipóteses de regramento estatutário unilateral, como o presente caso. Embora não me pareça possível sua aplicação, também não se vislumbra qualquer conflito com a Lei Federal n. 6.533/78, que não veda a fixação das gravações.

42. Assim, não é que se pretenda afastar a exigência legal de autorização por parte dos servidores, mas apenas interpretar a norma federal com os temperamentos necessários em razão da incidência das normas de direito público por se tratar de uma relação jurídica estatutária, na qual inexistente contrato entre o Poder Público e o servidor. Nessa linha, a única conclusão possível é que o ingresso e a permanência dos servidores no cargo confere/renova constantemente a autorização à FTM/RJ para realização das gravações, que estão previstas na lei como uma das atribuições dos cargos. Em suma: a autorização dos servidores estaduais em questão é inerente ao próprio exercício do cargo.

43. Desse modo, o exercício do cargo pelo servidor da FTM/RJ fornece a própria autorização exigida pela Lei Federal n. 9.610/98 em seu art. 90, inciso I, afastando-se o equivocado entendimento de que seria necessária a assinatura de termos de autorização caso a caso, até mesmo porque, como foi dito alhures, o regime estatutário não se enquadra no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado.

44. Nessa toada, outra não pode ser a conclusão que não a desnecessidade de nova autorização expressa dos referidos servidores para a fixação das performances e espetáculos.

45. Portanto, a recusa em participar de gravações consiste em descumprimento intencional de dever funcional inerente ao cargo, sujeitando o infrator à punição disciplinar.

46. Chegando a este ponto, uma ressalva se faz necessária. Como a questão analisada neste parecer era inédita no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Órgão Central do Sistema Jurídico Estadual, parece-me que a dúvida

jurídica suscitada pelos servidores da FTM/RJ através da AMOSTEMURJ não era irrazoável. Assim, embora venham ao longo dos anos impossibilitando o registro dos espetáculos e das exibições com base na lei dos direitos autorais, como foi informado na consulta formulada, não me parece que se possa falar em descumprimento intencional dos deveres do cargo até o presente momento, já que o entendimento jurídico sobre a questão não estava fixado pelo órgão estadual competente.

47. Ademais, *in casu*, pode-se afirmar que a situação contava até mesmo com uma certa permissibilidade da Administração da FTM/RJ, que ao não inaugurar processos administrativos disciplinares e também não formular consulta sobre o entendimento acerca da questão, acabou por gerar uma expectativa nos próprios servidores no sentido de que a recusa em participar de gravações seria legítima.

48. Assim sendo, e tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)⁴², parece-me que eventual punição ao servidor que se recusar a participar de gravações deve ter como marco inicial a conduta praticada a partir da ciência pelos servidores da FTM/RJ das conclusões deste parecer, na hipótese de aprovação do mesmo pela Exma. Procuradora-Geral do Estado, a quem sugiro, se for esse o entendimento, o encaminhamento da questão ao Exmo. Governador do Estado para conferir caráter normativo ao parecer ora emitido.

49. Assentada a primeira conclusão, no sentido da desnecessidade de prévia autorização por escrito e individual dos servidores para a fixação das performances e espetáculos, passa-se, na 2ª parte deste parecer, a analisar, relativamente aos servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ, as hipóteses de utilização das gravações efetuadas à luz dos interesses envolvidos e da função social dos direitos autorais.

II.2 – 2ª Parte

II.2.1. A função social dos direitos autorais.

50. Como foi visto, os direitos autorais, os direitos que lhe são conexos e o direito de imagem, como não poderia deixar de ser, são amplamente protegidos pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional. Entretanto, ao lado da proteção conferida, o legislador estabeleceu limitações expressas aos direitos

⁴² De acordo com Anderson Schreiber: “Ao tratar do fundamento normativo do *venire contra factum proprium*, sustentou-se sua inserção no âmbito da cláusula geral da boa-fé objetiva, suscitando-se, então, a questão da sua aplicabilidade das relações de direito público. Afirmou-se que a boa-fé objetiva, como expressão de valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva à relações privadas, devem admitir a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório em relações de direito público, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 212)

autorais, como forma de equilibrar os interesses individuais dos autores (e dos artistas intérpretes ou executantes) com os interesses dos demais membros da sociedade de terem acesso à cultura⁴³.

51. Cumpre ressaltar, nesta oportunidade, que os direitos autorais/conexos integram o conceito constitucional de propriedade (art. 5º, inciso XXII da Carta Magna), que abarca não só a propriedade privada em sentido estrito, mas também as demais relações de índole patrimonial, como, por exemplo, os direitos de patente e as criações artísticas.⁴⁴ Desse modo, pode-se afirmar que as limitações aos direitos autorais encontram fundamento na própria Constituição da República, especificamente no art. 5º, inciso XXIII, segundo o qual a propriedade deve atender a sua função social. Por este motivo, a proteção dos direitos autorais existe para proteger os interesses

⁴³ Segundo Guilherme C. Carboni, “desde o início da internacionalização do direito de autor e na própria realização da Convenção de Berna, de 1886, já se reclamavam limites à proteção absoluta do autor, justificados pelo interesse público.” (CARBONI, Guilherme C. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. In Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Fernando Mathias*, no prelo. Disponível na internet: <http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2010)

⁴⁴ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit. pág. 424/425. No mesmo sentido: “Em razão do conteúdo proprietário destes direitos, a proteção autoral patrimonial é reiterada pelo inciso XXII, do artigo 5º, (...). O alcance desta proteção alcança ‘o conjunto de toda a patrimonialidade’, pois o ‘direito de propriedade é todo e qualquer direito patrimonial, sendo irrelevante o fato de incidir – ou não incidir – sobre bem corpóreo, incorpóreo, direito real.’ Neste caso, não há como deixar de recepcionar este inciso constitucional como incidente sobre os aspectos patrimoniais dos direitos autorais.” (SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, pág. 137). Vale citar o entendimento de Aline Vitalis, no sentido de que o direito autoral não é uma espécie de direito de propriedade, mas sim uma titularidade de direito: “Os direitos do criador da obra intelectual foram, de início, considerados de natureza real, denotando-se daí o realce dado ao aspecto patrimonial. Em decorrência do fato de a exploração econômica da obra intelectual ter sido a questão preponderante abordada pelos legisladores no tocante ao Direito Autoral, bem como do seu caráter de produto intelectual do autor, ingressando em seu patrimônio, efetuou-se a classificação de respectiva tutela jurídica como sendo de índole de propriedade, direito real por excelência, nas primeiras legislações acerca da matéria, incluindo-se, aqui, o Código Civil Brasileiro de 1917. Uma segunda concepção destacava o Direito do Autor como direito vinculado à personalidade do homem, tendo prosperado a partir da sedimentação, na doutrina e jurisprudência, dos direitos morais do autor. Por fim, *tem-se a teoria prevalecente na atualidade, que conjuga os aspectos primordiais das teorias anteriores, revelando ser o Direito do Autor composto de prerrogativas morais e patrimoniais, imprimindo-lhe a singularidade no âmbito do Direito Privado. Hoje, admite-se a denominação de propriedade em relação aos direitos autorais tão somente em decorrência da origem histórica e da amplitude do vocábulo “propriedade”, pois predomina, na atualidade, a orientação de que há manifestação do direito de propriedade tão somente sobre bens materiais. É exatamente esse um dos argumentos para o afastamento da noção de direito autoral como propriedade, vez que o direito autoral, ao contrário da propriedade, recai também sobre a obra intelectual que tenha por suporte um meio intangível, e o bem objeto do domínio proprietário deve necessariamente ser determinado e de natureza material. (...) Conclui-se, portanto, que o Direito Autoral não é mais uma espécie de propriedade, como nas origens do instituto, mas sim uma titularidade de direito.” (VITALIS, Aline. *A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In Direito autoral – Brasília: Ministério da Cultura, 2006. – Coleção cadernos de políticas culturais ; v. 1, pág. 201/204*). Porém, ressalta a mesma autora, “que, tal qual o direito de propriedade, também o direito autoral nasce delimitado pelo atendimento à função social, não se mostrando absoluto o direito atribuído ao seu titular.” (ob. cit. pág. 233)*

do autor, como fórmula de estímulo à criação, mas somente enquanto não constituir obstáculo à satisfação dos interesses sociais envolvidos.

52. Exteriorizando alguns dos interesses públicos envolvidos no âmbito dos direitos autorais e conexos, a Lei Federal n. 9.610/98 estabeleceu uma série de limitações à proteção destes direitos, tanto de natureza temporal, que dizem respeito ao prazo de proteção e encontram sua previsão nos arts. 41 a 44⁴⁵, como de natureza atemporal, previstos nos arts. 46 a 48⁴⁶, que dizem respeito ao uso das obras em situações onde o interesse coletivo afasta os princípios que regem a utilização exclusiva pelo autor.

53. De acordo com Eduardo Pimenta, as limitações aos direitos autorais são princípios de livre utilização decorrentes da “necessidade de desenvolvimento da

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

sociedade, onde o interesse do autor ou do titular, em suma o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual (*mutatis mutandis*).”⁴⁷ E prossegue o autor:

“O direito autoral é um bem imaterial, que na sua natureza tem características de propriedade, com reconhecidamente três atributos que a definem: uso, gozo e a disposição. Atributos que são outorgados por diploma legal, visando garantir o interesse social, e *este mesmo ordenamento fixou limitações legais e restrições, impostas ao seu uso, gozo e disposição, por razões de interesse público, para a manutenção da ordem pública e do progresso, que consiste no princípio da livre utilização. A sobreposição do interesse coletivo sobre o interesse individual consubstancia nas limitações do direito do autor. (...)*” [grifou-se]

54. Para o mencionado autor, ao lado das limitações, existiriam também derrogações aos direitos autorais, que seriam usos que não estão previstos nas limitações dos direitos autorais mas contam com a permissibilidade da lei e da jurisprudência. A derrogação seria, então, “a tutela do interesse coletivo de direitos autorais, que conflitam com o interesse individual do autor, abstendo-lhe de prerrogativas no exercício do direito sobre a criação” [grifou-se].⁴⁸

55. Da mesma forma, Allan Rocha de Souza também aponta a existência de tensão no âmbito dos direitos autorais entre os interesses públicos (fruição da obra) e privados (proteção e proveito econômico da obra) envolvidos. De acordo com o autor, dentre os usos da obra sobre os quais incide a proteção constitucional estão os direitos sociais à educação, entendendo-se neste a disponibilização de condições amplas para o desenvolvimento intelectual, cultural e social do indivíduo.⁴⁹ Destacando que as obras autorais são instrumentos de informação e cultura, bem ainda a ampla proteção conferida pela Carta Magna à cultura, conclui que “o acesso às obras de valor cultural não poderá ser restringido ou impedido injustificadamente e fundamentadamente. Esse acesso torna-se possível através da instituição de espaços de livre interação, isentos de controle sobre a utilização de obras de caráter cultural, sendo obrigação dos poderes estatais proporcionar e garantir, através dos diversos instrumentos disponíveis, inclusive o estabelecimento de isenções legais ao monopólio dos direitos patrimoniais do autor.” [grifou-se]⁵⁰ E arremata:

“Não há como ignorar a existência e efeitos destes direitos, em razão da aplicabilidade e utilização necessária de obras autorais como instrumento para atingir os fins educativos e culturais.

⁴⁷ PIMENTA, Eduardo. ob. cit. pág. 316/317

⁴⁸ PIMENTA, Eduardo. ob. cit. pág. 318.

⁴⁹ SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 144/145.

⁵⁰ SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 147.

Assim sendo, não nos parece possível afastar a incidência destas normas, ainda que programáticas, sobre a estipulação dos limites dos direitos patrimoniais do autor, estabelecendo circunstâncias e situações de afastamento destes direitos. Então, *a própria Constituição Federal demanda, na conformação da proteção, a ponderação entre os interesses individuais patrimoniais e as exigências de satisfação dos direitos sociais, restando à lei ordinária e aos intérpretes aplicadores da mesma, construir uma hermenêutica inclusiva e satisfativa destas demandas.*” [grifou-se]

56. Por estas razões é que me parece equivocado o entendimento doutrinário no sentido de que o rol de isenções previsto na Lei Federal n. 9.610/98 é exaustivo e demanda interpretação restritiva⁵¹. Entendo ser inevitável, diante da própria função social inerente aos direitos autorais e da possibilidade de haver interesses sociais relevantes que não tenham sido contemplados expressamente pelo legislador infraconstitucional, a conclusão de que o rol de limitações é meramente exemplificativo⁵². Nesta hipótese, na análise do caso concreto, poderá, após o balanceamento dos interesses em jogo, ser reconhecida a supremacia do interesse público sobre o interesse privado do autor da obra e do artista intérprete ou executante, de forma a se reconhecer isenção no uso de obra não contemplado expressamente na legislação ordinária.⁵³

57. Guilherme Carboni, após registrar que este também é o entendimento de José de Oliveira Ascensão, aponta para a insuficiência das limitações contidas na Lei Federal n. 9.610/98, e conclui que a previsão *numerus clausus* contraria o princípio constitucional da função social do direito de autor, *in verbis*:

“As limitações aos direitos autorais traçadas pela Lei 9.610/98 não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de

⁵¹ Esse entendimento, ainda majoritário, é encampado, por exemplo, por Carlos Alberto Bittar, Plínio Cabral e Eliane Y. Abrão, todos citados por SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 271/272. Segundo Eliane Y. Abrão, “o rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso.” (ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág. 146)

⁵² Nesse sentido, é o entendimento de Denis Borges Barbosa e Eduardo Pimenta, todos citados por SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 272/273.

⁵³ Nesta feita, cumpre destacar que o art. 4º da Lei 9.610/98 não infirma esta conclusão, já que a interpretação restritiva mencionada limita-se aos negócios jurídicos sobre os direitos autorais, de cunho eminentemente privado, não contemplando as tensões entre os direitos privados e coletivos. Comentando este artigo, afirma Allan Rocha de Souza: “Não vislumbra-se aqui problemas quanto à sua aplicação direta à interpretação dos negócios jurídicos, inter-privados que são. Sendo, contudo, necessário que estabeleça-se claramente que este viés interpretativo deve ficar restrito às questões particulares, pois o viés *pro autorem* se aplica apenas no contexto privado, devendo ser afastada, por inadequação, a aplicação desta regra às demais relações que não tenham conteúdo exclusivamente privado, como ocorre com conflitos entre interesses da coletividade e os individuais dos autores ou das empresas.” (SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 309)

obras intelectuais. A previsão numerus clausus dessas limitações contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que somos favoráveis à regulamentação das limitações aos direitos autorais na forma de princípios gerais (tal como no fair use norte-americano) e não à enumeração de situações taxativas. Isso porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.” [grifou-se]⁵⁴

58. No mesmo sentido, entende Rodrigo Moraes, *in verbis*:

“No Brasil, a tentativa de efetivar esse almejado equilíbrio cumpre-se por meio de limitações aos direitos autorais, previstas nos arts. 46 a 48 da LDA-98. Fala-se “tentativa” porque, na prática, os conflitos existem, são muitos e estão longe de serem resolvidos. De qualquer sorte, as limitações legais têm finalidade educativa e sociocultural. O autor e/ou titular deve(m) tolerá-las em face do interesse público. (...) A doutrina autoralista, em geral, defende que a enumeração das limitações é numerus clausus e não, numerus apertus. Ou seja, sendo exceções legais, as limitações são aquelas taxativamente previstas em lei. Acontece que esse princípio da clausura tem matriz individualista. Essa perspectiva fechada do legislador ordinário restringe a funcionalização prevista no texto constitucional. O princípio constitucional da função social, portanto, não deve se exaurir nas limitações previstas nos arts. 46 a 48 da LDA-98, que, sem dúvida, são insuficientes para regular, de forma democrática, a utilização de obras intelectuais na era das novas tecnologias. A aplicação do princípio da funcionalização exige uma profunda releitura das limitações legais.” [grifou-se]⁵⁵

59. Por sua vez, afirma Diogo Dias Teixeira:

“A possibilidade de aplicação da função social da propriedade e dos contratos ao Direito Autoral foi um dos assuntos mais debatidos ultimamente. Aliás, já não restam dúvidas de que o Direito Autoral deve, assim como a propriedade e o contrato, respeitar uma função social. Isso, em síntese, significa que o Direito

⁵⁴ CARBONI, Guilherme C. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. In Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Fernando Mathias*, no prelo. Disponível na internet: <http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2010

⁵⁵ (MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In Direito autorial*. – Brasília: Ministério da Cultura, 2006. – Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1, pág. 263/264).

Autoral pode sofrer limitações com o escopo de restabelecer o equilíbrio entre direitos do autor e interesse social, que não aquelas já positivadas na Lei 9.610/98. (...) De toda sorte, importa observar que a função social do Direito Autoral guarda relação direta com as limitações impostas ao mecanismo autoral. Na realidade, as limitações têm o objetivo primordial de restringir o exercício do Direito Autoral à sua função (“social”), evitando criar uma vantagem excessiva para o autor em prejuízo da sociedade. Desse modo, função social e limitações, quando relacionadas ao Direito Autoral, estarão umbilicalmente ligadas ao equilíbrio entre interesse individual e coletivo. Ademais, note-se que, se, por um lado, todas as limitações impostas ao Direito Autoral estão compreendidas na função social, por outro, nem tudo aquilo que é necessário para garantir a função social do Direito Autoral está previsto no rol taxativo das limitações (art. 46 da Lei 9.610/98), o que confirma a existência, já mencionada, de outras limitações não previstas na legislação vigente.”⁵⁶

60. Vale reproduzir as palavras de Allan Rocha de Souza sobre a perspectiva hermenêutica das limitações aos direitos autorais:

“Assim, neste trabalho, vislumbra-se que a perspectiva hermenêutica sobre estes limites deve ser uma que permita a incorporação de isenções outras que as especificadas em lei especial, em razão das efervescentes e crescentes demandas por suprimento das necessidades educacionais e culturais contemporâneas nacionais, constitucionalmente previstas e protegidas e não comportadas na legislação ordinária atual. Deste modo, a interpretação mais adequada e a única juridicamente sustentável parece ser a extensiva quanto aos limites da proteção, suportando o Poder Judiciário, após instigação e ao final das contentas, o ônus de verificação da demonstração satisfatória da existência e relevância dos interesses coletivos apresentados nos casos concretos, podendo o Poder Legislativo apontar, emendando a legislação especial, o caráter extensivo da interpretação, embora dependente de fundamentação, dirimindo decisivamente a questão.” [grifou-se]⁵⁷

⁵⁶ TEIXEIRA, Diogo Dias. *A Legalidade da Reprodução Integral de Obra Protegida por Direito de Autor para Uso Privado. In Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. Coordenadores: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. e MORAES, Rodrigo. pág. 41/42

⁵⁷ SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 273/274. De acordo com o referido autor, “a efetivação da função social tem como objetivo principal a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade. Esta realidade atual é fruto do desenvolvimento jurídico do direito civil ao longo da segunda metade do século XX, com a superação do patrimonialismo e individualismo estrito de influências liberais, daquele pelas preocupações de preservação das

61. Exemplificando seu posicionamento relativamente ao direito à cultura e ao direito à educação, afirma o citado autor:

“O segundo tópico nos remete ao direito da cultura, principalmente porque há em sua justificativa histórica uma finalidade geral de suas regras a que se submete, que é a do desenvolvimento e engrandecimento cultural da sociedade. A conjugação desta finalidade com os objetivos de ordem cultural do país significa ter o encargo de incluir no sistema jurídico autoral, em sua vertentes positivas e interpretativa, elaboradas respectivamente pelo Legislador e Judiciário, os interesses culturais da nação no balanceamento entre os diversos interesses, averiguando a todo momento a sua satisfação nas relações que se formam a partir deste sistema, afastando os desequilíbrios encontrados, em geral ou diante dos casos concretos, não sendo prerrogativa dos poderes públicos o descumprimento dos objetivos culturais da Nação.

(...)

Razões educacionais são universalmente aceitas como justificativas para isenções aos direitos autorais. (...) Os usos educacionais podem ser por elementos diversos, alguns fixados nos cursos e atuação em sala, outros ligados às instituições de ensino. Quanto aos primeiros pode-se destacar o uso de ilustrações variadas, inclusive gráficas, sonoras e audiovisuais, de textos, parcial ou integralmente, quando curtos, enquanto os segundos atingem bibliotecas, os serviços de arquivos, encenações teatrais e apresentações ou execução musical. Estas questões educacionais devem também ser estendidas à pesquisa

qualidades intrínsecas do ser humano, como a personalidade, e deste pelo alargamento da concepção sobre o desenvolvimento humano, que passou a ser entendido como necessariamente integral, dentro de um contexto social e cultural. O alcance desta função social é sobre todos os direitos patrimoniais que assemelham-se às características proprietárias, incluindo aí os direitos autorais em sua vertente econômica. Esta é uma demanda constitucional e portanto obrigatória. A influência das imposições constitucionais alcança todo o ordenamento e todos os sub-sistemas infraconstitucionais, cuja interpretação das relações jurídicas internas destes subsistemas devem ser sustentadas a partir dos axiomas constitucionais aplicáveis. Aliados estes pressupostos ao caráter intrínseco dos direitos da coletividade na configuração dos direitos aqui discutidos resulta a conclusão da existência e obrigatoriedade do atendimento a estas demandas pelo sistema protetivo dos direitos autorais. Os interesses essenciais da coletividade, constitucionalmente previstos, sobre a utilização das obras autorais são principalmente expressos através de três princípios fundamentais para o desenvolvimento social do país e a vida contemporânea: informação, cultura e educação. A estes podem ainda ser acrescidos outros cujas relações com os direitos autorais ainda não encontram-se suficientemente claras tais como o direito dos consumidores, à livre concorrência, ao entretenimento ou os impactos da concentração de titularidade patrimonial em multinacionais sobre a soberania nacional. As reservas por interesse público são possibilidades deixadas pelos tratados às legislações internas dos países para regulamentação, portanto não há impedimentos internacionais para inseri-las em nossa ordenamento infraconstitucional, seja legislativamente ou judicialmente. Esta demanda é estridente, tanto pela informação quanto a cultura e educação, (...)” [grifou-se] (SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 282/284).

acadêmica. Sobre a proteção destes aspectos no ambiente escolar a nossa legislação é extremamente tímida, expondo os institutos de ensino, seus professores e alunos à obrigação de prática constante da contrafação para atingir o glorioso objetivo de aprender. A nossa legislação permite expressamente apenas a representação teatral e execução musical para fins exclusivamente didáticos nos estabelecimentos de ensino. *Certamente parece não haver fundamento jurídico para crer-se serem essas as únicas possibilidades jurídicas de uso livre sem autorização do autor, para finalidades instrucionais.*” [grifou-se]⁵⁸

62. Como se depreende dos parágrafos anteriores, o direito social à educação e o direito social à cultura, amplamente protegidos pela Constituição da República, são apontados como direitos que podem ter preponderância, em algumas hipóteses, sobre os direitos autorais (e dos direitos que lhe são conexos), também constitucionalmente protegidos⁵⁹. Nesses casos, a tutela do interesse coletivo consubstanciado no acesso à educação e à cultura, quando em conflito com o interesse individual do autor, justificaria

⁵⁸ SOUZA, Allan Rocha de. ob. cit. pág. 286/288. O mesmo autor, como forma de guiar a configuração da função social dos direitos autorais, sugere a observância dos seguintes critérios: (i) as atividades permitidas não podem ter fins lucrativos, (ii) as finalidades dos usos devem ser instrucionais, culturais ou informativas, (iii) os usos livres não podem prejudicar injustificadamente a exploração comercial da obra, e (iv) os direitos morais devem ser respeitados, pois as limitações aplicam-se apenas aos direitos patrimoniais. (ob. cit. pág. 291)

⁵⁹ De acordo com Guilherme C. Carboni, a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito de autor em hipóteses envolvendo interesses culturais do povo. Veja-se: “Importantes subsídios para sustentar essa nossa tese e para uma melhor interpretação dos conflitos entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura advêm da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003; e do Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC), de setembro de 2002. A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio (apesar do aparente conflito) entre esses dois direitos. A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, no capítulo sobre “acesso à informação e ao conhecimento” (Capítulo 3), estabelece, em linhas gerais, que todos devem ter acesso à informação, às idéias e ao conhecimento e contribuir para fomentá-los; à eliminação de barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades, sociais, econômicas, políticas e culturais, entre outras; à facilitação de acesso à informação de domínio público; ao incentivo ao desenvolvimento de um domínio público rico e à proteção da informação contra toda apropriação indevida; ao acesso universal e equitativo ao conhecimento científico. Dispõe, ainda, no capítulo sobre “diversidade e identidade culturais, diversidade lingüística e conteúdo local” (Capítulo 8), que é essencial promover a produção de conteúdos e a acessibilidade aos mesmos, independentemente de propósitos educativos, científicos, culturais ou recreativos, em diferentes idiomas e formatos. *Verifica-se que a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito de autor, em determinadas circunstâncias, principalmente quando estiverem em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.*” [grifou-se] (CARBONI, Guilherme C. Conflitos entre Direito de Autor, Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. In Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso (organizado por Patrícia Luciane de Carvalho). Curitiba: Jurua, 2005, pgs. 421/449. Disponível na internet: <http://www.gcarboni.com.br/pdf/G2.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2010)

a sobreposição do primeiro sobre o segundo.⁶⁰ É que acontece no presente caso.

63. Como será demonstrado adiante, considerando as peculiaridades envolvidas na hipótese ora tratada, do conflito entre os direitos autorais e conexos, de um lado, e os direitos sociais à cultura e à educação, do outro, extrai-se a preferência destes últimos.

64. Dessa forma, tendo por base a função social dos direitos autorais (instrumentos de informação e cultura) e as normas constitucionais em conflito, bem ainda a ponderação dos interesses em jogo, é que se procederá à análise das hipóteses de utilização/reprodução das gravações efetuadas pela FTM/RJ relativamente aos servidores dos seus Corpos Artísticos.

⁶⁰ A guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.950/2006, cuja ementa encontra-se transcrita na parte inicial do parecer, ponderando o princípio da livre iniciativa, de um lado, e a determinação constitucional ao Estado para garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto, de outro, entendeu que deveria ser preservado o interesse público da coletividade, como meio de complementar a formação dos estudantes. Em seu voto, o Ministro-Relator Eros Grau asseverou: “No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.” [grifou-se] Vale citar, também, trecho do voto do Ministro Carlos Brito, no qual o mesmo discorre sobre a função social da propriedade relativamente aos bens e valores culturais, in verbis: “os bens e valores culturais, em regra, estão franqueados à exploração econômica, à iniciativa provada. Mas são bens que se põem, ao mesmo tempo, como dignos de proteção estatal, seja do ângulo da sua produção, seja do ângulo da sua divulgação. Isso está expresso no art. 215 da Magna Carta, a sinalizar, para mim, que esses bens e valores culturais, mesmo economicamente explorados, têm de cumprir uma função social mais forte. Ressai do voto do eminente Ministro Eros Grau a compreensão, a ilação de que a função social da propriedade – e olhem bem, de propriedade de bens e valores culturais – é um dos princípios regentes de toda a atividade econômica – art. 170, inciso III, CF.” [grifou-se] Por sua vez, Guilherme C. Carboni também fornece um exemplo de conflito concreto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, no qual o interesse público prevalece sobre os direitos autorais e conexos, in verbis: “Como exemplo de um conflito concreto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, podemos mencionar o projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas municipais, com o intuito de proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O intuito desses projetos é evidentemente social, isto é, o de garantir o direito da população de continuar ouvindo as músicas contidas no acervo da discoteca. No entanto, é bem provável que se argumente que a digitalização do acervo da discoteca pública não seria permitida sem a expressa anuência dos titulares dos direitos autorais sobre as músicas, pois tal processo envolve uma reprodução integral da obra em um outro suporte físico (no caso, passa-se do disco de vinil para o CD), o que – em tese – violaria os artigos 5º, inciso VI, 29, inciso I, 31 e 46, inciso II, todos da Lei 9.610/98, principalmente porque o artigo 4º da Lei nº 9.610/98 estabelece que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente. Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deveria ser permitida em determinadas situações, a serem definidas com base na finalidade da reprodução e no seu impacto mercadológico. Se, no exame da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deva prevalecer, o direito de autor – a nosso ver – deveria sofrer uma limitação. No exemplo acima, é evidente que o interesse público de acesso da população ao acervo da discoteca – que somente poderia ser assegurado, em longo prazo, através do processo de digitalização dos discos – deve prevalecer sobre os direitos autorais e conexos dos compositores e das gravadoras sobre as músicas que fazem parte do seu acervo. Portanto, apesar de ter sido previsto de forma genérica na Constituição Federal brasileira, o direito de acesso à informação e à cultura deve, a nosso ver, ser invocado para garantir o acesso da população ao acervo da discoteca, apesar de a Lei 9.610/98 não ter incluído tal hipótese nos seus artigos 46 a 48, que tratam das limitações ao direito de autor.” [grifou-se] (CARBONI, Guilherme C. ob. cit.)

II.2.2. A ponderação de interesses como instrumento de solução de conflitos entre normas constitucionais (direitos autorais e direito de imagem versus direito à cultura e à educação). A solução mais adequada para o caso concreto. A possibilidade de utilização das gravações para atingimento dos propósitos institucionais da FTM/RJ e o cumprimento pelo Estado do seu poder-dever constitucional, resguardando-se os interesses morais do autor/intérprete.

65. Verificada na 1ª parte deste parecer a possibilidade de realização de gravação dos espetáculos realizados pela FTM/RJ sem qualquer necessidade de autorização prévia por parte dos servidores dos Corpos Artísticos da fundação, cumpre responder à indagação: tendo em vista o disposto no art. 90 da Lei Federal 9.610/90, bem como no art. 13, parágrafo único, da Lei Federal n. 6.533/78, na hipótese de se entender ser ela aplicável, quais as possibilidades de utilização das gravações realizadas tendo em vista as demandas constitucionais de acesso à cultura e à educação? A resposta, tendo em vista inexistirem direitos absolutos⁶¹, bem como em razão de, no caso concreto, conflituarem direitos fundamentais⁶², demanda a ponderação dos interesses envolvidos. Explique-se.

66. Como é cediço, a Constituição traz em seu texto uma gama de valores e interesses potencialmente colidentes. Como inexistente hierarquia entre as normas

⁶¹ Como é sabido, não há que se falar em direitos absolutos. O exercício de qualquer direito fundamental pode ser submetido a limites. Neste sentido: *"Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Pietro Sanchis noticia que a afirmação de que 'não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos'. (...) Não há, portanto, em princípio, que se falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto os direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los."* [grifou-se] (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ob. cit. pág. 240/241). Vide, também, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: *"Os Direitos e Garantias Individuais não têm Caráter Absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição."* [grifou-se] (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

⁶² *"Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. (...) A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade."* [grifou-se] (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ob. cit. pág. 341/342). Na mesma linha, Luís Roberto Barroso afirma: *"O entrelaçamento de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios fundamentais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais."* [grifou-se] (BARROSO, Luís Roberto. ob. cit. pág. 328/329)

constitucionais, o princípio da unidade da Constituição impõe ao intérprete buscar, em caso de conflito entre direitos fundamentais, a harmonização entre os espaços de tensão, como forma de alcançar um resultado constitucionalmente adequado.⁶³

67. No Brasil, tornou-se dominante o entendimento de que a técnica que se revela mais adequada para a resolução desses conflitos entre normas constitucionais é a ponderação de interesses, método que leva em consideração tanto as circunstâncias fáticas do conflito quanto o dado normativo, e tem como guia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade⁶⁴.

68. Sobre a técnica da ponderação, vale citar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁶⁵:

"Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos. De forma simplificada, é possível descrever a

⁶³ Conforme aponta a doutrina, os critérios clássicos de resolução de antinomias (cronológico, hierárquico e de especialidade) são insuficientes para a resolução de conflitos entre normas constitucionais. A respeito, vide: SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pág. 27/40. Sobre o tema, afirma Luís Roberto Barroso: *"a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especialização da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. (...) O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate e da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. A livre iniciativa é um princípio que entra em rota de colisão, por exemplo, com a proteção do consumidor ou com restrições ao capital estrangeiro. Desenvolvimento pode confrontar-se com a proteção do meio ambiente. Direitos fundamentais interferem entre si, por vezes em casos extremos, como ocorre com o choque entre a liberdade religiosa e direito à vida ou na hipóteses de recusa de certos tratamentos médicos, como transfusões de sangue, sustentada pelos fiéis de determinadas confissões. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre as normas não pode beneficiar-se, de maneira significativa, dos critérios tradicionais. (...) Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos dos outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas."* (BARROSO, Luís Roberto. ob. cit. pág. 302/304).

⁶⁴ Ressalve-se, como aponta Luís Roberto Barroso, que a técnica da ponderação para a solução de conflitos normativos não é unanimidade da doutrina, havendo *"correntes que negam, total ou parcialmente, a realidade dos conflitos normativos, como o denominado conceptualismo; e há os que reconhecem a existência de conflitos, mas têm a pretensão de oferecer outras alternativas para seu enquadramento, como é o caso da hierarquização dos elementos normativos em conflito."* (BARROSO, Luís Roberto. ob. cit. pág. 331/332)

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. ob. cit. pág. 334/335.

ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. (...) Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. (...)

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas conseqüências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

(...) É na terceira etapa que a ponderação irá regularizar-se, em oposição a subsunção. (...) Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade (v. supra).” [grifou-se]

69. Como se nota, o processo intelectual para a resolução do conflito entre normas constitucionais desenrola-se em três etapas, consistentes: (i) na identificação das normas pertinentes; (ii) na verificação das circunstâncias relevantes para o caso concreto; e (iii) na apuração dos pesos que devem ser atribuídos aos elementos em disputa, a fim de se alcançar a solução mais adequada sobre a norma que deverá preponderar no caso. É este processo que se passará a desenvolver adiante.

70. No presente caso, pode-se identificar as seguintes normas constitucionais

em conflito: de um lado, os direitos fundamentais autorais (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal) e de imagem (art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal) dos servidores da FTM/RJ, e, de outro lado, os direitos sociais à cultura, à educação e o próprio dever constitucional imposto ao Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional (art. 6º, 205 e 215 da Constituição da Federal).

71. Quanto aos aspectos do caso concreto relevantes para o deslinde do conflito, eles já foram exaustivamente declinados na 1ª parte do parecer. Porém, vale repisar alguns pontos: (i) o conflito se desenrola em âmbito eminentemente público; (ii) o Estado, através da FTM/RJ, presta serviço público social de interesse público primário; (iii) os servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ são agentes que exercem função pública em decorrência de relação estatutária, recebendo, em troca, remuneração pelo trabalho realizado; (iv) dentre as atribuições dos cargos relativos ao Corpo Artístico da FTM/RJ está a participação em ensaios, concertos sinfônicos, concertos corais, espetáculos de ópera, espetáculos líricos e de ballet, bem como a participação em gravações; (v) é dever inerente a todo servidor público exercer a atividade pública em prol do interesse público, de forma a viabilizar o desenvolvimento dos propósitos institucionais das entidades a que estejam vinculados; e (vi) enquanto no exercício do cargo, os servidores da FTM/RJ obrigam-se a desempenhar suas funções em prol do interesse público consubstanciado na própria finalidade institucional da FTM/RJ. Acrescente-se, ainda, que os investimentos (remuneração dos cargos, montagem dos espetáculos etc.) são feitos com o esforço de toda a sociedade, que obviamente deve poder usufruir destes gastos.

72. Assentados as premissas, adentra-se a ponderação propriamente dita, na qual serão sopesadas, com base nas circunstâncias concretas, as normas em disputa, a fim de se extrair qual o interesse deve preponderar no caso.

73. De plano, parece-me que direito de imagem dos servidores que compõem os Corpos Artísticos da FTM/RJ cede espaço para os demais interesses em jogo. Inicialmente, deve-se destacar que a participação nas gravações é atribuição dos cargos em questão, e que o próprio exercício do cargo confere a autorização para fixação das performances. Por sua vez, ao optarem pelo exercício da função pública (em todos os sentidos), os servidores, que são artistas, se propõem, nos limites do exercício do cargo, a uma vida de exibição superior a das demais pessoas e até mesmo dos demais servidores que não são artistas. Com efeito, participarão, em função do cargo, de inúmeros shows, espetáculos e gravações ao longo da carreira para um número indeterminado de pessoas. Por essas razões, é inevitável a conclusão de que a imagem desses servidores-artistas, neste caso, é mitigada nos limites do exercício das suas funções públicas. O cumprimento do dever funcional por estes servidores pressupõe a exposição da imagem.⁶⁶

⁶⁶ Vale citar a seguinte decisão judicial proferida pelo Tribunal Federal da 2ª Região: “Ementa: Civil. Responsabilidade Civil. Danos Morais e Patrimoniais. Art. 5º, X da CF/88. Exibição de Programa de Televisão da Extinta Fundação Roquette Pinto em Outras Redes de Televisão. Violação à Imagem. Inocorrência. Direitos Autorais. Lei 5.988/73. Descabimento. Servidora Pública Ocupante da Profissão

74. No mesmo sentido, a doutrina aponta a existência de diferentes graus de proteção do direito de imagem e privacidade das pessoas, dependendo das situações desempenhadas por cada um. Veja-se:

“Em nome da transparência democrática, *pessoas que ocupam cargo público têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. Da mesma forma, pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento, pela exposição pública de sua atividade, estão sujeitas a critério menos rígido do que pessoas de vida estritamente privada.* Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito.”⁶⁷ [grifou-se]

75. Assim sendo, na hipótese analisada, o interesse coletivo no acesso à educação e à cultura sobrepõe-se ao direito de imagem dos servidores decorrente do

de Repórter. – O art. 15 da Lei 5.988/73 dispõe: “quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá sua autoria.” A autoria de programa pertence à rede de televisão, tendo em vista que todo o empreendimento necessário à confecção do programa é realizado pela entidade. - Não há que se falar em violação da imagem, de que trata o inc. X do art. 5o. da CF/ 88, quando servidor público ocupa cargo de repórter na extinta FUNDAÇÃO ROQUETTE PINTO e participa da gravação de programa de televisão, vez que sua profissão pressupõe a exposição de sua imagem. - Exibição de programa de cunho educativo em outras redes de televisão não denigre a imagem do repórter e não acarreta danos de ordem moral ou material, mormente se não restou comprovado que tal reprodução teve fins lucrativos. - Os arts. 21, 29 e 37 da mencionada Lei 5.988/73 garantem ao autor a titularidade dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra, bem como, o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, e, ainda, o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte. - Recurso negado.” [grifou-se] (TRF 2. AC 199851010161789 – Relator Desembargador Federal Fernando Marques. Sexta Turma Especializada. DJU 24/11/2005, pág. 172)

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. ob. cit. pág. 349, nota de rodapé n. 121. De acordo com Alexandre de Moraes, a “proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia.” [grifou-se] (MORAES, Alexandre. ob. cit. pág. 48). Este é o mesmo entendimento de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *in verbis*: “No que se refere à tensão entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, existe, no Supremo Tribunal Federal, precedentes que reconhece a possibilidade de diferenciações, consideradas as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas.” [grifou-se] (ob. cit. pág. 240/241). Cite-se da jurisprudência, ainda, o REsp 595.600/SC, segundo o qual “(...) não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.” [grifou-se] (Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 13/09/2004, p. 259)

exercício do cargo que ocupam. Portanto, relativamente à questão da imagem dos servidores dos Corpos Artísticos da FTM/RJ, conclui-se que é possível a utilização das gravações para todas as finalidades institucionais da fundação, ressaltando-se que tais finalidades são constitucionalmente protegidas e os servidores públicos exercem seus cargos cientes de que se propõem a viabilizar o atingimento das finalidades institucionais da entidade a qual pertencem.

76. Por sua vez, quanto aos direitos autorais e conexos, é preciso repisar, antes, nos termos já expostos quando se tratou da função social dos direitos autorais, que os direitos à educação e à cultura são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, tanto que, por imposição constitucional, é dever do Estado prestá-los.

77. Por outro lado, não se olvida, como aponta a doutrina⁶⁸, que a proteção patrimonial dos direitos autorais visa estimular a própria criação intelectual, proporcionando ao autor/artista uma contraprestação pelo seu trabalho, pelo seu esforço e seu talento. Veja-se: a função dos direitos autorais, no seu aspecto patrimonial, é estimular a atividade artística, permitindo que o autor possa tirar proveito econômico da obra produzida.

78. Porém, no caso concreto, o que se verifica é que os servidores já são especificamente remunerados para exercer seus cargos em prol do interesse público. Os interesses econômicos dos servidores já são resguardados pela própria remuneração do cargo. O talento e o trabalho já são recompensados, no caso, pelo erário público, que assim o faz com vistas à difusão da cultura e ao desenvolvimento intelectual da sociedade.

79. Ao que me parece, pela vertente patrimonial, o conflito entre interesse público e privado seria até mesmo aparente. Se por um lado os servidores são recompensados pelo seu trabalho, por outro as gravações devem ser usufruídas pela sociedade, o que será concretizado através das finalidades institucionais da FTM/RJ. Não há que se falar em desestímulo, mormente porque sem os investimentos estatais e a disponibilização dos recursos humanos e técnicos sequer haveria produção cultural.

80. Assim, como as gravações, bem como a participação em espetáculos, são realizadas dentro dos propósitos institucionais da FTM/RJ e em cumprimento de dever funcional, entendo que a remuneração dos cargos pressupõe a utilização das gravações para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, sem que se possa falar em necessidade de autorização prévia dos servidores para reprodução ou execução pública das interpretações e execuções fixadas, nem em novo pagamento por cada exibição.

81. Especificamente quanto à Lei Federal n. 6.533/78, como já foi dito, não me parece possível sua aplicação aos servidores públicos estatutários. Porém, ainda que não se concorde com esta posição, entendo que o art. 13, parágrafo único, do

⁶⁸ “A proteção aos direitos de autor tem um propósito: o de reservar através de um privilégio temporário e exclusivo aos artistas, escritores, compositores, desenhistas, pintores, escultores e outros criadores de obras de cunho estético, intelectual, cultural, um direito de ordem econômica, e outro de índole moral, para que sejam estimulados a produzirem sempre, e cada vez mais, garantindo-lhes o respeito à obra e a uma forma de sobrevivência condigna. Por isso protege a obra no tempo.” (ABRÃO, Eliane Yachouh. ob. cit. pág.145)

referido Diploma deve, ao menos, ser interpretado com os devidos temperamentos quando se tratar de servidores públicos, até mesmo diante do sistema remuneratório aplicável a estes e previsto no art. 37, incisos X (que veda o pagamento de remuneração aos servidores estatutários além daquele fixado em lei específica) e XI (que determina o “teto” remuneratório do funcionalismo), da Carta Maior. Como, no meu entendimento, o pagamento dos vencimentos dos cargos dos servidores já remunera a utilização das obras dentro das finalidades institucionais das entidades que integram, eventual interpretação no sentido de que seria possível a vedação de exposições dentro do rol de atividades da entidade ou entendimento pela necessidade de novos pagamentos além dos já recebidos pelo cargo, a meu sentir, além de incompatíveis com o sistema remuneratório previsto na Carta Magna, acarretaria, também, um inaceitável *bis in idem* em favor dos servidores em prejuízo dos cofres públicos, o que contrariaria o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil). Parece-me, à luz das peculiaridades afetas ao funcionalismo público, que a interpretação adequada do artigo, caso se entenda pela sua aplicação, é no sentido de que é vedada a utilização da obra para outras finalidades que não as inerentes ao exercício do cargo, ou seja, que não as inerentes às finalidades da própria entidade. Portanto, a meu ver, também não haveria na hipótese qualquer contrariedade à Lei Federal n. 6.533/78, confirmando o fato de que, na esfera patrimonial, o conflito entre interesse público e privado seria apenas aparente.

82. De todo modo, ainda que se cogitasse de real conflito entre os interesses públicos envolvidos e os interesses individuais patrimoniais dos servidores, o que se admite para fins meramente argumentativos, seria inevitável a conclusão pela prevalência dos interesses coletivos, tendo em vista a extrema relevância da cultura e da educação para o desenvolvimento da sociedade e as peculiaridades existentes na hipótese concreta, principalmente o fato de que os investimentos na criação são realizados em grande parte pela própria coletividade, que espera, em troca, o retorno do investimento. Assim, no caso, os direitos individuais dos servidores da FTM/RJ haveriam de ser restringidos em razão dos interesses coletivos conflitantes, a fim de adequá-los à função social, no sentido de serem instrumentos de educação e cultura, evitando a vantagem excessiva aos artistas/intérpretes em prejuízo da sociedade.

83. Dessa forma, considerando os interesses em jogo, mais uma vez chegar-se-ia à conclusão de que as gravações podem ser utilizadas para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, sem necessidade de qualquer autorização prévia ou novo pagamento por cada uso das gravações dentro do rol de atividades da FTM/RJ.

84. Ressalve-se, contudo, a necessidade de observância dos direitos morais dos artistas, já que não me parece razoável, nem necessário para o atendimento do interesse público envolvido, qualquer limitação aos direitos morais dos servidores além daquelas estritamente necessárias aos propósitos institucionais da FTM/RJ. Assim, por exemplo, deve-se sempre respeitar o direito de paternidade e a integridade da obra, conforme previsto no art. 92 da Lei Federal n. 9.610/98. Todavia, no caso,

pelas razões já expostas, não há como se admitir o exercício do direito de não exibição das gravações, que decorrem do próprio exercício do cargo⁶⁹.

85. Dessa forma, pode-se concluir que, no caso concreto, considerando as peculiaridades existentes, não resta dúvida sobre a preponderância dos direitos sociais à educação e à cultura sobre os direitos individuais em jogo. Tendo em conta a

⁶⁹ Sobre as limitações ao exercício dos direitos morais de autor, vale registrar a doutrina de Guilherme C. Carboni, *in verbis*: “Predomina na doutrina o entendimento de que o direito de autor é um direito *sui generis*, uma vez que a sua natureza jurídica tem como base dois direitos distintos: os direitos morais e os direitos patrimoniais. Os direitos morais de autor são classificados como direitos da personalidade, pois a obra intelectual seria um prolongamento da própria pessoa do autor. Por essa razão, teriam como fundamento o direito natural. Entretanto, defendemos que os direitos da personalidade deveriam ser circunscritos àqueles estabelecidos em lei, ainda que na forma de princípios gerais, pois, a osso ver, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. Dessa forma, a garantia dos direitos da personalidade estaria na cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento, funcionando como o valor re-unificador da personalidade a ser tutelada, além de informar todas as relações jurídicas, bem como a legislação infraconstitucional. Porém, a proteção da dignidade da pessoa humana não pode resultar num individualismo exacerbado, uma vez que ela difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, pois tem de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social e nunca como uma célula autônoma. Daí, a abertura de um importante campo para a aplicação de limitações ao exercício dos direitos morais de autor, nas situações em que o interesse social deva prevalecer. Se examinarmos o teor do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/98), veremos que os direitos morais de autor ali apontados podem ser resumidos da seguinte forma: (a) direito de paternidade; (b) direito à integridade e à não modificação da obra; (c) direito de não publicação e de retirada da obra de circulação; e (d) direito a exemplar único e raro da obra. A atribuição da paternidade da obra é o núcleo essencial do direito moral de autor e, portanto, não pode sofrer limitações, exceto quanto ao seu exercício, como por exemplo, a não necessidade de indicação do nome do autor da obra em determinadas circunstâncias. Isso porque a atribuição da paternidade da obra a uma outra pessoa que não o próprio autor seria um desvirtuamento da própria realidade, o qual, evidentemente, não poderia ser amparado pelo Direito. Quanto ao direito à integridade e à não modificação da obra, a sua relevância não está apenas no aspecto moral para o autor, mas, também, na proteção do patrimônio artístico e cultural. No nosso sistema de proteção autoral, é somente o autor que pode realizar as modificações no original da obra, pois esta implica a sua substituição por uma outra. Entretanto, algumas exceções devem ser consideradas, como por exemplo, o “software livre” e outras “obras livres” (como aquelas divulgadas com base na licença “creative commons”), que podem ser modificadas por qualquer pessoa, não apenas nas suas respectivas esferas privadas, mas também para posterior divulgação. No que diz respeito ao direito de não publicação e de retirada da obra de circulação, poderia haver, em alguns casos, uma forte justificativa social para a publicação de uma obra que o autor optou por manter inédita (educação, por exemplo), justificando, assim, uma limitação a esse direito moral de autor.” [grifou-se] (CARBONI, Guilherme C. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor*. In Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Fernando Mathias, no prelo. Disponível na internet: <http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2010). O mesmo autor ressalta, contudo, o entendimento contrário de Isabel Vaz, *in verbis*: “No entanto, a mesma Isabel Vaz admite que o princípio da função social aplicado sobre os bens intelectuais protegidos pelo direito de autor manifesta-se por meio de limitações ao seu aspecto meramente patrimonial, já que os direitos morais de autor, por serem direitos personalíssimos, não seriam – em tese – suscetíveis de limitação por parte do Estado.” (CARBONI, Guilherme C. *Conflitos entre Direito de Autor, Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico*. In Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso (organizado por Patrícia Luciane de Carvalho). Curitiba: Juruá, 2005, pgs. 421/449. Disponível na internet: <http://www.gcarboni.com.br/pdf/G2.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2010)

função social dos direitos autorais e os interesses coletivos preponderantes, constata-se que a solução mais adequada e razoável é aquela no sentido de permitir a utilização das gravações, relativamente aos servidores que compõem os Corpos Artísticos, para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, respeitando-se os direitos morais dos servidores que não inviabilizem o desenvolvimento destas mesmas finalidades.

86. Dentre os usos das gravações que encontram amparo nos propósitos institucionais da FTM/RJ pode-se citar, por exemplo, a utilização das gravações para arquivo histórico, mediante formação de acervo para conservação da memória cultural do Estado.

87. Na verdade, a necessidade de conservação da memória cultural decorre diretamente do dever constitucional de se garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Tal dever é expressamente previsto no estatuto e no regimento interno da FTM/RJ, segundo os quais é atribuição da fundação preservar as manifestações culturais vinculadas às suas áreas de atuação e zelar pelo acervo cultural e artístico reunido em decorrência de suas atividades. No caso em apreço, a questão ganha ainda maior importância porquanto os espetáculos em boa parte são financiados com dinheiro público. Em alguns casos, os investimentos passam dos milhões de reais. Não é razoável que tal esforço da sociedade se “perca” em uma ou algumas temporadas de apresentações.

88. A meu ver, além de ser dever constitucional a preservação da cultura, o registro das performances para formação de acervo histórico resguarda o uso e o acesso futuro da população à produção cultural, observando o princípio da eficiência ao garantir ao investimento estatal o máximo de retorno possível no sentido do desenvolvimento cultural da sociedade⁷⁰. Tal entendimento é reforçado pelo art. 91 da Lei Federal n. 9.610/98, segundo o qual “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.”⁷¹.

89. Outro exemplo de uso das gravações que encontra amparo na Constituição Federal e nos propósitos institucionais da FTM/RJ é a possibilidade de exibição das

⁷⁰ De acordo com o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Entendida, assim, a eficiência, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, na ação administrativa pública, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração de interesses públicos. (...) o dever de eficiência do setor público, como gestor de interesses da sociedade, sempre que possa ser objetivamente aferível, passou a ser um direito difuso da cidadania.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 310/311).

⁷¹ De acordo com Eliane Y. Abrão: “Como uma limitação ao direito dos artistas e aos das empresas de rádio e TV, mas à vista do interesse público, o legislador, no art. 91 da Lei 9.610/98, faculta às empresas de radiodifusão o depósito dessas fixações, para conservação em arquivos públicos, independente de novas autorizações, numa saudável contribuição para o registro e a memória audiovisual do país.” (ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora Brasil, 2002, pág. 197/198)

gravações em escolas públicas, como forma de complementar a educação dos estudantes.⁷²

90. Contudo, a princípio, não me parece possível extrair dos propósitos institucionais da FTM/RJ a exploração econômica das interpretações ou execuções fixadas.

II.2.3. A obra produzida em estrito cumprimento do dever funcional e a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo.

91. Ao lado dos argumentos acima declinados, os quais por si sós bastam para se chegar à conclusão de que, no que concerne aos servidores dos Corpos Artísticos da fundação, é possível a utilização das gravações efetuadas para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, há ainda outro argumento, de natureza diversa dos expostos até o momento, que reforça a tese que vem sendo defendida neste parecer, qual seja, o de que a obra produzida no estrito cumprimento do dever funcional pode ser utilizada pelo empregador dentro do rol de suas atividades.⁷³

92. A doutrina sempre se preocupou com a questão da titularidade da obra produzida no contexto de uma relação de subordinação. Eduardo Vieira Manso e José de Oliveira Ascensão, ao se debruçarem sobre o tema, indagavam:

“Como, então, equacionar os interesses de um autor que cria obra intelectual em razão e nos limites de seu contrato de trabalho, com os interesses de quem o contratou — e lhe paga remuneração mensal para tal tarefa — visando exatamente a criação de tais obras? A quem pertencem, ou a quem deveriam pertencer, os direitos autorais sobre tais obras, se, em geral, sem a existência desse vínculo contratual e, não raro, sem a disponibilidade de recursos técnicos e humanos do tomador dos serviços, tais obras nem mesmo chegariam a existir?”⁷⁴

“I — É muito freqüente produzirem-se obras intelectuais para outrem. O funcionário Público escreve o que será o relatório dum plano de fomento; o empregado dum empresa de publicidade realiza filmes para uma campanha publicitária; uma fundação cultural encomenda a um historiador uma crônica do período das descobertas. (...) II — Produzida a obra, quem é o seu autor? O problema é grave, pois não teria sentido que um funcionário fosse excluir a entidade patronal da utilização da obra que lhe é encomendada; mas tampouco o teria que o criador intelectual nenhum direito tivesse sobre

⁷² Sobre a utilização da cultura como meio de complementar a formação dos estudantes, vide a ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.

⁷³ Desde logo, deve-se deixar claro que este “argumento de reforço” está longe de ser pacífico, ou mesmo majoritário, no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

⁷⁴ MANSO, Eduardo Vieira. *A Obra de autor assalariado*. Revista de Biblioteconomia de Brasília, Vol. 4, No 1 (1976). pág. 138/139. Disponível na internet: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/RBB/article/viewFile/126/106>. Acesso em 17 de outubro de 2010.

obras, porventura de suma valor, que produzira para a entidade encomendante – designada comumente como comitente.⁷⁵

93. A Lei Federal n. 9.610/98, ao contrário da legislação anterior⁷⁶ e da Lei Federal n. 9.279/96⁷⁷, que trata da propriedade industrial, não traz qualquer dispositivo regulando os direitos patrimoniais autorais sobre a obra produzida no contexto de uma relação de subordinação (seja decorrente de contrato de trabalho, seja decorrente de relação jurídica estatutária). Diante da omissão legislativa e da insegurança jurídica que esta lacuna acarreta, bem ainda diante do art. 11 da Lei Federal n. 9.610/98, que atribui a titularidade originária da obra intelectual exclusivamente à pessoa física criadora, a doutrina diverge sobre a solução mais adequada.

94. Luciano Andrade Pinheiro coloca a questão da seguinte forma:

“Com o advento da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) muitas dúvidas surgiram e clamam por soluções doutrinárias para

⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pág. 102/103.

⁷⁶ A Lei n. 5.988/73 tratava, em seu art. 36, da obra produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, dispondo que, salvo convenção em contrário, os direitos sobre a obra pertenceriam a ambas as partes.

⁷⁷ 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.

afigar angústias de estudiosos e operadores do direito. A mais escoreita é com relação à situação do empregado que recebe salário para produzir obras literárias, artísticas ou científicas. (...) É preciso salientar que a Lei de Direito Autoral reserva, para se realizar qualquer negócio que envolva direito patrimonial de autor, a exigência de que a alienação se dê apenas de forma expressa. Tanto os direitos patrimoniais quanto os morais, na forma na art. 11 da lei de regência, pertencem originariamente ao autor da obra. Para o Direito Autoral, não importa se o criador de obra intelectual é autônomo, empregado, prestador de serviços ou funcionário público. Hoje, diferentemente da lei anterior, o legislador exclui a disciplina diferenciada para as obras realizadas sob contrato de trabalho e afins, restando a aplicação da regra geral, que atribui exclusivamente a titularidade originária às pessoas físicas. Relembre-se, por oportuno, que a lei 9.610/98 determina em seu art. 11 que o titular é a pessoa física que cria a obra literária, artística ou científica, vedando que o empregador aproprie-se originariamente da obra criada por seu empregado. Por seu turno, o Direito do Trabalho vocifera que o produto do esforço do empregado pertence ao trabalhador, em troca de salário. Cabe dizer que numa relação empregatícia a obrigação do empregado é seu trabalho, e a do empregador é o pagamento do salário. De quem seria o direito sobre uma obra criada por um empregado remunerado para produzi-la? (...) *Pelo Direito do Trabalho, o fruto do labor pertence ao empregador que remunera na forma de salário a força (física e intelectual) do empregado. Já o Direito Autoral afirma a titularidade àquele que produz intelectualmente, sem questionar a situação jurídica de autonomia e subordinação. Negar o princípio geral de Direito do Trabalho é tão trágico quanto negar o direito que o autor, empregado ou não, tem sobre o que produz intelectualmente*” [grifou-se]⁷⁸

95. O mesmo autor, após ressaltar que os contratos não podem atingir os direitos morais do autor empregado, bem como salientar que o seu entendimento não seria aplicável, em princípio, aos contratos de trabalho e de prestação de serviços de artistas e técnicos e espetáculos de diversão por força da Lei Federal n. 6.533/78, que veda a transferência dos direitos conexos desses titulares, quando submetidos a contrato de trabalho ou prestação de serviços, propõe a seguinte solução:

⁷⁸ PINHEIRO, Luciano Andrade. *Titularidade da Obra Criada por Autor Empregado*. In Propriedade Intelectual em Perspectiva, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. Coordenadores: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. e MORAES, Rodrigo. pág. 231/232.

“Para responder a essas perguntas. Tenha-se em mente estas regras: contratos que envolvem Direito de Autor devem, necessariamente, ser restritivamente interpretados; toda relação de emprego é pautada num contrato escrito ou tácito, que implicitamente contém cláusula que prescreve que o fruto do trabalho do empregado pertence ao empregador, em troca de um salário. (...) *Diante do quadro, a solução é entender o negócio de natureza trabalhista/autoral de forma que o empregador apenas exercerá a parte do direito patrimonial necessária ao fim do próprio contrato. O salário pago ao autor empregado servirá como remuneração à modalidade de utilização da obra necessária e suficiente à finalidade do contrato, ou para o fim primário das atividades do empregador.* (...) Exemplifique-se com um articulista que recebe salário para escrever crítica sobre filmes da semana. Seu empregador terá o direito de publicar o artigo uma só vez. Não poderá traduzi-lo, negociá-lo com outro veículo de informação, adaptá-lo ou fazer outro tipo de uso sem autorização do empregado, sob pena de violar o Direito de Autor. (...) *A interpretação para o direito de autor de obra criada sob a égide de um contrato de trabalho serve, mutatis mutandi, para aquelas produzidas em razão de vínculo estatutário ou contrato de prestação de serviços.*” [grifou-se]⁷⁹

96. Por sua vez, Carlos Alberto Bittar e Eduardo Carlos Bianca Bittar, entendem que:

“acaba transferindo-se, por força da remuneração do trabalho intelectual, direitos patrimoniais correspondentes à utilização consentânea com a finalidade de sua atividade (assim, a produtora de televisão adquire direitos pecuniários para a fixação e a transmissão de novela criada por intelectual assalariado; a empresa jornalística, sobre os artigos dos criadores de sua equipe; a empresa cinematográfica, sobre o filme, compreendido como um conjunto, envolvendo criações de todos os intelectuais que nele participam e assim por diante) e isso se deve ao fato do criador ser remunerado exatamente para o objetivo final visado pelo encomendante (nos casos, as empresas), a que se relaciona por vínculo de subordinação.”⁸⁰

⁷⁹ PINHEIRO, Luciano Andrade. ob. cit. pág. 232/233.

⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada de conformidade com a Lei n. 9.610, de 19-2-1998, por Eduardo Carlos Bianca Bittar, pág. 40, *apud* MORATO, Antônio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 138.

97. Quanto aos direitos extrapatrimoniais, ressalta Antônio Carlos Morato:

“Com relação aos direitos extrapatrimoniais, cabe perguntar, como José de Oliveira Ascensão, se os intervenientes poderiam pretender a titularidade desses direitos ou se seria admissível apenas a proteção aos direitos patrimoniais, responde o mestre que, ‘no que respeita ao comitente ou encomendante, a resposta é negativa’, pois só ‘ao criador intelectual cabem direitos pessoais’, dado que ‘as faculdades de publicação e modificação que lhe couberem não representam direitos pessoais, mas uma mera face do exercício dos direitos patrimoniais’, enquanto no que diz respeito ao criador intelectual, ‘ele poderá ter direitos pessoais, mas esses direitos sofrem adaptação, conseqüente da situação em que se encontra’, como na impossibilidade de alegar direito de inédito, ‘quer na face positiva de divulgar, quer na negativa de proibir a divulgação’ e, dessa maneira, ‘se uma empresa manda elaborar um relatório confidencial sobre a situação financeira, só ela poderá determinar se deve ou não ser divulgado. Neste caso, há um obstáculo que impede na prática a utilização da obra pelo criador intelectual’⁸¹

98. Denis Borges Barbosa sustenta que a obra produzida em relação de subordinação remanesceria com o empregador, desde que esta envolvesse o fim específico da atividade para a qual o empregado foi contratado. Ressalta, porém, que a jurisprudência, com frequência, vem entendendo, à mingua de ajuste específico, que a titularidade dos direitos patrimoniais da obra permanece com empregado. *In verbis*:

“No tocante à obra individual, aplicam-se agora em sua integralidade os dispositivos do art. 11 da nova lei, sem qualquer previsão de divisão entre as partes: 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. *Aqui, também, entendo que a relação de subordinação, sempre que abrangendo matéria que seria do fim específico do cargo exercido pelo trabalhador, qual seja, a criação de obra, traria para o empregador “a proteção concedida ao autor”, qual seja, a titularidade da obra na esfera patrimonial. Quero crer, também aqui, que estarei em posição certamente não unânime. Assim, cabe afirmar minha posição doutrinária, ainda sem base*

⁸¹ MORATO, Antônio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 138.

em jurisprudência ou doutrina alheia, de que a titularidade da obra, tanto coletiva, quanto da individual realizada por trabalhador em estrito cumprimento de dever funcional, remanesce com o empregador. No entanto, vale fazer duas advertências e uma recomendação. (...) A segunda advertência é a de que – embora seja economicamente absurda a retenção do fruto do trabalho pelo trabalhador numa relação empregatícia ou estatutária –, a jurisprudência corrente tem com frequência tomado o entendimento de que salvo a existência de um ajuste e mais, que se tome tento, um ajuste equitativo com o autor trabalhador, a titularidade dos direitos patrimoniais da obra permanece com este. Assim, a minha recomendação é a de que, a cada caso e sem falha se solicite de cada autor-trabalhador, em termo específico, o seu consentimento pela cessão dos direitos patrimoniais pertinentes, sempre que possível mediante um pagamento específico de encargos especiais, como o que se atribuiu aos peritos do empregador. Frise-se que esse requisito não é determinante para a manutenção de minha convicção de que a relação subordinada, abrangendo matéria que seria do fim específico do cargo exercido pelo trabalhador, traria para o empregador “a proteção concedida ao autor”, qual seja, a titularidade da obra na esfera patrimonial.” [grifou-se]⁸²

99. Portanto, a jurisprudência majoritária, especialmente no caso de incidência da Lei Federal n. 6.533/78 (art. 13), fixou-se no sentido de que, no caso de obra produzida em relação de subordinação, a transmissão dos direitos patrimoniais limita-se aos indispensáveis e consentâneos com a finalidade da atividade exercida pelo empregado na empresa, sendo necessária expressa autorização para cada um dos modos independentes de utilização da obra intelectual.⁸³ Dessa forma, por exemplo, o empregado autor nada poderia postular pela primeira utilização da obra, mas poderia pleitear eventuais direitos conexos devidos pelas reutilizações (reprodução, reexibições, retransmissões, etc.) desta mesma obra pelo empregador. Veja-se:

“Direito Autoral. Obra Artística Coletiva. Titularidade da Empresa Promotora do Evento. Art. 15 Da Lei N. 5.988/73. Observância dos

⁸² BARBOSA, Denis Borges. *Titularidade de Obras Autorais Produzidas em Relação de Subordinação*. Disponível na internet: <http://denisbarbosa.addr.com/autorais.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2010). O autor ressalta que tal entendimento não é pacífico na doutrina, citando como exemplo José Carlos Costa Netto (Direito Autoral no Brasil, ed. FTD, 1998, pág. 70), para quem, em tais hipóteses, na falta de contrato, a titularidade dos direitos patrimoniais permanece com o autor.

⁸³ Cf. REsp 445908/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, quarta turma, julgado em 26/06/2007, DJ 24/09/2007, p. 311.

Direitos Conexos. Art. 13 da Lei N. 6.533/78. 1. Em se tratando de obra artística de caráter coletivo, a titularidade dos direitos autorais é da empresa produtora do evento, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei n. 5.988/73. 2. A norma protetiva inserida no art. 13 da Lei n. 6.533/78, longe de conflitar com a regra do art. 15 da Lei de Direitos Autorais, acaba por complementá-la, ao condicionar a aplicação do comando legal ali expresso com vistas a garantir os direitos conexos dos profissionais contratados para participarem do projeto artístico. 3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 438.138/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, quarta turma, julgado em 18/06/2009, DJe 04/08/2009)

“Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem Autorização. Impossibilidade. Obra Criada na Constância do Contrato De Trabalho. Direito De Cessão Exclusivo Do Autor. Inteligência dos Arts. 30, da Lei 5.988/73 e 28, da Lei 9610/98. Dano Moral. Violação do Direito. Parcela Devida. Direitos Autorais. Indenização. (...) II - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra. (...) V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp 617.130/DF, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 344)⁸⁴

“Responsabilidade Civil. Indenização. Locutor/Apresentador de Programas. Direitos Conexos ao Direito Autoral. Reexibição/Retransmissão de Documentários pela Fundação Ré. Remuneração Devida ao Ora Recorrente, Não Obstante Tratar-Se de Obra Coletiva.– “Direitos conexos” reputam-se direitos “vizinhos” ou “análogos” ao direito de autor que, tanto quanto este, recebem a proteção da lei. Não obstante tratar-se de obra coletiva, ao demandante, na qualidade de locutor/apresentador, assistem os direitos conexos, relativos a cada reexibição ou retransmissão de programas de que participou. Recurso especial

⁸⁴ Extrai-se do voto do Ministro Relator: “(...) a propriedade exclusiva ditada pela referida norma, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor, sendo necessária a expressa autorização por parte do criador da obra, da qual, aliás, não se cogita nos autos. Não tendo havido, portanto, autorização expressa do autor para a utilização de sua obra, afigura-se patente a infringência ao art. 30 da Lei 5988/73, vigente à época dos fatos, pelo que, conhecendo do recurso no particular, aplico o direito à espécie para acolher em parte o pedido indenizatório formulado na inicial.”

conhecido e parcialmente provido.” (REsp 152231/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, quarta turma, julgado em 07/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 378)⁸⁵

“Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem Autorização. Impossibilidade. Obra Criada na Constância do Contrato de Trabalho. Direito de Cessão Exclusivo do Autor. Aplicação do Hoje Revogado Art. 649, CC. Dano Moral. Violação do Direito. Parcela Devida. Dano Material. Prejuízo Caracterizado. Apuração. Liquidação Por Arbitramento. Recurso Acolhido. I – (...) II - Em se tratando de discussão que envolve contrato de trabalho entre as partes - verificação se a obra foi cedida ao empregador somente pela existência do emprego -, não há como deixar de aplicar a norma vigente ao tempo da celebração desse ajuste, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. As partes, ao tratar da negociação do vínculo empregatício, tinham ciência das regras que regulavam a matéria à época, pelo que seria defeso alterar-se a situação atinente aos direitos e deveres de cada uma. III - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o revogado art. 649 do Código Civil impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra. IV – (...) V - Evidenciado, outrossim, o dano material, representado pela remuneração não percebida pelo artista que teve sua obra veiculada, sem autorização, em periódico comercializado. (...)” (REsp 121757/RJ, Rel.

⁸⁵ De acordo com o Min. Barros Monteiro: “Pela primeira exibição das produções coletivas o autor nada postula. O seu reclamo situa-se precisamente nos denominados “direitos conexos” que lhe são devidos pelas reexibições e retransmissões por outras emissoras educativas. Nesses termos, constatado mediante as provas pericial e testemunhal que os programas “Universo Mecânico”, “Cultura Documento – Anos 30”, “Viajantes do Tempo – 1990” e “Fim do Império” foram pela ré reexibidos, havendo notícia ainda de que vários deles foram apresentados em outras emissoras educativas, resulta claro que o autor faz jus à indenização pelos “direitos conexos” previstos na lei, cujo montante deverá ser apurado em liquidação por artigos (art. 608 do CPC). Era exigível, sim, da fundação ré obter previamente a autorização do autor (arts. 94 e 95 da Lei n. 5.988/73). A cada reexibição ou retransmissão, ainda que por outra emissora educativa, faz jus o ora recorrente a uma remuneração, a ser fixada na oportunidade em liquidação, com a necessária moderação e com apoio nos valores vigentes do mercado, considerada ainda a circunstância de tratar-se de mera reapresentação. Não importa, para a solução da lide, a circunstância de haver sido o autor empregado vinculado à fundação ré pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Trata-se aqui, como dito, de direitos conexos ao direito autoral, reconhecidos em prol do demandante na condição de locutor e apresentador de programas. A relação empregatícia não exclui o direito do litigante (REsp n. 7.757-0/SP, relator Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp n. 57.449-RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).” O Ministro Relator ainda desconsiderou em seu voto a finalidade educativa da fundação-ré: “Tampouco releva o fato de a fundação ré não comercializar os programas em questão, dado que, não obstante a sua finalidade educativa, o que a lei resguarda é o direito do intérprete ou executante da obra. A ninguém é lícito tirar proveito em detrimento de outrem.”

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quarta turma, julgado em 26/10/1999, DJ 08/03/2000, p. 117)⁸⁶

100. Porém, recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar novamente a questão relativa à obra produzida (fotografia) no cumprimento de dever funcional. Entendeu-se, no caso, por maioria, que a obra produzida em relação de trabalho continuado, com remuneração, poderia ser utilizada pelo empregador em todas as atividades da empresa, mas que não seria admissível, por outro lado, a sua transferência a terceiros, principalmente de modo oneroso. Veja-se:

“Direito Autoral. Fotógrafo Contratado. Relação de Trabalho. Propriedade Imaterial Inalienável das Fotografias. *Necessidade de Autorização do Autor da Obra para a Publicação por Terceiros. Desnecessária a Cessão, Contudo, para a Publicação pelo Próprio Empregador.* I - A fotografia é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não. II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferi-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor. III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa. IV - Recurso Especial provido.” [grifou-se] (REsp 1034103/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, terceira turma, julgado em 22/06/2010, DJe 21/09/2010)

101. Pede-se vênua para citar trecho esclarecedor do voto do Min. Sidnei Beneti, relator para o acórdão:

“3.- A fotografia sem dúvida que é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo autor, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não, pois sempre produto do engenho humano concretizado através da arte do uso das lentes da máquina fotográfica e outros elementos da técnica. (...) 4.- No tocante à propriedade imaterial de direito de autor é preciso sempre distinguir os direitos morais

⁸⁶ Neste caso, entendeu-se que o empregador sequer poderia utilizar a obra sem a autorização explícita por parte do empregado-autor.

dos direitos patrimoniais decorrentes da obra de autor – no caso, a fotografia. 5.- A Lei dos Direitos Autorais, expressamente invocada pelo Autor (Lei 9.610/98) dispõe, no art. 22, que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Os direitos morais são especificados na longa enumeração do art. 24, em itens destinados a garantir o que o saudoso CARLOS ALBERTO BITTAR caracterizou como “os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade” (“Direito de autor”, p. 44). São direitos de paternidade. Devido a esses direitos morais é que ao autor é garantido, por exemplo, que qualquer utilização da obra se realize com a divulgação do próprio nome, assegurando-lhe o direito de permanecer inédito e de realizar alterações na obra. São direitos imprescritíveis, sobrevivem ao autor e “não podem ser objeto de contrato”, de forma que “qualquer estipulação contratual tendo em vista os direitos morais é nula de pleno direito” (PLÍNIO CABRAL, “A Nova Lei de direitos Autorais”, S. Paulo, ed. Harbra, 4ª ed., 2003, p. 45). *No caso presente, os direitos morais do Autor foram absolutamente respeitados, pois sempre se deram os “créditos” de autor às suas fotografias publicadas.* 6.- A mesma Lei dos Direitos Autorais (Lei 9610/98) estabelece quais são os direitos patrimoniais do autor, dispondo, no art. 28, que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, seguindo-se, no art. 29, a regra geral, seguida de longa enumeração exemplificativa, de que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como (...). “O direito patrimonial do autor liga-se ao conceito de propriedade” (PLÍNIO CABRAL, ob. cit., p. 48). Pode haver transferência dos direitos patrimoniais de autor (Lei 9610/98, art. 49). Podem ser objeto de contrato. No âmbito contratual, os direitos patrimoniais inserem-se em meio à própria situação contratual patrimonial em que gerados. 7.- *No âmbito da transferibilidade dos direitos autorais patrimoniais é que se coloca o debate dos autos. A questão é a seguinte: o profissional sujeito a relação de trabalho continuada, cuja finalidade é a realização de tarefas específicas de seu mister, tem direito patrimonial de autor a cada contra-prestação laborativa em que produz a sua obra? Ou, realizada a contra-prestação na continuidade do contrato de trabalho, a obra pode ser utilizada pelo próprio contratante no futuro? Não há dúvida de que, se houver cessão da obra pelo empregador a terceiro, o autor terá direito a indenização, porque inadmissível que o empregador*

dela disponha fora dos limites decorrentes do trabalho contratado para sua atividade de fotógrafo. Se o empregador transfere a obra a terceiro, mormente se o faz por cessão onerosa, o autor tem direito de receber o equivalente ao produto de sua atividade intelectual. Nesse sentido os julgados lembrados nestes autos, a partir do já acima transcrito, de que Relator o E. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp nº 121757-RJ-4ª T., DJU 8.3.2000). 8.- A questão nestes autos, contudo, é outra, ou seja, consiste em saber se o empregador pode ele mesmo utilizar a obra, que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em matéria diversa. Nesses precisos termos, como anotado pelo voto da E. Min. Relatora, a questão nunca foi decidida por este Tribunal – donde a importância do presente julgado, a definir tese que se antevê repetitiva (tanto que a ora Recorrente já informa que o próprio Autor lhe moveu nada menos que 16 ações indenizatórias, até o dia da contestação, 12.1.2006 – cf. fls. 40 e 47). 9.- Não há, no caso, como dar ao profissional fotógrafo, submetido a relação continuativa de trabalho em atuação específica, tratamento privilegiado diante de outros profissionais submetidos à mesma forma contratual, pela qual cedem ao empregador a força física e intelectual do trabalho, de captação de imagens ilustrativas fotográficas. A função do profissional fotógrafo na constância do contrato de trabalho é produzir fotografias, em atuação específica para cuja produção recebe remuneração. É da essência do contrato individual de trabalho que o empregador remunerar toda a atividade do trabalhador com o salário e que o trabalhador ofereça a contra-prestação reiterada de atividade em prol do empregador – no caso, a fotografia, que passa à fruição do empregador em sua atividade, para a qual contratado o fotógrafo. O profissional fotógrafo empregado não é contratado como tarefeiro, para cada foto que venha a produzir, mas, sim, e ao contrário, para a prestação continuada de trabalho fotográfico, de modo que não se pode amparar a pretensão a recebimento de pagamento suplementar ao do contrato de trabalho, a cada foto que venha a produzir, porque a produção continuada delas é da essência de seu trabalho remunerado e de modo que, uma vez produzida a foto, pode o empregador, que já remunerou toda a atividade do fotógrafo, utilizar do produto na empresa para a qual trabalha o profissional fotógrafo. O empregador tem obrigação de preservar o direito autoral moral do fotógrafo. Tem, igualmente, a obrigação de não ultrapassar os limites dentro dos quais

*produzida a obra – ou seja, para uso em sua atividade – de forma que não a pode ceder a terceiro sem autorização do fotógrafo. Mas não há como exigir ao empregador a exaustão do direito ao uso da obra do profissional empregado a cada uso, de modo a ter de com ele negociar, mediante cessão, uso futuro, em outros produtos da empresa jornalística.*⁸⁷ [grifou-se]

⁸⁷ No presente caso, a Min. Nancy Andrighi restou vencida. Em seu voto, embora tenha reconhecido em seu voto o salário pago ao empregado representa a remuneração pelo uso patrimonial da obra resultante do regular exercício do seu trabalho, ou seja, que como contrapartida pelo salário recebido o empregado autoriza tacitamente seu empregador a explorar economicamente as obras provenientes do trabalho para o qual foi contratado, a Ministra entendeu que, no caso, por ter sido implícita a transmissão, a presunção era de que a mesma restringia-se aos direitos patrimoniais indispensáveis e consentâneos com a finalidade da atividade exercida pelo empregado (autor da criação) na empresa. Vale registrar parte de seu voto: “No atual estágio de desenvolvimento da sociedade, torna-se cada vez mais comum que o produto do trabalho humano seja uma obra intelectual, muitas vezes passível de proteção autoral. Cite-se, como exemplo, além da hipótese dos autos, os roteiristas que criam histórias para exibição em redes de televisão. *Se, por um lado, é certo que se deve reconhecer aos empregados a autoria dessas obras, não é menos certo, por outro, que para tanto são contratados e remunerados pelos seus empregadores. Dessa forma, o cerne da controvérsia está em definir em que medida o salário recebido pelo empregado transfere ao empregador os direitos de autor relativos às obras criadas como consequência exclusiva da atividade laboral.* (...) A interpretação sistemática dessas normas [arts. 27, 28, 29 e 49 da Lei Federal 9.610/98], aliada à regra geral contida no art. 884 e seguintes do CC/02, que coíbe o enriquecimento sem causa, permite inferir que, *havendo vínculo empregatício, o salário pago ao empregado representa a remuneração pelo uso patrimonial da obra resultante do regular exercício do seu trabalho. Em outras palavras, como contrapartida pelo salário recebido mensalmente, o empregado autoriza seu empregador a explorar economicamente as obras provenientes do trabalho para o qual foi contratado.* Na lição de Antônio Chaves, estando criador e encomendante unidos por relação de emprego, apartam-se nitidamente dois campos: aquele de quem encomendou e custeou a obra, que obtém a cessão da parte patrimonial do direito para a finalidade especificamente convenionada, dispensada a autorização, que é implícita, para o aproveitamento normal e imediato, sem cogitar de outra retribuição, a não ser a combinada; e o do criador material da obra, seu ‘pai’ intelectual, que conserva todos os direitos morais decorrentes da paternidade (Direito do autor. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 146). Carlos Alberto Bittar complementa esse raciocínio, anotando que “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” (Direito de autor, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 42). *Com efeito, a transferência ao empregador dos direitos patrimoniais sobre essas obras – oriundas exclusivamente da relação de emprego – exsurge como consequência lógica da remuneração recebida pelo empregado, sendo razoável supor a existência de acordo tácito nesse sentido, como forma de justificar o pagamento do salário.* Por outro lado, esse mesmo salário não tem o condão de desfazer o liame subjetivo do autor com sua obra, persistindo o vínculo de caráter moral, que pertence à própria essência do direito de autor. Outrossim, tendo em vista que, havendo vínculo laboral entre autor e encomendante, a transmissão dos direitos autorais de natureza patrimonial ocorre de maneira tácita, torna-se imperioso determinar os limites dessa transferência. (...) O art. 31 da Lei nº 9.610/98 consagra o princípio da divisibilidade dos direitos de autor, dispondo que as diversas maneiras de utilização da obra intelectual são independentes entre si, de sorte a maximizar o aproveitamento da criação pelo autor. Portanto, o autor da obra pode explorar sua criação da forma que melhor lhe aprouver, inclusive mediante transferências a pessoas distintas, em caráter parcial. Ademais, há de se considerar que, nos termos do art. 49, VI, da Lei nº 9.610/98, “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”. *Dessa forma, como na relação de emprego, a transferência em questão está implícita, deve-se presumir ter havido tão somente a transmissão dos direitos patrimoniais indispensáveis e consentâneos com a finalidade da atividade exercida pelo empregado (autor da criação) na empresa.* Vale, nesse ponto, nova referência aos ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, em comentário específico sobre essa questão. Ele anota

102. Em que pesem as relevantes opiniões em sentido contrário, parece-me acertado o entendimento adotado na recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a obra produzida no contexto de relação de subordinação pode ser explorada pelo empregador nos limites das necessidades da atividade da própria empresa.⁸⁸ De fato, não se pode conceber que o empregador, que arca com os custos da criação, e que já remunera o autor pela obra, não possa utilizar da mesma dentro de suas próprias atividades, necessitando de prévia anuência ou pagamento de nova remuneração ao empregado para fazer uso daquilo pelo que já pagou.⁸⁹

que “remanescem na esfera do autor os direitos morais e todos os demais direitos patrimoniais não alcançados por sua atuação específica (...), a menos que os transfira por meio de contratos adequados”, trazendo exemplo emblemático para a situação dos autos, de que “não pode a empresa jornalística publicar depois, em outros veículos, os trabalhos feitos para jornal” (ob. cit., p. 42). A despeito dessa valiosa orientação, saliento que a demarcação exata dos limites em que se dá a transmissão constitui tarefa árdua e complexa, que exige, salvo melhor juízo, soluções distintas conforme as peculiaridades de cada caso. Qualquer tentativa de estabelecimento de uma regra geral quanto à extensão dessa transferência patrimonial se mostraria temerária, pois não há como generalizar as particularidades inerentes a cada relação de trabalho. Assim, admitida a premissa de que essa transmissão ocorre nos limites do trabalho para o qual foi contratado o autor, qualquer delimitação para além daí – como, por exemplo, o prazo de duração dessa transferência – deve levar em consideração as singularidades de cada caso. (...) *Na hipótese específica do fotógrafo contratado por empresa jornalística, salvo estipulação contratual expressa em contrário, penso que a transferência do direito patrimonial sobre as obras intelectuais se opera de forma definitiva, mas se vincula às reportagens para as quais foi produzida e exclusivamente para utilização direta pela empregadora. Vale dizer que as fotos tiradas por empregado podem ser usadas, pela própria empresa, quantas vezes esta quiser, desde que como parte integrante da reportagem que deu origem a esse trabalho.* Esse raciocínio, mutatis mutandis, guarda consonância com o art. 49, V, da Lei nº 9.610/98, o qual dispõe que “a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato”. *No contexto da relação de emprego entre fotógrafo e empresa jornalística, pode-se entender por modalidade de utilização existente à data do contrato, o fim a que se destinam as fotografias ao serem tiradas, ou seja, para integrar uma determinada reportagem a ser incluída em periódico elaborado pela própria empregadora. Viabiliza-se, com isso, a republicação de reportagens, mas não sua comercialização com terceiros, tampouco o aproveitamento das fotos em outras matérias, para as quais não fora originalmente idealizada, situações que certamente representam ofensa ao direito autoral do fotógrafo, já que extrapolam a finalidade presumida do trabalho para o qual foi contratado.*” [grifou-se]

⁸⁸ Este também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação n. 2007.001.05229: “Direito do autor. Professor a quem o empregador solicita a elaboração de material didático. Direito autoral que se diz violado, em virtude de alterações desautorizadas no conteúdo da obra além da ausência de repasse dos lucros auferidos com a distribuição do material, que teria remuneração indireta. Absoluta incomprovação. Pagamento já efetuado à época pela elaboração do trabalho. Entidade sem fins lucrativos que não comercializa o material. Matéria de natureza eminentemente civil, a indicar a competência da Justiça Comum. Agravo retido conhecido, mas desprovido. Apelo desprovido.” (TJRJ. Des. Fernando Cabral - Julgamento: 05/06/2007 - Quarta Câmara Cível)

⁸⁹ Eduardo Vieira Manso, ainda sob a égide da lei revogada, já asseverava que tal conclusão decorreria até mesmo do princípio geral de direito de que o enriquecimento de qualquer um não pode causar injustamente o empobrecimento de outrem. Vale registrar as palavras do autor: “Desse rápido e incompleto apanhado, percebe-se que a legislação nacional de muitos dos países a que o Brasil se liga por força de sua adesão a inúmeras convenções internacionais, atribui, de uma forma ou de outra, ao empregador a titularidade dos direitos autorais sobre a obra criada sob um contrato de trabalho, para a sua exploração nos limites das necessidades da atividade própria da empresa, admitindo - se que permanecem na titularidade do autor todos os demais direitos decorrentes da sua criação. *E o que fundamenta essa atribuição é um outro princípio geral de direito, segundo o qual o enriquecimento de qualquer um não pode causar injustamente o empobrecimento de outrem. No caso da criação da obra encomendada sob regime de*

103. A solução aplicada no precedente do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, aplica-se à hipótese versada neste parecer. Com efeito, os servidores da FTM/RJ têm como dever funcional a participação em espetáculos e gravações. O vínculo com a FTM/RJ é continuado. Pelo exercício do cargo (e produção da obra), recebem a devida remuneração fixada em lei. Ademais, eles exercem seus cargos em prol do interesse público consubstanciado na própria finalidade institucional da FTM/RJ. É evidente, portanto, que tal qual a solução encontrada no julgado em questão, no presente caso, a FTM/RJ, como “empregadora”, poderá utilizar as gravações dentro do rol de suas atividades (limite dentro do qual a gravação foi produzida), resguardando-se sempre os direitos morais dos servidores da FTM/RJ.

104. Não se pode esquecer, em acréscimo, como já salientado na primeira parte do parecer, que a presente hipótese encontra-se também na seara do direito público. Como os servidores da FTM/RJ exercem os seus cargos em prol do interesse público, viabilizando o desenvolvimento dos propósitos institucionais da FTM/RJ, o melhor entendimento é o de que o próprio exercício do cargo (e a sua remuneração) já pressupõe a autorização para utilização das gravações para todas as atividades da fundação, até mesmo porque o regime jurídico estatutário não é compatível com as normas que denunciem a existência de negócio contratual, como seria o caso de exigência de autorizações prévias ou negociadas a cada caso com os servidores. Assim, considerando as peculiaridades do presente caso, a conclusão pela possibilidade de utilização das gravações pela FTM/RJ dentro do rol de suas atividades sequer contrariaria a doutrina que entende pela necessidade de autorização para cada um

contrato de trabalho, ao empregador incumbe arcar com todos os custos dessa realização, que se opera no âmbito de sua própria organização, com os recursos de seu estabelecimento e, portanto, com fruição de bens de seu patrimônio. Seria verdadeiramente contrário àquele princípio de direito que, custeando toda a produção da obra intelectual, para a qual muitas vezes concorre inclusive com idéias, planos e todo um trabalho anterior, também intelectual, o empregador do autor se visse desfalcado de alguns desses bens, em proveito exclusivo do empregado. Em decorrência, teria de remunerar novamente esse empregado para usufruir da obra que ele empregador financiara, após já ter pagado o salário mensal contratado exatamente para que a produzisse. E sem ressarcir-se do fornecimento de meios e recursos adequados para o êxito da tarefa de seu empregado. Situemos o exemplo, cotidiano no recinto das grandes empresas jornalísticas: uma equipe de jornalistas (repórteres, fotógrafos etc.) equipados com todos os apetrechos necessários é designada para a cobertura de um prolongado encontro de homens públicos, na Europa. Toda essa gente ficará lá por conta de seu empregador, que, além do salário normal, lhes pagará as passagens, os hotéis, as refeições munindo-os de material adequado para a realização do trabalho (papel, máquinas, filmes etc.) e que, aqui, dá acabamento ao material recebido (copiedesca as mensagens, processa os filmes fotográficos etc). Seria, mesmo, extremamente injusto, depois de toda essa despesa, ficar o empregador sujeito à vontade de seu empregado, quanto à utilização dessa obra, devendo, em razão dessa estapafúrdia subordinação, pagar novamente uma remuneração para tirar o proveito do bem criado inteiramente às suas expensas, por iniciativa inteiramente sua, e sem cujo concurso tal obra não chegaria a existir. Até mesmo quanto a certos aspectos do direito moral, a obra criada sob a égide de um contrato de trabalho deixa de produzir algumas prerrogativas, como, principalmente, em relação ao direito ao inédito. A ninguém, em verdade, pode ocorrer a possibilidade de um autor-empregado, após ter criado e entregue a obra a seu empregador, impedir sua publicação, sob a alegação de que este direito moral é inalienável e irrenunciável. Ou que um autor assalariado possa exercer seu direito de arrependimento, em relação ao seu empregador, eis que, nestes casos, por via de verdadeiro abuso de direito, se instalaria na organização social brasileira uma verdadeira insubordinação legalizada, capaz de levar os empresários às mais tristes situações de impossibilidade de exercerem suas atividades, em detrimento da própria economia nacional.” [grifou-se] (MANSO, Eduardo Vieira.ob. cit. pág. 147/149)

dos modos independentes de utilização da obra intelectual. A autorização, no caso, decorre do próprio exercício do cargo.

105. Por fim, registre-se que, ainda que se entendesse possível a sua aplicação ao presente caso, o que me parece equivocado, a incidência da Lei Federal n. 6.533/78 em nada alteraria as conclusões acima. A uma porque, por se tratar de regime jurídico estatutário, o seu art. 13, parágrafo único deverá ser interpretado com os temperamentos necessários em razão do disposto no art. 37, incisos X e XI, da Constituição da República. A duas, porque, como a remuneração dos cargos pressupõe a utilização das gravações para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, a necessidade de novo pagamento por cada exibição/utilização acarretaria *bis in idem* e enriquecimento sem causa dos servidores, em prejuízo dos cofres públicos. Dessa forma, a interpretação possível para o referido dispositivo legal é somente aquela no sentido de que é vedada a utilização da obra para outras finalidades que não aquelas previstas dentre as atribuições da FTM/RJ.

III – CONCLUSÃO

106. Por todo o exposto, conclui-se que:

- (i) Não há necessidade de concessão de autorização prévia e por escrito pelos servidores dos Corpos Artísticos (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica) da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro para que seja realizada a fixação (som e imagem) de suas performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais. A participação em espetáculos com gravações, ou mesmo em apresentações montadas apenas para gravação, encontra-se dentro do rol dos deveres funcionais dos servidores ocupantes dos cargos relativos aos Corpos Artísticos da FTM/RJ. O exercício do cargo pelo servidor da FTM/RJ fornece a própria autorização exigida pela Lei Federal n. 9.610/98.
- (ii) A recusa em participar de gravações consiste em descumprimento intencional de dever funcional inerente ao cargo, sujeitando o infrator à punição disciplinar.
- (iii) No presente caso, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), não é possível a punição retroativa de servidor que tenha se recusado a participar de gravações. Eventual punição deve ter como marco inicial a conduta praticada a partir da divulgação do caráter normativo conferido pelo Exmo. Governador do Estado ao entendimento fixado pela Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria.

- (iv) Tendo em conta a função social dos direitos autorais e os interesses coletivos preponderantes, relativamente aos servidores que compõem os seus Corpos Artísticos, as gravações realizadas poderão ser utilizadas para todas as finalidades institucionais da FTM/RJ, respeitando-se os direitos morais dos servidores que não inviabilizem o desenvolvimento destas mesmas finalidades.
- (v) A utilização das gravações para formação de arquivo histórico, mediante a formação de acervo para conservação da memória cultural do Estado, encontra-se dentre os usos das gravações que encontram amparo nos propósitos institucionais da FTM/RJ e na Constituição da República.
- (vi) A exibição das gravações em escolas públicas, como forma de complementar a educação dos estudantes, também se encontra dentre os usos das gravações que encontram amparo nos propósitos institucionais da FTM/RJ e na Constituição da República.
- (vii) Não se extrai dos propósitos institucionais da FTM/RJ, a princípio, a possibilidade de exploração econômica das interpretações ou execuções fixadas.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2010.

MARCOS BUENO BRANDÃO DA PENHA
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Estou **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Parecer nº 03/2010-MBBP, da lavra do Procurador do Estado MARCOS BUENO BRANDÃO DA PENHA, que em alentado parecer conclui não haver “*necessidade de concessão de autorização prévia e por escrito pelos servidores dos Corpos Artísticos da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro para que seja realizada a fixação de suas performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais.*”.

Neste sentido, cumpre transcrever passagem lapidar do ilustre parecerista, que deverá servir de norte para qualquer interpretação a respeito do conflito de idêntica espécie àquele posto nestes autos administrativos (fls.42/43):

“Como foi visto, a participação em gravações é um dos deveres funcionais dos servidores ocupantes dos cargos relativos ao Corpo Artístico da FTM/RJ. Ou seja, os servidores são remunerados pelo erário estadual justamente para, dentre outras atribuições, participar de gravações ou terem gravadas suas apresentações e espetáculos. In casu, não se concebe como admissível, porque absolutamente irrazoável, a necessidade de prévia autorização por escrito e individual dos servidores para fazer aquilo que os mesmos são remunerados para fazer, e que têm o dever de fazer precisamente porque assim desejam, já que ingressaram nos respectivos cargos e neles se mantêm por vontade própria. Seria como se admitir, por absurdo, que, a despeito da remuneração que recebem, os servidores pudessem optar por cumprir ou não os deveres do cargo. Inexiste essa possibilidade.

“O ingresso no serviço público confere aos servidores ônus e bônus. Em troca das inúmeras vantagens que possuem (previstas inclusive na Constituição Federal), os servidores submetem-se a um regramento estatutário unilateral e aos deveres nele impostos, como por exemplo, exercer a atividade pública sempre em prol do interesse público, e, no caso específico do presente parecer, participar de gravações. É inconcebível a pretensão dos servidores de gozar todas as vantagens inerentes aos cargos que ocupam e, ao mesmo tempo, se recusar a cumprir os deveres dos mesmos cargos previstos no estatuto exclusivamente como forma a viabilizar o desenvolvimento dos propósitos institucionais da entidade a que se vinculam.”

Deste modo, para além de desnecessária a autorização cogitada pela Associação interessada, a pretensão de se recusar a participar das gravações relacionadas ao cumprimento das finalidades institucionais da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro configura, se materializada, infração funcional sujeita à competente sanção disciplinar, ressaltando-se, por óbvio, condutas anteriores ao referido parecer, quando a posição deste Órgão Central do Sistema Jurídica ainda não estava sedimentada, razão pela qual não há que se falar em punição retroativa com base no opinamento veiculado neste processo administrativo.

Na esteira das conclusões acima, é obrigatória a participação dos integrantes dos Corpos Artísticos em qualquer evento realizado pela FTM, ainda que haja fixação de som e/ou imagem da respectiva apresentação, *desde que tal registro seja feito com o propósito de (a) formação de arquivo histórico-cultural da Administração Pública; ou (b) exibição em estabelecimentos de ensino, como complemento ou parte integrante do currículo regular de estudantes.*

Neste último ponto, **DIVIRJO** restrita e especificamente do referido parecer, com o fito de não restringir a exibição em escolas públicas ou como mero

complemento da educação de estudantes, já que o Estado pode promover a difusão da cultura clássica e outras expressões artísticas pertinentes aos objetivos da FTM no âmbito de escolas privadas dos mais diversos níveis, do elementar à pós-graduação, dentre os quais o conteúdo de determinada apresentação eventualmente se constituirá em parte integrante do currículo regular de determinado curso.

Por fim, resta ainda pendente de conclusão, até porque não é objeto da consulta, assim como ainda controvertido na doutrina e na jurisprudência, a eventual exploração econômica das interpretações ou execuções fixadas, cuja eventual ocorrência deverá ser disciplinada por novo pronunciamento desta Procuradoria Geral.

À douta PG-2, submetendo o presente entendimento ao superior crivo da Exma. Procuradora-Geral.

Rio de Janeiro, 7 de novembro de 2010.

FERNANDO BARBALHO MARTINS
Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal

VISTO

APROVO o parecer nº 03/10-MBBP/PG-4 da lavra do Procurador do Estado MARCOS BUENO BRANDÃO DA PENHA, igualmente aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, FERNANDO BARBALHO MARTINS, a propósito da consulta formulada pela Secretária de Estado de Cultura, ADRIANA SCORZELLI RATTES, a respeito da necessidade, ou não, de se obter autorização prévia e por escrito dos servidores dos Corpos Artísticos (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica) da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro, para que o Poder Público possa gravar as respectivas performances e exibições no âmbito de suas atividades funcionais.

Com efeito, razão assiste aos Procuradores da Procuradoria de Pessoal quando concluem que o ingresso e a permanência dos servidores nos cargos artísticos da Fundação Teatro Municipal conferem e renovam permanentemente autorização ao Poder Público para as gravações em questão, na medida em que elas estão previstas na lei estadual como uma das atribuições desses cargos. Dito de outra forma, a **autorização sob exame é inerente ao próprio exercício dos cargos artísticos da Fundação Teatro Municipal.**

A necessidade de conservação da memória cultural da Fundação Teatro Municipal, **mediante as gravações em questão**, decorre diretamente do dever constitucional de se garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais. E é bem de ver, ainda, que o estatuto e o regimento interno da Fundação Teatro Municipal impõem aos administradores da fundação, **como atividade vinculada**, a *preservação das manifestações culturais vinculadas às suas áreas de atuação e o zelo pelo acervo cultural e artístico reunido em decorrência de suas atividades.*

Demais disso, não se pode perder de vista que as produções da Fundação Teatro Municipal revelam um **investimento de toda a sociedade** (com a remuneração dos cargos, a manutenção das instalações e equipamentos do teatro, os custos específicos de cada montagem etc.) que há de poder usufruir dos gastos feitos em seu nome. Seria de todo desarrazoado ter os espetáculos como um privilégio dos poucos que terão acesso aos ingressos – que serão sempre limitados, porque limitados são os números de cadeiras do próprio teatro e de apresentações possíveis.

Por tudo isso, adiro às conclusões do parecer sob exame, e bem assim as considerações do “VISTO” do Procurador-Chefe, para fixar o entendimento desta Procuradoria-Geral no sentido de que:

- (i) a recusa em participar de gravações corresponde a **descumprimento intencional de dever funcional inerente ao cargo;**
- (ii) tendo em conta a função social dos direitos autorais, e bem assim os interesses coletivos preponderantes, relativamente aos dos servidores que compõem os Corpos Artísticos da Fundação Teatro Municipal, as gravações poderão ser utilizadas **para todas as finalidades institucionais da fundação**, respeitadas os direitos morais dos servidores que não inviabilizem o desenvolvimento destas mesmas finalidades. Dentre essas finalidades, pode-se citar, **em caráter meramente exemplificativo:** (a) a formação de acervo para conservação da memória cultural do Estado; (b) a exibição das gravações em estabelecimentos de ensino públicos e privados, como forma de complementar a educação dos estudantes.

Por fim, como destacado pela Procuradoria de Pessoal, a questão analisada neste processo administrativo é inédita no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Órgão Central do Sistema Jurídico Estadual, não se podendo ter como de todo infundada a dúvida suscitada pelos servidores da Fundação Teatro Municipal. Ademais, pode-se admitir que a situação contava até mesmo com uma certa permissibilidade da Administração, que ao não inaugurar processos administrativos disciplinares, acabou por gerar uma expectativa nos próprios servidores no sentido de que a recusa em participar de gravações seria legítima.

Assim, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório, tem-se que qualquer punição disciplinar sob o fundamento da **recusa em participar de gravações** haverá de ter como referência conduta incorrida a partir da divulgação do entendimento ora fixado por esta Procuradoria-Geral.

E, para que não se possa, daqui em diante, invocar desconhecimento do dever dos Corpos Artísticos (Corpo de Baile, Corpo Coral e Orquestra Sinfônica) da

Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro de participar de gravações, recomenda-se a atribuição de caráter normativo ao parecer nº 03/10-MBBP/PG-4, com a publicação do seu inteiro teor (com os respectivos “vistos”) no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, com vistas à deliberação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2010.

LUCIA LEA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado