

— *Captação de música para sonorização ambiental, sem intuito de lucro, não autoriza cobrança de direitos autorais.*

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República

Parecer nº P-039, de 29 de outubro de 1983. “Aprovo. Em 1.11.83.”

PARECER Nº P-039

Em documento sob a referência CT nº 217/82-ECAD-AJ-DF, o presidente do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) reclamou, em 29 de julho de 1982, providência do titular do Ministério da Justiça para fazer cessar o que afirmava constituir *irregularidade*: utilização, sem licença ou pagamento de direitos autorais, de música mecânica para sonorização ambiental no edifício-sede do Ministério da Justiça.

Dizia o presidente do ECAD, naquela carta:

“Qualquer pessoa, física ou jurídica, necessita da autorização prévia do autor, a qual é onerosa e é fornecida por este ECAD, para poder efetuar a execução ou audição pública de música, por qualquer processo. Para tanto, há uma tabela de preços, referendada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (CND), colegiado do Ministério da Educação e Cultura, devidamente publicada no *Diário Oficial da União*, de conformidade com a qual este Escritório efetua a arrecadação dos proventos autorais devidos pelos usuários de música.

Constitui *ilícito civil e penal* a utilização não autorizada das obras lítero-musicais e de fonogramas. Conforme pôde constatar o fiscal deste Escritório, o Ministério da Justiça, tanto no edifício-sede como no Anexo 1, vem-se utilizando de música *meccânica através de fitas gravadas*, sem, contudo, obter a licença necessária.

Tomamos a liberdade de recorrer a V. Exa., pois a falta de pagamento de direitos autorais acarreta vultosas lesões patri-

moniais aos compositores brasileiros e constitui apossamento injusto e arbitrário de bem imaterial alheio, sem qualquer remuneração para o respectivo *dominus*.

A ninguém escapa mais hoje que os direitos autorais são a remuneração que o autor da obra percebe por permitir que terceiros se utilizem de suas criações intelectuais. Por isso o organismo a que se atribui a tarefa de fiscalizar a colocação, ao alcance do público, da obra do autor, deve merecer respeito e não menor proteção.

Confiados no reconhecimento de V. Exa. à importância nos ordenamentos da nacionalidade e da civilização, contamos com suas gestões pessoais no sentido de o Ministério da Justiça retomar sua posição de entidade modelar no que tange ao cumprimento de suas obrigações econômicas, solucionando o problema da irregularidade da sonorização ambiental nesse órgão estatal. Solicitamos, ainda, a sua doura orientação nesse sentido seja estendida ao Anexo 1 desse Ministério.”

Em 10.8.1982 assim se manifestou, pertinentemente, o Departamento de Administração do Ministério da Justiça:

“A ECAD, através da correspondência anexa, pretende que este Ministério pague direitos autorais por haver um serviço de som que divulga internamente avisos aos funcionários e músicas captadas de emissoras radiofônicas.

A referida entidade alega que o MJ utiliza música mecânica através de fitas gravadas o que, no momento, *não ocorre, eis que, há mais de dois anos, não é usada fita gravada, apenas sintoniza-se emissoras de rádio como já frisado; emissoras essas que*

já pagam direitos autorais para divulgar música captada por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bastando, para tanto, a existência de aparelho de rádio receptor, e ninguém paga direitos autorais para ouvir rádio.

O assunto é regulado pela Lei nº 5.988/73 (cópia anexa), que em seu art. 73 proíbe a divulgação em espetáculos públicos ou audições públicas que visem lucro direto ou indireto, de drama, tragédia, comédia, composição musical ou obra de caráter assemelhado.

O § 1º do citado artigo define espetáculos e audições públicas, mencionando bares, teatros, cinemas, estabelecimentos comerciais, etc., não citando *órgão público governamental*.

Isto posto, por não se usar fita gravada, por não haver lucro no MJ em divulgar internamente aos seus funcionários avisos e música captada de emissoras que já pagam direitos autorais e pelas demais razões expostas, s.m.j, não cabe o pagamento pretendido pela ECAD.”

A douta Consultoria Jurídica do Ministério, sendo-lhe presente o processo, opinou em Parecer nº 158/82, concluindo:

“Tendo em vista que o parecer de fls. 6 nos informa que este Ministério há mais de dois anos sintoniza apenas emissoras de rádio no lugar de fitas gravadas e uma vez que o § 1º do art. 73 ao definir o que sejam espetáculos e audições públicas, para efeitos legais, não cita órgãos públicos de nenhuma espécie, condicionando sempre tais apresentações ao objetivo de lucro, quer direto quer indireto, não há como se atender à pretensão do reclamante.”

Coube ao Sr. Secretário-Geral do Ministério da Justiça, então, dirigir ao presidente do ECAD, Ofício nº 581, de 29.9.1982, com o seguinte teor:

“Levo ao conhecimento de Vossa Senhoria, em atenção ao Ofício CT nº 217, de 29 de julho do corrente ano, que a douta Consultoria Jurídica desta Secretaria de Estado, nos termos da legislação em vigor, manifestou-se contrariamente ao pedido de pagamento de direitos autorais, tendo em vista informações constantes no Processo nº 17.656/82, esclarecendo que este Ministério

não divulga música mecânica através de fitas gravadas, mas apenas sintoniza emisoras de rádio.”

Em 18 de junho do corrente ano, o Secretário-Geral do Ministério da Justiça seria surpreendido com ofício do presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), nestes termos:

“Tendo em vista a manifestação contrária do pedido constante da CT nº 217/82 — ECAD-AJ-DF, relativa ao pagamento de direitos autorais oriundos de sintonização de emissora de rádio por essa secretaria em suas dependências, informamos que este Conselho Nacional de Direito Autoral, a respeito da matéria, consubstanciada nas várias deliberações da Segunda Câmara, que ora anexamos, é, em síntese, de que a captação ou sintonização de programas radiofônicos por aparelho receptor para comunicação ao público, caracteriza nova forma de utilização da obra musical emitida pela emissora, e, portanto, são devidos direitos autorais. (Sic.)”

Certo da compreensão de V.Sa. para uma solução justa sobre o assunto, colocamo-nos à disposição para dirimir qualquer outra dúvida que possa surgir sobre o assunto.”

Motivou o expediente do CNDA de novo se pronunciasse o Órgão Jurídico do Ministério da Justiça (Nota CJ nº 99/83), dizendo:

“Anteriormente essa Consultoria já se pronunciou pelo não cabimento de direitos autorais em razão da sonorização ambiente das dependências deste Ministério.

Tal entendimento decorre de expressa determinação da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que obriga o pagamento de direitos autorais quando as composições musicais forem transmitidas ou executadas em espetáculos públicos e audições públicas que visem a *lucro direto ou indireto*.

Para os efeitos legais, consideram-se espetáculos públicos e audições públicas as execuções em locais ou estabelecimentos onde quer que se executem ou transmitam as composições musicais, com a participação de artistas remunerados, ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais.

A propósito, o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) vem deliberando que a captação ou sintonização de programas radiofônicos por aparelho receptor para comunicação ao público caracteriza nova forma de utilização da obra musical emitida pela emissora, gerando, portanto, a obrigação do recolhimento dos direitos autorais. No mesmo sentido já há algumas decisões judiciais.

Outrossim, não é exatamente esse o argumento que obrigaria um órgão público que disponha de música ambiente em suas dependências ao recolhimento dos direitos autorais.

De fato, o Ministério da Justiça sintoniza uma determinada emissora de rádio e transmite a programação captada por alto-falantes distribuídos em suas dependências. Sob esse aspecto então, e à primeira vista, caberia o recolhimento dos direitos autorais, face nova utilização da obra musical.

Entretanto, o fato gerador da obrigação de recolhimento dos direitos autorais, no caso, não é apenas a utilização ou nova utilização da obra musical, mas, isto sim, a sua utilização ou nova utilização com o objetivo de auferir lucro direto ou indireto, tal como reza a lei.

Não pode haver qualquer dúvida que o Ministério da Justiça, como qualquer outro órgão da administração pública direta, não visa lucro direto ou indireto, pois que não visa qualquer ganho, vantagem ou benefício em razão do exercício de suas atribuições.

Poder-se-ia argumentar que a música ambiente é fator de aumento de produtividade e, assim, sua utilização resultaria em 'lucro' indireto? Certamente a música traz algum conforto aos servidores e sua produtividade pode realmente sofrer acréscimo, mas, mesmo assim, seria inadmissível entender-se que a administração pública obteve lucro, ainda que indireto, com a utilização das composições musicais, porque, tratando-se de órgão da administração direta, tem como único objetivo a gestão e a execução de atos ou negócios públicos e nunca a satisfação de interesses, a obtenção de ganho material ou rendimentos, ou, mesmo, lograr proveito,

vantagem ou utilidade de alguma coisa ou de uma atividade qualquer por ela desenvolvida.

Logo, ainda que se possa admitir que a utilização de música ambiente como forma de obtenção de maior produtividade dos servidores do Ministério da Justiça implique algum proveito, vantagem ou utilidade dela obtida, tal, como exposto, não constitui 'lucro' para os efeitos da Lei nº 5.988/73. O objetivo de 'lucro direto ou indireto' a que se refere a lei diz respeito à utilização de obra musical como forma de obter lucro em função dos objetivos finais a que se dedica o usuário ou novo usuário.

De resto, quanto à utilização de obras intelectuais por órgãos da administração pública direta, como fato gerador de direitos autorais, o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), assim nos foi informado officiosamente, ainda não chegou a deliberar de modo conclusivo.

Nestes termos e sem divergir das deliberações do referido Conselho, trazidas por cópias anexas ao expediente inicial, entendemos deva ser refutada a ocorrência do fato gerador da obrigação de recolhimento de direitos autorais por parte deste Ministério."

Por sugestão da Secretaria-Geral, houve por bem o Senhor Ministro da Justiça solicitar à Presidência da República o exame do assunto por esta Consultoria-Geral.

Os autos me foram encaminhados, de ordem, com Aviso nº 362, de 3 de agosto do corrente ano, do Senhor Ministro Chefe do Gabinete Civil.

Por Aviso nº 7, do dia 5 subsequente, diligenciei a instrução do processo com o pronunciamento da douta Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e Cultura, em atenção ao disposto no art. 21 do Regimento deste Órgão (Decreto nº 58.693, de 28 de junho de 1966).

Com o Aviso nº 263, de 11 de outubro último, a Senhora Ministra da Educação e Cultura restituiu os autos com o Parecer nº 67/83, emitido pelo ilustre Consultor Jurídico Dr. Álvaro Álvares da Silva Campos, com a conclusão

"Inexiste o objetivo de lucro na transmissão do fundo musical adequado para o trabalho, seja ele captado nas fitas magnéticas, nos discos, ou seja ele captado diretamente das emissoras radiofônicas.

Em nenhum desses sistemas se constata o objetivo do lucro mediato ou imediato.

A música ambiental surge como técnica de defesa para quantos exercem a função pública.

O aspecto dominante é o local em que se verificam as transmissões sonoras, os edifícios públicos, onde se situam os órgãos estatais.

Sou de parecer que não cabe o recolhimento de direitos autorais em razão da sonorização ambiente nas dependências dos órgãos públicos federais."

II

A regulação dos *direitos autorais* no País — assim os direitos do autor como os direitos conexos (direitos dos artistas, intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas) e, ainda, os das empresas de radiodifusão — é objeto da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que, perfeitamente sintonizada com as convenções internacionais, sobre o tema, de que signatário o Brasil, dispõe, no que impende seja destacado:

"O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu." (Art. 21.)

"Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte." (Art. 29.)

"Depende de autorização do autor de obra literária, artística ou científica, qualquer forma de sua utilização, assim como:

I — a edição;

II — a tradução para qualquer idioma;

III — a adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica;

IV — a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, como:

a) execução, representação, recitação ou declamação;

b) radiodifusão sonora ou audiovisual;

c) emprego de alto-falantes, de telefonia com fio ou sem ele, ou de aparelhos análogos;

d) videofonografia.

Parágrafo único. Se essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais de autor." (Art. 30.)

"As diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si." (Art. 35.)

"As normas relativas aos direitos do autor aplicam-se, no que couber, aos direitos que lhes são conexos." (Art. 94.)

"Ao artista, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, cabe o direito de impedir a gravação, reprodução, transmissão ou retransmissão, por empresa de radiodifusão, ou utilização por qualquer forma de comunicação ao público, de suas interpretações ou execuções, para as quais não tenha dado seu prévio e expresso consentimento.

Parágrafo único. Quando na interpretação ou execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto." (Art. 95.)

"Tem o produtor de fonogramas o direito de autorizar ou proibir-lhes a reprodução, direta ou indireta, a transmissão e a retransmissão por empresa de radiodifusão, bem como a execução pública a realizar-se por qualquer meio." (Art. 98.)

"Cabe às empresas de radiodifusão autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, com entrada paga de suas transmissões." (Art. 99.)

Realçado que a utilização, por terceiro (usuário), da obra literária, artística ou científica depende de *autorização* dos titulares dos direitos de autor ou dos direitos que lhe são conexos, cuida o diploma específico de preceituar, em seu título IV:

"Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a

lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

§ 1º Consideram-se espetáculos públicos e audições públicas, para os efeitos legais, as representações ou execuções em locais ou estabelecimentos, como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, recitem, interpretem ou transmitam obras intelectuais, com a participação de artistas remunerados, ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais.

§ 2º Ao requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, o empresário deverá apresentar à autoridade policial, observando o disposto na legislação em vigor, o programa, acompanhado da autorização do autor, intérprete ou executante e do produtor de programas, bem como do recibo de recolhimento em agência bancária ou postal, ou ainda documento equivalente em forma autorizada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o art. 115, do valor, dos direitos autorais das obras programadas.

§ 3º Quando se tratar de representação teatral, o recolhimento será feito no dia seguinte ao da representação, à vista da frequência ao espetáculo.” (Art. 73.)

Ergo, a *autorização* do autor, bem assim a do intérprete ou executante e do produtor de fonograma, é legalmente exigível para a transmissão de obra intelectual, artística ou fonográfica por empresa de radiodifusão (art. 4º, XI, da lei), como também o é para a inclusão de obra dessa natureza em espetáculos públicos e audições públicas *se tal utilização visar a* “lucro direto ou indireto”.

Da interpretação conjunta dos arts. 21, 39, 30, 35, 94, 95, 98, 99 e 73 da Lei nº 5.988, de 1973, da exegese sistemática desse diploma, resulta que o *objeto da proteção legal aos direitos autorais* (e conexos) é o

aproveitamento público da obra intelectual, artística, fonográfica, radiofônica, desde que esse aproveitamento público objetive lucro, direto ou indireto. Isso porque só nas hipóteses de *utilização pública e comercial* é que os titulares dos direitos detêm o poder de *autorizar*, embricado àquele de *cobrar* pela utilização do resultado de seu labor.

Em síntese: *o fato gerador do direito autoral, ou do direito conexo, é o aproveitamento público da obra* (intelectual, artística, fonográfica, radiofônica) *por usuário que objetive lucro, direto ou indireto*, excepcionadas as hipóteses sobre as quais incida norma afastadora da proteção aos direitos em exame. E só quando integralizada tal *fattispecie* terá o titular do direito o poder de *autorizar* — ou não — a utilização, cobrando ao usuário.

Cabe lembrada, aqui, a lição do Prof. José de Oliveira Ascensão:

“Vemos que a essência do direito patrimonial se encontra na exploração econômica da obra. Não se podem fazer utilizações que visem a lucro direto ou indireto, portanto em concorrência com o autor na exploração econômica da obra.

(...).

Concluimos, assim, que a essência do direito patrimonial não se encontra num direito de utilização, visto que, quando utiliza, o autor se encontra na mesma posição que qualquer pessoa, mas sim num ‘exclusivo de exploração econômica da obra.’” (*Direito autoral*, p. 84 e 85.) (Grifos do autor.)

A entendimento diverso não induz, aliás, a Resolução nº 24/81, do Conselho Nacional de Direito Autoral, da qual se transcreve:

“A *autorização* para *utilização pública* de obras intelectuais e produções conexas, de *competência do ECAD*, deverá ser processada por seu intermédio.” (Art. 1º.)

“A unificação dos *preços* e dos sistemas de *cobrança* e de distribuição de direitos autorais, arrecadados pelo ECAD, relativos à *execução pública*, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, e demais espetáculos *públicos*, compreendidos os desportivos, obedecerão às normas fixadas nesta Resolução.” (Art. 2º, *caput*.)

“Os valores a serem cobrados constarão de tabela única, elaborada pelo ECAD e homologada pelo CNDA.” (Art. 3º, *caput*.)

“As cobranças dos direitos autorais deverá ser feita, sempre que possível, em função do lucro direto ou indireto proveniente, para o usuário, da utilização dos bens intelectuais protegidos.” (Art. 4º.)

“Os direitos autorais devidos pelos estabelecimentos com entrada paga serão cobrados sobre a receita bruta proveniente da venda de ingressos, e outras modalidades de renda, ou com base em indicadores econômico-financeiros de expressão equivalente, considerando-se, ainda, o número de utilizações e a capacidade de lotação do local.” (Art. 7º.)

“Na fixação dos preços, os usuários poderão ser classificados em grupos, tipos, classes, níveis e regiões, de acordo com a natureza da atividade exercida, capacidade financeira, região sócio-econômica onde operam e outras características que possam apresentar.” (Art. 5º.)

Vê-se que, bem fixando o fato gerador do direito patrimonial, naquele ato o CNDA referiu a utilização pública, a execução pública, os espetáculos públicos e o lucro do usuário, a este vinculando mesmo o preço cobrável pelo titular do interesse protegido, sem abstrair, naturalmente, o interesse público em razão do qual hão de ser prevenidos quaisquer abusos.

III

Mereceu exame no âmbito do Ministério da Justiça, para ser fundamentamente repelida, a pretensão do ECAD de auferir remuneração a título de direitos autorais sob a alegação de que estaria sendo utilizada “música mecânica através de fitas gravadas” na sede daquele Ministério.

Veio a gerar dúvida, então, motivando proposta de audiência desta Consultoria-Geral, haver o Conselho Nacional de Direito Autoral notificado o Ministério da Justiça de que a orientação consubstanciada em várias Deliberações da respectiva Segunda Câmara, que anexou.

“(. . .) é, em síntese, de que a captação ou sintonização de programas radiofônicos por aparelho receptor para comunicação ao público caracteriza nova forma de utilização de obra musical emitida pela emissora, e, portanto, são devidos direitos autorais.”

As decisões de que se instruiu o expediente dirigido pelo CNDA ao Ministério da Justiça referem-se, como se vê das cópias nos autos, a hipóteses que não guardam analogia com a da utilização sem propósito de lucro, nas dependências de órgão da administração federal direta, de música radiodifundida.

Com efeito, produziram-se aludidas decisões do CNDA sob fundamentação alusiva a “captação secundária de obras musicais por firmas comerciais”, “em locais de frequência coletiva”, “visando lucro direto ou indireto”; “execução de obras musicais em locais comerciais e restaurantes, abertos ao público ou de frequência coletiva, através de aparelho de rádio com alto-falantes, por evidenciar esse procedimento indiscutível intuito de lucro”; “existência de lucro indireto nas transmissões musicais em estabelecimentos abertos ao público ou de frequência coletiva”; “emprego de alto-falantes ou outro meio análogo em estabelecimentos comerciais como restaurantes, bares, hotéis, lojas, escritórios etc. como uma nova forma de utilização da obra intelectual protegida, independentemente da emissão radiofônica, visando a lucro indireto(. . .)”; “em estabelecimentos comerciais, para gozo dos empregados e frequentadores”; em “departamentos das lojas” e em *hotel*. (Grifei.)

Destarte, querendo dar seu aval ao pleito do ECAD perante o Ministério da Justiça, o CNDA ofereceu assertiva indiscutível — de que “a captação ou sintonização de programas radiofônicos por aparelho receptor para comunicação ao público caracteriza nova forma de utilização da obra musical emitida pela emissora” — omitindo-se de assinalar, porém, que essa nova forma de utilização só é suscetível de gerar exigibilidade de pagamento de direito autoral quando se faça com *intuito de lucro*, como de-

flui desenganadamente das decisões mesmas levadas ao conhecimento do Ministério da Justiça.

Cabe considerar, daí, que a manifestação do CNDA não serve à elisão dos jurídicos fundamentos pelos quais tem o Ministério da Justiça por legalmente inexigível o pagamento que lhe reclamou o ECAD.

Desde que não há objetivo de lucro, mediado ou imediato, cabe endossar o entendimento do órgão jurídico do Ministério da

Justiça, autorizadamente prestigiado pela conclusão, do douto Consultor Jurídico do Ministério da Educação e Cultura, de que

“(...) não cabe o recolhimento de direitos autorais em razão de sonorização ambiente nas dependências dos órgãos públicos federais.”

Sub censura.

Brasília, 26 de outubro de 1983. *Paulo Cesar Cataldo*, Consulto-Geral da República.