



4ª Câmara de Direito Privado

02080595

Processo Civil. Nulidade. Não se decreta nulidade sem prejuízo. Ausência de publicação do nome do patrono das rés apelantes que foi suprida pela republicação da r. sentença. Prejuízo inexistente. Preliminar rejeitada.

Processo Civil. Cerceamento de defesa. Se o tema é exclusivamente de direito, como é a discussão sobre a cobrança e o percentual exigido para as emissoras de televisão, era mesmo despicienda a realização de prova pericial e documental. Preliminar rejeitada.

Direitos autorais. Prescrição quinquenal sacramentada pela jurisprudência nos termos do art. 178, § 10º, VII, do CC 1916. Prazo idêntico previsto na Lei nº 5988/73 e não repetida na Lei nº 9610/98, prevalecendo a disposição do CC 1916 até a vigência do CC 2002. A ausência de previsão, no novo ordenamento, de prazo prescricional específico, fez incidir a regra geral de dez anos para os direitos autorais. Prazo que se conta pelo novo código porque o prazo foi duplicado de cinco para dez anos. Ação proposta em 2007 e prescrição ocorrente para débitos anteriores a 1997. Preliminar de mérito rejeitada.

Direitos autorais. ECAD. Emissoras de televisão. Arts. 68, 86 e 105 da Lei nº 9610/98. Legalidade da cobrança e inviabilidade de o Poder Judiciário fixar o valor que é feito segundo o Regulamento do escritório encarregado de cobrar direitos autorais. Jurisprudência do STJ. O percentual de 2,55% sobre a renda bruta não é inadequado nem contém flagrante abusividade ou excesso. Aplicação do art. 105 da Lei nº 9610/98, cuja execução poderá ser suspensa em caso de recurso especial mediante depósito do valor devido mensalmente a título de caução. Multa diária que não pode ser excessiva e alcançar mensalmente valor maior do que a obrigação que através dela se visa obter. Recurso das rés parcialmente provido para tal finalidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO nº 583.842.4/0-00 da Comarca de São Paulo, em que são apelantes TVA Sistema de Televisão S/A (e outro) sendo apelados ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (e outro):

Apelido: n. 584 81' 4 10000 F.R. Páramo de Yacolo 18931 - 1 VAG. D. pág. 2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso das rés e integral provimento ao do autor.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou procedente a ação para conceder a tutela específica do art. 105 da Lei nº 9610/98 com a suspensão da execução de obras musicais se não houver prévia autorização, com pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00, e julgou improcedente a reconvenção que visava obrigar o ECAD a abster-se da pretensão de impedir, interferir ou bloquear a programação televisiva com trilhas sonoras musicais.

As rés apelam alegando, em 50 longas laudas, no substancial, o seguinte: a) nulidade absoluta do processo a partir da sua distribuição na vara de origem, inclusive a audiência preliminar de conciliação, visto não intimado o advogado das apelantes; b) cerceamento de defesa decorrente da não realização das provas pretendidas e devidamente mencionadas na contestação, destinadas à verificação do excesso do percentual de cobrança de direitos autorais; c) determinação ilegal de lacre dos equipamentos embora negada antes a antecipação de tutela; d) prescrição contada da violação dos direitos autorais; e) que não incide o art. 105 da Lei nº 9610/98 para o caso de trilha sonora sincronizada de natureza audiovisual, nem é devida a cobrança de 2,55% do faturamento bruto como composição de perdas e danos, assentando que é abusiva a cobrança daquele percentual; f) que a cobrança de 2,5% sobre a renda bruta é unilateral, abusivo e fere qualquer princípio de razoabilidade, devendo ser utilizado parâmetro usado nos Estados Unidos que envolve a natureza do programa televisivo; g) que a multa fixada para o descumprimento da obrigação é extorsiva porque supera o próprio percentual de cobrança mensal, sendo inaplicável a multa do art. 109 da Lei nº 9610/98.

Apela também o ECAD com o fim específico de obter a elevação dos honorários advocatícios.

Este é o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

DO RECURSO DAS RÉS.

Aprecia-se a matéria preliminar.

Não há nulidade

É verdade que houve falta de intimação do patrono das rés apelantes, num primeiro momento, mas verdade também é que a r. sentença foi republicada com correta intimação de todos os patronos, que, inclusive, poderiam apelar ou renovar a apelação antes interposta. Não houve prejuízo e não há razão para anular o processo desde a sua chegada ao Juízo de origem proveniente do Rio de Janeiro. A audiência de conciliação só tinha o fim de obter uma solução de consenso que é completamente inviável diante das posições sustentadas enfaticamente pelos litigantes, o que, aliás, se confirma pela expressa ausência de intenção do ECAD de qualquer conciliação quando a tanto instados com a chegada do recurso ao Tribunal (fls. 1477). Sem prejuízo, é cediço, não se decreta nulidade.

Nem a tanto se chega pela alegação de cerceamento de defesa com o julgamento do processo sem a realização das provas pretendidas pelas rés. Não havia necessidade de outras provas porque a matéria em discussão é unicamente de direito e prescinde de prova pericial ou testemunhal sobre a legalidade ou não da pretensão do ECAD de exigir direitos autorais das emissoras de televisão a cabo, no percentual indicado, com aplicação do art. 105 da Lei nº 9610/98.

Enfim, afasta-se a alegação de nulidade.

Aprecia-se o mérito.

Não há prescrição.

As longas razões deduzidas pelas rés apelantes não afastam a jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se aplicava à cobrança de direitos autorais, quando em vigência o Código Civil de 1916, o prazo de cinco anos de que cogitava o art. 178, § 10º, VII.

Exemplificativamente, confira-se, do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Civil - Prescrição quinquenal - Direitos autorais contrafação. I - Segundo a jurisprudência do STJ, a prescrição quinquenal prevista no estatuto civil e acolhido no direito autoral ou comercial tem incidência quando se pretende ressarcimento pela prática de contrafação, utilização indevida da obra ou da marca. Inteligência dos arts. 178, parágrafo 10, do Código Civil; 131 da Lei 5.988/73. II*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

- *Recurso não conhecido*" (REsp nº 64747/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, em 28.11.1995, DJ DATA: 05/02/1996 PG: 01388).

Não é necessário que se declare mais do que o reconhecimento da prescrição quinquenal cogitada no art. 178, § 10º, VII, do Código Civil de 1916, revogado pela antiga Lei de Direitos Autorais (L. 5988/73), que, no art. 131, previa também o prazo de cinco anos para a prescrição. E como a Lei nº 9610/98 não repetiu o dispositivo da lei anterior, restabeleceu-se o prazo de cinco anos previsto no Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em janeiro de 2003. O novo código não previu especificamente prazo prescricional para a cobrança de direitos autorais, incidindo, então, o prazo de dez anos previstos genericamente para direitos pessoais no art. 205.

Se o Código Civil de 2002 estabeleceu que pelo antigo seriam contados os prazos prescricionais reduzidos, não há como deixar de concluir que está certo o raciocínio desenvolvido pelo ECAD na resposta recursal: tendo o prazo sido duplicado se rege pelo novo código e só estão prescritas as cobranças anteriores a dez anos antes do ajuizamento da ação ocorrida em 05 de janeiro de 2007.

Não consta que haja cobrança anterior a 1997 e por isso não pode ser provido o recurso das rés apelantes, o que não impede de ser aplicado o que se decidiu se houver necessidade na fase de execução da sentença.

Aprecia-se o mérito propriamente dito que se resume na legalidade da cobrança de direitos autorais pelo ECAD, considerando a atividade comercial desenvolvida pelas rés e consistentes na execução de músicas em programas de televisão, o percentual pretendido pelo ECAD e aplicação do art. 105 da Lei nº 9610/98.

Não é tão simples a solução.

E é por isso mesmo que as questões se avolumam nos Tribunais de Justiça e no Colendo Superior Tribunal de Justiça envolvendo as mais variadas cobranças de direitos autorais.

É incontroverso e por isso desnecessária fundamentação mais abrangente no tocante ao direito de o ECAD cobrar direitos autorais relacionados às execuções musicais pelos seus mais variados modos, inclusive quanto às televisões que inevitavelmente executam músicas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

nas suas programações. O ECAD está encarregado por lei de arrecadar direitos autorais e as rés, que executam músicas, de pagá-los ao agente arrecadador.

O ECAD, por força da disposição legal contida no art. 99 da Lei nº 9610/98, é o escritório central e único arrecadador de direitos autorais. Assim, o ECAD é órgão constituído e organizado pelas associações a que se filiam os titulares de direitos autorais, e, sendo considerado por lei como único órgão titular da competência para fiscalizar e cobrar direitos autorais em todo o território nacional, conclui-se sem dificuldade que a lei lhe confere legitimidade para defender em juízo, como substituto processual, os direitos de seus associados.

Lembre-se, a propósito, que o Colendo Supremo Tribunal Federal apreciou o tema e decidiu pela constitucionalidade do art. 99, cuja ementa, por decisiva sobre o tema, se transcreve a seguir: "*DIREITO AUTORAL - Execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas - Arrecadação dos direitos autorais dada a uma única instituição independentemente da associação do executor - Admissibilidade, pois aquela não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo representar ameaça de dominação do mercado, de eliminação de concorrência e de aumento arbitrário dos lucros - Ente que é instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, garantia que, na hipótese, tem preferência sobre o princípio da livre associação - Constitucionalidade do artigo 99 da Lei nº 9.610/98 - Inteligência dos artigos 5º, XVII, XX, XXVIII, a e b, e 173, da Constituição Federal*" (ADIn 2.054-4 - DF - Tribunal Pleno - j. 17.11.1999 - rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 10.03.2000 - "in" JURID XP, 15ª Ed, Jurisprudência Cível, Acórdãos Seleccionados, Vol I).

De outro lado, é igualmente pacífico que a execução de obras musicais, qualquer que seja a sua forma ou meio de comunicação, deve pagar os direitos autorais. E da generalidade não se excluem as emissoras de televisão, abertas ou por assinatura, circunstância que, não obstante as longas e bem elaboradas razões recursais sobre o tema, nem necessita de maiores considerações. Não é relevante o fato de as músicas serem executadas durante a programação da TV a cabo ou por assinatura, mas o de serem executadas porque é a execução que conduz ao pagamento de direitos autorais.

A grande e difícil questão se liga ao percentual cobrado de 2,55% do faturamento bruto das rés, consoante consta do Regulamento do ECAD.

ANAL. Calcd for $C_{12}H_{12}O_4$: C, 66.67%; H, 5.56%; O, 27.78%. Found: C, 66.5%; H, 5.4%; O, 27.9%.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

Uma observação acerca da validade do percentual cobrado pelo ECAD, segundo o seu Regulamento, é a de que até hoje não foi judicialmente questionado de forma direta acerca de conter abuso ou excesso exatamente em função das peculiaridades que envolvem o faturamento bruto das emissoras de televisão, abertas ou por assinatura. Tal se afirma porque a atividade principal da televisão, lato sensu, não é a execução de músicas, mas o entretenimento geral que nem sempre possui execução musical para a sua consecução.

A importância de tal questionamento judicial, como modo de se discutir e de se comprovar eventual abuso ou excesso, está na ampla dilação probatória que aí sim seria cabível e pertinente como forma de verificação de ser ou não 2,55% do faturamento bruto um percentual representativo ou não de justa remuneração aos autores das obras musicais executadas durante a programação televisiva.

É antiga e cansativa a genérica reclamação que sujeitos passivos do recolhimento fazem aos agentes arrecadadores de direitos autorais que hoje estão concentrados no ECAD por força de expressa disposição legal. De algum modo precisam ser arrecadados os direitos autorais dos autores, sob pena de morrerem todos à míngua de recursos apesar do sucesso de suas composições. A eventual injustiça da forma, dos percentuais e dos valores cobrados deve ser transferida a quem incumbe fazer as leis neste País, valendo notar que legislação ordinária bem poderia ser votada no Congresso Nacional para substituir a quase totalidade dos dispositivos hoje contidos no Regulamento de Arrecadação aprovado pelo ECAD.

A crítica recursal feita ao digno Magistrado sentenciante em relação às considerações que fez para considerar justo o percentual, ou até pequeno conforme constou da r. sentença, também se poderia fazer se o inverso Sua Excelência tivesse decidido. A realidade é que não há como considerar justa ou injusta a forma de cobrança dos direitos autorais sem uma conotação pessoal do julgador.

Daí se segue que o primordial é considerar que há um Regulamento em vigência para a cobrança de direitos autorais em relação às emissoras de televisão, o que significa, em tese, pelo menos até que judicialmente se declare o contrário, que o percentual pretendido é legal e devido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

A propósito, forçoso convir que não se vislumbra excesso ou abuso na cobrança de 2,55% sobre o faturamento bruto das emissoras rés. A cobrança, diante da variedade da programação de cada emissora de televisão, não poderia, por ser destinada a todas, ter outra forma. Não poderia, evidentemente, sob pena de sujeitar os autores às intempéries e sucessos de cada emissora de televisão, ser calculada sobre o lucro líquido. Nem seria o caso, como defendem as rés, de aplicar-se o percentual sobre a receita bruta menos a parte que caberia a produtores, o que demandaria verdadeira e complexa prova pericial antes da cobrança de cada emissora diante dos mais variados programas que são exibidos.

Enfim, o critério de um percentual sobre o faturamento bruto de cada empresa televisiva é o que se mostra mais adequado porque iguala todas no que se refere às músicas executadas, pagando mais aquela que mais faturar. Isso não fere o princípio da razoabilidade e vai ao encontro da proporcionalidade sempre buscada quando se trata de fazer justiça. E, nesse contexto, não desponta como abusivo ou excessivo o percentual de 2,55% estabelecido pelo Regulamento do ECAD e ora exigido das rés apelantes.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, há longo tempo, fixou o entendimento de que *"A questão há muito está pacificada no âmbito da Segunda Seção no sentido de que 'não pode o Poder Judiciário fixar o valor dos direitos autorais. Os titulares ou as suas associações, que mantêm o ECAD, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva.'" (REsp 151.181/GO, relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.04.99)" (REsp nº 709393, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em DJ 14.08.2006).*

Confira-se ainda outros julgados contidos no mesmo precedente acima citado: *"Processual civil. Agravo nos embargos de declaração no recurso especial. Direitos autorais. ECAD. Valores cobrados. Critério próprio. Validade. - Cabe ao ECAD ou aos titulares dos direitos autorais a fixação dos valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais. Precedentes. Agravo não provido." (Agr nos Edcl no Resp 586270-MG, relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, DJ 13.12.2004). E também, os Resp's 528.297-RS, relator o eminente Ministro Barros Monteiro, DJ 16.02.2004, 230.547-SP, de minha relatoria, DJ 14.08.2000, e 328.963-RS, relator o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.04.2002)".*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

É importante lembrar que o art 68 da Lei nº 9610/98 dispõe que *"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"*. A clareza do texto legal não deixa dúvida de que ao ECAD incumbe fornecer prévia e expressa autorização para a execução de composições musicais.

É preciso assentar, ainda, que o art. 86 da Lei nº 9.610/1998 atribui às emissoras de televisão a responsabilidade pelo pagamento dos direitos autorais relativos às músicas incluídas em obras audiovisuais que transmitirem. O texto legal está assim redigido: *"Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em obras audiovisuais serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 3º do art. 68 desta lei, que as exibirem, ou pelas emissoras de televisão que as transmitirem"*. Está claro, portanto, que são devidos direitos autorais pela TV por assinatura, em canal fechado, pela execução da música inserida na obra audiovisual.

E o art. 105 da Lei nº 9610/98 está assim redigido: *"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"*. Não há dúvida de que é plenamente aplicável o art. 105 da Lei nº 9610/98 em todos os casos de violação comprovada de direitos autorais.

O ECAD pretende por esta ação exatamente a incidência do art. 105 da Lei de Direitos Autorais, isto é, que seja aplicada, por medida judicial, a interrupção e a suspensão da programação que promove execução musical que viola direitos autorais de forma indiscriminada. E é inquestionável que o dispositivo legal deve ser aplicado pela autoridade judicial sempre que se comprovar a violação aos direitos autorais, o que se dá, no caso, pela falta de autorização prévia para os eventos que se sujeitam ao pagamento.

Foi o que acertadamente decidiu a r. sentença.
Era, portanto, de rigor a procedência da ação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

E é de rigor, agora, o improvimento do recurso.

O provimento do recurso das rés, em parte não substancial, diz respeito à imposição de multa pelo descumprimento e da execução da r. sentença no que pertine à suspensão dos trabalhos das emissoras por força do art. 105 da Lei nº 9610/98.

De um lado, com a devida vênia do digno Magistrado sentenciante, o valor estabelecido como multa diária, mesmo levando em conta o alto faturamento das rés apelantes, mostra-se inadequado e excessivo. A multa, é verdade, tem como finalidade principal o desestímulo ao descumprimento da decisão judicial. Mas verdade também é que não pode ser de modo a se tornar maior do que a própria obrigação que se visa seja cumprida por meio dela. A importância de R\$ 250.000,00 por dia acarretará a que fique maior do que o próprio valor devido a título de direitos autorais, somando, em apenas um mês, a astronômica cifra de R\$ 7.500.000,00. O melhor e mais adequado é que seja a multa diária fixada em R\$ 1.000,00, montante que servirá para desestimular ao descumprimento da r. sentença sem se tornar maior do que a própria obrigação que através dela se visa seja cumprida.

De outro lado, diante da gravidade das consequências da execução do art. 105 da Lei de Direitos Autorais, se houver a continuidade da violação relativa ao não pagamento dos direitos autorais mensalmente (que nada mais é do que a autorização prévia de que cogita o dispositivo legal acima citado), impõe-se permitir, desde logo, que a continuidade da discussão jurídica perante os Tribunais Superiores não afete a programação normal das emissoras.

A interrupção ou a suspensão da programação das emissoras, bem como eventual bloqueio a ser decretado com base no art. 461 do Código de Processo Civil, poderá ser mitigada se as rés depositarem nos autos, a partir de intimação que se fará em primeiro grau e mensalmente, o valor equivalente a 2,55% do faturamento mensal do mês anterior ao depósito, ficando o cumprimento definitivo da r. sentença protelado para depois do trânsito em julgado que se dará com a manifestação do Colendo Superior Tribunal de Justiça em caso de recurso especial.

Para reduzir a multa e permitir os depósitos mensais a título de caução até o trânsito em julgado da r. sentença é o provimento parcial do recurso das rés.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

DO RECURSO DO ECAD

Insurge-se o agente arrecadador autor da ação contra os honorários advocatícios fixados na r. sentença, pretendendo que seja fixado entre 10% e 20% do valor da condenação. Impõe-se o provimento do recurso para que sejam os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação relativa às perdas e danos, tal como dispõe o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, e para o fim mencionado, é que se dá parcial provimento ao recurso das rés e integral provimento ao do autor.

Participaram do julgamento, os Desembargadores Teixeira Leite (Presidente e Revisor) e Francisco Loureiro (3º Juiz).

São Paulo, 04 de dezembro de 2008.

MAIA DA CUNHA
RELATOR