

Parecer nº 162/88

Aprovado em 04/04/88 – Processo nº 40003.000043/87-96

Interessado: José Diaféria

Assunto: Solicita interdição do programa Bolinha – TV Bandeirantes-SP, por utilização da música “Bolinha”, sem a devida autorização do autor.

Relator: Conselheiro João Carlos Müller Chaves (Pedido de Vista do Conselheiro Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira)

Ementa

Autoria comprovada.

Inocorrência de cessão, “stricto sensu”.

Desaconselhável a aplicação do Decreto nº 91.873/85, cuja constitucionalidade deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

I – Relatório

Em 18 de fevereiro de 1987, por seu advogado munido de poderes “ad judicium”, o Sr. José Diaféria, que usa o pseudônimo “Jucata”, alegando ser co-autor da obra musical “Bolinha”, em parceria com o maestro Sylvio Mazzucca, editada pela Musibrás Editora Musical Ltda., fundado no Decreto nº 91.873, de 4 de novembro de 1985, solicitou que o CNDA, utilizando a Polícia Federal, interditasse os programas denominados “Bolinha”, exibidos pela TV Bandeirantes se deles constasse a música “Bolinha”, “que está servindo de prefixo há mais de 15 anos, sem autorização dos compositores requerentes” (fls. 2 e 3). Com o pedido, cópia de instrumentos de mandato firmados por José Diaféria e Sylvio Mazzucca (que não requer nada no processo), e de contrato de edição.

Sem que fosse ouvida a TV Bandeirantes, a CJU emitiu, em 6 de abril de 1987, o Parecer Técnico nº 19/87 que, citando a Constituição Federal, diversos dispositivos da Lei nº 5.988/73 e o artigo 184 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 6.895/80, conclui, quanto à violação de direito autoral, que “há procedência em sua reclamação, vez que a obra de sua autoria está sendo utilizada indevidamente, sem a retribuição devida e sem a competente autorização, quando é um direito que lhe é assegurado constitucionalmente”.

Há, ainda, uma segunda queixa: o Sr. Edson Cury estaria usando indevidamente o pseudônimo “Bolinha”, derivado do título da obra. Quanto a isso, afirma a CJU:

“Mesmo supondo que o pseudônimo utilizado pelo apresentador seja anterior à criação da música “Bolinha”, há que ser caracterizada a má fé não apenas pela utilização sem autorização da obra, como também pelo fato do apresentador ter procurado como tema de abertura do programa, uma música que se enquadrasse ao pseudônimo”. Acrescenta, ainda, a CJU: “A má fé está configurada. Muito embora não exista dispositivo na Lei que proíba a utilização de títulos como pseudônimo, está cristalinamente evidenciada a intenção em utilizar o título como pseudônimo.

A má fé é um ânimo doloso de quem age ilicitamente, sabendo que viola os direitos de terceiros com o fim de ludibriar outrem em proveito próprio ou de terceiros.

Assim, sem necessidade de provas, a má fé evidencia-se.”

Em 14 de abril de 1987, determinou a Sr^a Diretora Executiva do CNDA se oficiasse à TV Bandeirantes, pedindo informações, prestadas através de carta de 19 de maio (fls. 14 e 15), nas quais se alega, em resumo, que a música foi especialmente composta para uma campanha de TV, apresentada pelo Sr. Edson Cury, e que a autorização para a utilização foi dada verbalmente pelo maestro Sylvio Mazzucca. Alega-se, também, a existência de uma reciprocidade no caso do título da música e do pseudônimo do apresentador.

Com base nessa carta, a CJU expediu o Parecer nº 47/87, afirmando que “de posse das informações prestadas pela TV Bandeirantes que confirma que a autorização foi feita verbalmente por um dos autores da música, e que a autorização existente é recíproca, este CNDA não pode ir além de sua competência para opinar sobre o mérito”.

Oferecida a contestação, foi o feito colocado em réplica. Em 23 de junho, foi dada ciência ao patrono do requerente do teor da carta da TV Bandeirantes (fl. 19). Bastante aborrecido, o causídico investe contra o Conselho Nacional de Direito Autoral, negando veracidade às afirmativas da TV Bandeirantes, dizendo:

“Convém salientar, que embora estejamos às vias de uma nova Constituição Federal, se os Poderes Públicos hesitam (sic) em aplicar as Leis existentes, mesmo quando solicitados, de forma legal, quando se trata de grupos poderosos, como a TV Bandeirantes, gerando a **impunidade**, a nova Constituição nascerá morta, à sombra do cemitério onde estará sepultado pelo Estado que nos arrecada impostos.”

Indagando se falta ao CNDA coragem, o ilustre advogado comunica que está solicitando abertura de inquérito policial e que pretende ingressar no Judiciário com **Ação de Indenização**.

Em prosseguimento, a CJU emite o Parecer Técnico nº 66/87, onde diz que “passando à análise dos fatos, cumpre-nos informar que não existe autorização verbal

para utilização da criação intelectual". E, mais, que "se a autorização não foi expressa, deixou de existir no universo do Direito Autoral". Citando o parecer nº 80 do CNDA, aprovado em 18 de dezembro de 1985, conclui por que o Requerente tem razão, mas que como o Decreto nº 91.873/85 não foi regulamentado, há que se aguardar sua regulamentação. Em 9 de março corrente, o processo me foi distribuído.

É o relatório.

II – Análise

O exame deste processo provoca tristeza. O requerimento está mal colocado, os pareceres equivocados, a **réplica** é deselegante, desaforada até, e o Decreto nº 91.873/85 é um grande equívoco em si mesmo. Na realidade, o processo deveria ter sido arquivado no momento em que o patrono do Requerente comunicou que ia ingressar com medidas cíveis e criminais, porque escapa à competência do CNDA matéria submetida à apreciação da Justiça. Isso por si só é suficiente para embasar nosso voto. Há mais, porém.

Não se examinou a titularidade do Requerente. Não restam dúvidas quanto à autoria da obra "Bolinha", a própria TV Bandeirantes não refutou esse ponto. Ocorre, porém, que o Decreto nº 91.873/85, ao atribuir, no inciso I de seu artigo 1º, poderes ao CNDA para impedir ou interditar comunicação de obra ao público, condiciona essa ação à *solicitação do titular dos direitos patrimoniais do autor ou conexos*. É o Sr. Diaféria o titular desses direitos? Diz o contrato de fl. 5, juntado pelo requerente, que **não**. Nele, os autores de "Bolinha", "... no pleno exercício de suas prerrogativas, cedem e transferem à **Editora** seus direitos patrimoniais de autores, em todos os países, sobre a composição musical de sua autoria e propriedade, com o respectivo texto poético."

Se cedeu seus direitos patrimoniais à Editora, o Sr. Diaféria não mais é deles titular, não podendo valer-se do Decreto. Trata-se de uma razão por si só suficiente para justificar o indeferimento do pleito. Há mais, porém.

O Parecer nº 80 do CNDA é de 1985 e, pessoalmente, considero-o ainda sujeito a retificações e aperfeiçoamento. De qualquer forma, até então, ninguém discutiu a necessidade de autorização específica para uso de obra musical como tema ou prefixo. Sempre se considerou que a simples licença genérica do ECAD (ou, anteriormente, do SDDA ou, ainda, das sociedades) cobria amplamente toda a radiodifusão de obras musicais, fossem quais fossem as circunstâncias em que essa se processasse.

Não é crível que, há mais de quinze anos, não estivesse a TV Bandeirantes com sua situação regularizada perante o SDDA (a que se integrava a SADEMBRA). Não podia, pois, senão presumir que o uso da obra, ainda que como prefixo, estivesse autorizado. Se o titular de direitos patrimoniais pretendesse dar fim a essa situação, deveria previamente desconstituí-la, notificando a TV Bandeirantes para que cessasse de utilizar a obra. Há mais, porém.

Se violação tivesse havido, ela teria ocorrido há mais de quinze anos. Teria ela consistido no uso não autorizado da obra como prefixo, não sendo de se admitir que se faça necessária uma autorização para cada programa e para cada "chamada" (anúncio) do mesmo. Ultrapassados os cinco anos, teria ocorrido prescrição.

Na verdade, Srs. Conselheiros, esses comentários servem apenas para demonstrar quão superficialmente se examinou este pleito. Como superficial e apressado foi o impulso que levou às mãos do Senhor Presidente da República o texto que finalmente veio a se converter no Decreto nº 91.873. Nem pretendo discutir a legalidade ou a constitucionalidade do texto regulamentar: atendo-me a sua absoluta impraticabilidade. Ao pretender transferir a um órgão de *fiscalização, consulta e assistência* no que diz respeito a direitos autorais, funções policiais, o Decreto nº 91.873 deferiu-lhe funções para as quais não está, definitivamente, estruturado (alguém pode imaginar uma polícia colegiada?), sujeitando-o a críticas que, embora injustas, como no caso ora em exame, encontram embasamento em um texto claro e pretencioso, mas que existe, infelizmente. Este processo, sabem-se os advogados militantes, assemelha-se, formalmente, a um pleito judicial. Temos uma petição inicial, uma contestação e uma réplica. A cada peça corresponde um parecer favorável que contradiz o anterior. Só não temos estágio probatório.

Como conciliar, senhores, a inadiável decisão de interditar um espetáculo com a estrutura decisória de um organismo colegiado? Com a devida vênia, o malsinado Decreto nº 91.873 não necessita de regulamentação, diferentemente do que entende a CJU. Precisa, urgentemente, de revogação, pura e simples.

Em tempo, para melhor esclarecimento: Expresso e tácito não são sinônimos de escrito e verbal.

III – Voto do Conselheiro Relator

Pelo primeiro dos fundamentos da análise supra, porque o interessado declara que vai recorrer ao Poder Judiciário, voto pelo arquivamento do processo, por falta de objeto.

Brasília, 30 de março de 1988.

João Carlos Müller Chaves
Conselheiro Relator

Voto do Conselheiro Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira

Havia manifestado o meu voto, cuja conclusão e, **data venia**, divergente do ilustre relator quando, afinal, se estabeleceu uma dúvida, de maior profundidade: Se o CNDA deve ou não valer-se do Decreto nº 91.873/85.

Daí o meu pedido de vista, para melhor apreciar este ponto de espécie.

Discordo da fundamentação e da conclusão do Conselheiro Müller pelas razões que passo a expor sinteticamente.

Quanto à matéria de fato, o nobre relator afirma, contraditoriamente:

1º) “Não se examinou a titularidade do requerente;

2º) Não restam dúvidas quanto à autoria da obra “Bolinha”, a própria TV Bandeirantes não refutou este ponto.”

Na análise, de fls. 3/4, critica o Decreto nº 91.873/85 e sustenta a incompetência deste Conselho para impedir ou interditar comunicação ao público.

Mais: que havendo cessão, o autor não é mais titular (fl. 4). Não considero existente a cessão. A denominação, imprópria, seja de um contrato, seja de uma cláusula, não os desnatura. *Nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem.* É a regra do Art. 85 do Código Civil.

Em rigor de técnica, cessão é a alienação definitiva de um direito, de um crédito. Isso não ocorre no contrato de edição de fl. 5. Nele, a cláusula IV revela a incorrência de cessão, apesar das denominações dessa e da cláusula II.

Não é demais lembrar a lição de Antônio Chaves, na matéria: “A simplificação com que o conceito de cessão permite agilizar as relações entre o titular do direito e seu intermediário com o público para toda e qualquer utilização já era combatida por **Piola Caselli** devido aos resultados extremamente danosos à causa da defesa dos direitos do autor, facultando a tais medianeiros assenhorearem-se total e completamente de toda forma de utilização da obra, do modo mais absoluto e completo, aproveitando-se mesmo da situação econômica inferior do autor.

Por isso, especialistas como Edmundo Pizarro D’Ávila consideram que a cessão não pode subsistir no campo dos setores intelectuais, por serem de natureza eminentemente pessoal, devendo o conceito ser desterrado das leis.” – Obras Literárias e Musicais (Contrato de Edição, p. 37).

Ainda que houvesse cessão do direito autoral de exploração econômica da obra, não haveria a do direito autoral de nomeação. Este é intransferível e indelegável.

A cessão – se existente – não permitiria a utilização extraordinariamente, ou parcial da obra, como prefixo. E este é o caso.

A ação – civil ou penal – contra a utilização ilícita independe de notificação prévia, como sustenta o Relator.

O fato do requerente afirmar sua pretensão de ingressar em Juízo não impede a apreciação do mérito por este Conselho.

O CNDA pode, como já o fez em outras oportunidades, reconhecer o direito do Requerente, ainda que considere desaconselhável ingressar em Juízo, com fundamento no Decreto nº 91.873/85.

Se a “*legitimitatio ad causam*” do autor é indiscutível para pleitear judicialmente a reposição cabível, a questão a decidir é se o CNDA deve ir a Juízo, valendo-se do citado Decreto nº 91.873/85.

A divergência já existente, na esfera administrativa, assim como em decisão judicial, ainda que de primeira instância, quanto à constitucionalidade do Decreto nº 91.873/85, torna desaconselhável, a meu ver, sua utilização.

Também não é admissível sua existência sem essa utilização, nem recomendável que o próprio CNDA promova sua revogação. O caminho correto – a meu ver – seria encaminhar a dúvida – da qual participa o culto Procurador Geral da República – a S.Ex^a para apreciação específica da Corte Suprema, donde resultaria: a exclusão do Decreto do quadro normativo ou a declaração de sua constitucionalidade e, por via de consequência, na aplicabilidade por este Conselho.

É o meu voto.

Brasília, 04 de maio de 1988.

Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira

IV – Decisão do Colegiado

Colegiado decidiu:

1. Por maioria de votos, pela existência de titularidade do interessado no exercício dos direitos autorais relativos à obra “Bolinha”, nos termos do voto do Conselheiro Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira. Votos contrários dos Conselheiros João Carlos Müller Chaves, Daniel da Silva Rocha e Orlando Meira Tejo;
2. Por maioria de votos, pela solicitação ao Procurador Geral da República que represente ao Supremo Tribunal Federal, argüindo a inconstitucionalidade do Decreto nº 91.873/85. Voto contrário do Conselheiro Marco Venício Mororó de Andrade.

Brasília, 04 de maio de 1988.

Hildebrando Pontes Neto
Vice-Presidente

D.O.U de 11.05.88 – Seção I, pág. 8337