

Deliberação nº 01 — 2ª Câmara

Aprovada em 23.01.85 — Processo nº 23003.000466/84-7

Interessado: Monte Hotéis S.A.

Assunto: Consulta se é devido ao ECAD pagamento de Direitos autorais pela colocação de aparelhos de rádio e TV em apto. do hotel.

Relator: Cons. Antônio Chaves

Ementa

“AUDIÇÕES OU ESPETÁCULOS PELO RÁDIO E/OU TV.

Os hóspedes que em seus aposentos receberem audições ou espetáculos distribuídos por aparelhagem ou antenas do hotel ou estabelecimentos congêneres constituem público “suplementar” ao das audições diretas, salvo quando estiverem usando aparelhos de sua propriedade.

Devem, pois, ser pagos os direitos autorais respectivos.

Recomenda-se entendimentos com o ECAD para a simplificação e barateamento do sistema de cobrança.”

Indaga Leonardo J. Monte, Diretor de Monte Hotéis S.A., de Recife, se é devido o pagamento de direitos ao ECAD pela simples colocação de aparelhos de televisão e/ou de rádio em apartamentos de hotel, que caracterizaria, no seu entender, uso privado, equiparando-se o quarto, quanto utilizado, à residência do hóspede.

A CJU, em parecer de 04.09.1984, verifica que o E. Conselho já se manifestou a respeito da matéria, em longo parecer aprovado aos 09.11.1977, e em outras Deliberações.

Entende porém difícil o presente caso por se tratar de música em quarto de hotel.

A digna CJU poderia ter dado mostras de maior interesse e diligência: para temas fáceis ou triviais nem sequer teria razão de existir.

Mas é sem dúvida delicada a questão, amplamente ventilada em parecer que há alguns anos tivemos oportunidade de prestar à SICAM, tão extensa e honrosamente citado em memorável voto de 13.10.1977 do então Conselheiro ARY SANT’ANA ÁVILA, que por ter sido juntado por fotocópia, embora pouco legível às fls. 02-20 nos dispensa de reiterar os argumentos aí expendidos.

Na espécie, reconhece o consulente que, caracterizado o uso público quando

a sintonização de rádio e/ou televisão ocorra no hall, na recepção, no restaurante ou em quaisquer outros locais de utilização pública é devido o pagamento de direitos autorais. Limíta assim a dúvida ao uso nos aposentos particulares dos hóspedes.

Temos, nesse caso, não uma recepção direta, mas outra, que se realiza por intermédio de aparelhos ligados a uma central, que a distribui a cada um dos aposentos ocupados.

Lembremos, com GUSTAVO CARRELLI, *L'esecuzione pubblica di opere radiodiffuse*, Il Diritto di Autore, 1933, págs. 295 e segs., que, com o lançamento no espaço das ondas elétricas por parte da estação emissora, opera-se a radiodifusão.

“Sob tal perfil o fenômeno é completo na sua existência, exauriu-se tecnicamente; tudo o que depois se verifica não é mais radiodifusão, mas a sua utilização. Dos céus longínquos o leigo recolhe o prodígio que o homem de ciência conhece, antes ainda que a evidência a ambos comungue na maravilha da nova conquista”.

A diferença que ocorre, na ordem dos fatos, entre a **difusão** e a **recepção radiofônicas** corresponde também a uma distinção, sob o ponto de vista jurídico, entre os dois momentos: o da execução e o da recepção radiofônica, constituindo, para o autor de obra musical ou literária, exercício de faculdades diversas e submetidas a regimes jurídicos díspares.

O rádio-ouvinte, não adquire, pelo simples fato da captação, qualquer direito, a não ser o de entreter-se pessoalmente, da mesma forma que o comprador de um livro pode lê-lo à vontade, mas por sua conta, sem efetuar leituras públicas, salvo competente autorização.

Daí a conclusão de que cometerá execução abusiva quem quer que, sem as necessárias permissões, proporcione a terceiros a audição ou a visão de uma obra transmitida pelo rádio ou pela televisão.

Nesse caso, o espectador “destaca-se” do público indeterminado do qual faz parte: torna-se parte ativa, não se queda a ouvir a execução, mas, por meio de um apetrecho técnico, possibilita a um público suplementar gozar daquela execução pública: deve, pois, pagar uma retribuição.

Sentença de 19.12.1980, do Juiz da 1ª Vara de Osasco, JOÃO ALBERTO TEDESCO, Proc. nº 2664/78, julgou procedente ação de cobrança movido pelo ECAD contra a CIA. DE HOTÉIS BRADESCO S.A., alegando que de há muito vem o Hotel Bradesco, de Ribeirão Preto, executando em todos os seus compartimentos músicas sem autorização dos compositores e sem pagamento dos respectivos direitos autorais.

Com muita pertinência distingue os direitos autorais recebidos pelo autor, em razão da utilização feita pela estação transmissora do aproveitamento dessas execuções feito através de aparelhos receptores e comunicados a locais públicos ou de consequência coletiva.

E, concorda com o Prof. Antônio Chaves, quando afirma que:

“O direito exclusivo que é reconhecido ao autor da obra alcança o último dos círculos de direitos do autor: o dos usuários suplementares, levantando sempre, e por toda parte, atritos no que se refere à prerrogativa do criador da obra de fixar e exigir a retribuição por essa ulterior utilização da mesma”. (fls 82).

E, também concorda com o citado Professor, quando afirma que “cedendo o direito de autorizar a radiodifusão de sua obra, reserva-se o de não autorizar a sua retransmissão por meio de alto-falantes, em locais onde um comerciante reúna público, obtendo lucro indireto na maior afluência do mesmo decorrente justamente da atração exercida pela transmissão de música”. (fls. 99).

Entendeu que, operada a radiodifusão, a requerida, mediante aparelhagem de frequência modulada e com o auxílio de várias caixas de som fez com que a música irradiada fosse levada a todas as dependências do seu estabelecimento.

E o intuito, indubitavelmente, era o de tornar mais agradável o ambiente, proporcionando maior entretenimento à clientela; enfim, era mais um serviço colocado à disposição da freguesia.

“É o ulterior aproveitamento de uma obra radiodifundida mencionada no parecer do Prof. Antonio Chaves, transformando o trabalho do artista em deleite da clientela.

Na realidade, a requerida utilizou-se do trabalho dos artistas mencionados no auto de fls. 22 para os fins já mencionados; e não resta a menor dúvida de que, com a citada utilização, o intuito era de lucro, embora indireto.

É que o preço de tais comodidades são cobrados nas chamadas diárias, no seu conjunto.

E desta maneira, nos termos do art. 73, C.C. o seu § 1º da Lei 5.988, de 14.12.1973 era imprescindível a autorização do autor e, em consequência, o pagamento dos direitos autorais.

A meu ver, de acordo com o acima expendido, é procedente o pedido de pagamento dos direitos autorais pela requerida.

E esta não impugnou, diretamente, a quantia solicitada na inicial.”

Interposta apelação, que tomou o nº 15.826-1, houve por bem à Sexta Câmara do TJ-SP – Rev. de Jurisprudência, vol. 74/75, lamentavelmente, dar provimento ao recurso para dar o autor como carecedor da ação.

Por ser a atividade da ré a hospedaria, o uso do rádio em suas dependências não podia constituir atividade indenizável ao autor de conformidade com a lei que cuida dos direitos autorais. Com efeito, inadmissível a aplicação do § 1º do art. 73 da Lei nº 5.988, de 1973, em casos como o que ora se julga. Na verdade, é transmis-

são pelo rádio que depende de autorização do autor (art. 73). Se o compositor ou titular do direito autoral já recebeu da empresa de radiodifusão, não pode pretender outro recebimento quando o som é captado por rádios receptores. Por outro lado, se o titular do direito autoral já autorizou a transmissão radiofônica, não poderá pretender que não haja recepção.

De notar que o hotel não realiza serviço de transmissão radiofônica. Nem tampouco ali exhibe espetáculos ou representações teatrais.

Sem embargo de declarar o acórdão votado unânime, houve votos vencidos dos Des. FERREIRA PRADO e MACEDO BITTENCOURT.

Lamentando a decisão, o Conselheiro J. PEREIRA, na sessão de 15.12.1982 do CNDA alertou em “melancólica comunicação” sobre o não acompanhamento dos feitos judiciais, particularmente em São Paulo, pelo ECAD, o que permitiu abrir “um precedente muito sério, em desfavor da arrecadação autoral.”

Efeitos detérios dos. . . maus exemplos!

Aos 03.05.1984 a 2ª Câmara Civil do TJ-SC, na Ap. 20.852, Rel. Des. Ernani Ribeiro, Emedaux Hotelaria S/A x ECAD, decidiu, à unanimidade, ADV, Jurisprudência, 1984, pág. 620, Relator Des. ERNANI RIBEIRO, nº 18328 Direitos Autorais – Música Ambiente nos Hotéis. – Retransmissão de Programas locais – Cobrança Indevida:

“Quem já recebe direito autoral por música executada em emissora de rádio, não pode pretender um segundo pagamento das empresas hoteleiras que retransmitem, para os quartos e apartamentos, através de sistema próprio de sonorização interna, os programas musicais de emissoras locais, a fim de proporcionar aos hóspedes maior conforto e tranqüilidade. O que está sujeito a retribuição financeira é a transmissão de composição musical, com ou sem letra, com o objetivo de lucro e não a sua retransmissão sem esse objetivo”.

Cinge-se a solução da controvérsia em saber se constituirá uma rede interna, de alto-falante, em estabelecimento comercial, “retransmissão” de audições radiofônicas ou televisivas.

Respondeu negativamente a 2ª Câmara do CNDA.

Contestando a legitimidade da cobrança de direitos autorais por parte do ECAD, alegando não ser transmissora de programas, nem palco para execução de obras musicais, pois, “capta e retransmite” programação de FM, alheia, a CIA. de Hotéis Bradesco S/A interpôs, em data de 06.10.1978, recurso ao CNDA contra decisão do referido Escritório que lhe negou anulação de autos de infração, e, por conseguinte, a gratuidade pelo uso de obras musicais, argumentando, preliminarmente, que aquele de que seus hotéis considerado realiza serviço de transmissão radiofônica, assim entendido o trabalho efetuado por radiotransmissor, qual seja, por aparelho que transmite sem fio ondas eletromagnéticas; tampouco suas instalações servem de palco a representações de peças teatrais ou a execução de obras

musicais, dado que, segundo os dicionaristas, “execução” é o ato ou efeito de executar, tocar, tirar sons de.

O aludido estabelecimento não tem programação própria, não gera o som; “utiliza o sistema de frequência modulada comum, isto é, capta e retransmite a programação em FM de uma determinada rádio, para seus aposentos”. Em apoio, cita V. Acórdão do E.TJ de São Paulo que isentou supermercado por “retransmitir” música por alto-falantes.

Ao ser submetida a questão à aludida Câmara, observou, **in limine** o Relator, Conselheiro HENRY JESSEN que, se bem a lei de regência confira poder judicante, em grau administrativo, ao CNDA, limita-se aos litígios entre titulares e suas associações (Art. 117, V). Embora irrecebível, como tal, o recurso, podia tê-lo o CNDA como “consulta”.

Passa então a examinar se a situação da Requerente se enquadra na conceituação de “retransmissora” como pretende. A Lei nº 5.988/73 define com clareza em seu artigo 4º o que, para seus efeitos, se deve entender por “emissão”, por “retransmissão” e por “empresa de radiodifusão”. Como a retransmissão é “a emissão, simultânea ou posterior, de transmissão de uma empresa de radiodifusão **por outra** e, evidentemente, um hotel — como o próprio Requerente o afirma — não é empresa de radiodifusão, vê-se que incidiu em impropriedade ao entender que pratica a “retransmissão”. Aliás, ainda que assim fosse, não escaparia à contingência de solicitar a prévia autorização dos autores a pagar-lhes o preço do uso das obras, nos termos da letra “b” do inciso IV do art. 30, pois estaria dedicada à “radiodifusão sonora”, um dos processos de comunicação ao público. Frise-se, ainda, que o artigo 99, do qual tenta valer-se, refere-se, exclusivamente, à proteção da emissão, em favor do organismo transmissente que investe de um “direito conexo” sobre a mesma, como o demonstra, inequivocamente, sua colocação no Título V. E o reconhecimento deste **direito conexo** à emissora em nada restringe, altera ou afeta o **direito do autor** sobre as obras, e demais direitos sobre produções incluídas na programação, que permanecem íntegros e independentes daquele. Ao retransmissor cabe obter da empresa emissora a **permissão prévia**, com base no Art. 99, e, em concomitância, a dos demais titulares dos bens intelectuais envolvidos na emissão, ou seja autores, artistas e produtores de fonografia.

Enquadra a atividade da requerente na situação prevista no art. 30, IV, c, consistindo a sua operação na comunicação ao público com emprego de alto-falante.

Acompanhando seu voto, decidiu a Câmara, à unanimidade, aos 14.04.1981 (D.O.U., I, 28.04.1981, pág. 7.615):

1) “A captação, por estabelecimento comercial, dos sons de uma emissão radiofônica para sua difusão interna por alto-falantes não constitui “retransmissão”, nos termos do inciso III do artigo 4º da Lei nº 5.988/73.

2) A difusão de emissão radiofônica em hotel caracteriza a comunicação ao público por processo eletrônico, previsto na letra “c” do inciso IV do art. 30

da lei de regência, e sujeita o usuário à prévia autorização dos autores e demais titulares.

3) A retransmissão requer a autorização da empresa emitente, nos termos do art. 99, quanto à emissão propriamente dita, porém este consentimento não supre o dos titulares de bens intelectuais protegidos incluídos na programação, que a retransmissora deverá obter previamente.”

A 6ª Câmara Cível do TJ-RJ, por Acórdão de 15.07.1975, RT 494/183, reconheceu importar a emissão radiofônica de obras protegidas, utilizada com fins lucrativos indiretos (música ambiente) em “nova execução” pública distinta e sujeita, portanto, à autorização específica. Por essa execução são devidos direitos autorais.

Com muita oportunidade ressalta o Des. CLAUDIO VIANNA DE LIMA, em seu brilhante voto:

“Tem sido trabalhada a legislação pertinente para a compreensão, que não está, ainda, disseminada mesmo nos meios jurídicos, no sentido de que é uma execução nova, para efeitos de direitos autorais, a utilização de emissão radiofônica. Não está abrangida pela remuneração do direito autoral pela emissora de rádio a utilização da emissão para fins lucrativos por outrem. Da mesma forma que se distinguiram direitos autorais para efeito de execução de obra protegida, por exemplo, em um recinto, e para efeito de sua divulgação radiofônica, para outro público que não o reunido no mesmo espaço, em que se dava a execução, mas público reunido, esparsamente, no mesmo tempo em que a execução se fazia, a doutrina e a jurisprudência, primeiro, e as normas jurídicas hoje em dia, diversificam as utilizações da mesma reprodução da obra protegida”.

“É o que ensina o douto magistrado paulista, Antônio Chaves em sua obra “Direito Autoral de Radiodifusão”, pág. 371, assinalando: “O aproveitamento ulterior das emissões radiofônicas pode verificar-se por três formas: diretamente da própria emissão, por meio de alto-falantes ou de apetrechos ligados a um aparelho receptor; indiretamente, mediante aparelhos dotados de fios; e pela retransmissão das irradiações por parte de outra estação transmissora. Deixando este último aspecto para ulterior exame no nº 179, consignemos que qualquer espécie de nova emissão, qualquer reemissão ou retransmissão, de que o público venha a ter ou possa ter conhecimento, há de ser expressamente autorizada pelo autor, seus sucessores e cessionários. O direito de reprodução, com efeito, é aplicável a cada uma das fases sucessivas pelas quais a produção é posta em contato com o público pagador, mesmo na hipótese em que o autor tenha autorizado a radiodifusão sem permitir, expressamente, execuções sucessivas.”

“A razão reside justamente no fato de estar implícito negar o intuito lucrativo, o qual, embora nem sempre transpareça claramente, manifesta-se em dois sentidos principais. O primeiro deles consiste na comunicação ao público para atraí-lo ou para retê-lo, por meio de alto-falantes, colocados nas ruas, praças, teatros, cinemas, restaurantes, auto-ônibus, hotéis, estações e vagões de

estrada de ferro, lanchas, navios, aviões, sorveterias, salões de chá ou de café, academias, festas, bailes, escolas de dança, corridas de cavalos, jogos esportivos etc. É muito justo que os autores, os compositores e os próprios artistas intérpretes e executores, que com o advento dos instrumentos de reprodução mecânica tiveram uma sensível diminuição de suas possibilidades de lucro, passem a auferir uma mais adequada retribuição de suas composições e interpretações, mesmo porque contribuem para o lucro dos exploradores daqueles locais públicos”.

A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 09.09.1986, cuja última revisão, em Paris, a 24.07.1971, foi mandada observar no Brasil pelo Decreto nº 75.699, de 06.05.1975, publicado no D.O.U. de 09.05.1975, em virtude deste entendimento, consagra em seu art. 11, nºs 1 e 2, que os autores de obras dramáticas, dramático-musicais e musicais gozam do direito exclusivo de autorizar “2º: a transmissão pública por todos os meios da representação e da execução das suas obras”, incluindo o art. 13, nº 01, a proteção das gravações sonoras das composições musicais com ou sem palavras, como previsto no art. 2º da mesma Convenção pela aludida revisão.

Adite-se que a Convenção Interamericana sobre Direitos de Autor, celebrada em Washington, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 12, de 22.07.1948, os modos de entre utilização que reserva como faculdade exclusiva do autor, inclui, letra d, o de difundí-la por meio da... televisão, radiodifusão, ou por qualquer outro meio presentemente conhecido ou que venha a ser futuramente inventado.

A Universal, promulgada pelo Decreto nº 76.905 de 24.12.1975, assegura entre os direitos fundamentais do autor (art. IV bis) espaciais, “em particular o direito exclusivo de autorizar a reprodução por um meio qualquer que seja, a representação e a execução públicas e a radiodifusão”.

Sem falar nos casos do uso de alto-falantes, a jurisprudência estrangeira tem contemplado esta nova reprodução. Exemplo clássico é o aresto da Corte de Cassação Francesa, referido em “Le Droit d’Auteur”, 1946, pág. 68, com a seguinte ementa:

“Émissions radiophoniques d’œuvres protégées – Exécution publique qui en résulte. Reception publique des dites émissions: nouvelle exécution publique distincte de la première et sujette à une autorisation spéciale”.

Em um dos “considerand”, consigna o julgado, bem a propósito do caso presente:

“Considerando que o hoteleiro que possui um aparelho que capta, num lugar público, uma determinada emissão, e que regula os elementos de seu aparelho a fim de transmitir a obra difundida ao público atraído em seu estabelecimento, realiza uma execução pública diferente da primeira, no sentido da Lei de 1791 (que regula na França direitos autorais pela primeira vez), pois que ela implica, de um lado, um apelo a uma parte do público, a que não se

dirigia diretamente a emissão, e, de outro lado, uma transmissão da obra a esse público especial”.

Mas não é só entre nós que a jurisprudência mostra-se vacilante.

Ao que informou CLAUDE JOUBERT à Comissão de Justiça e Legislação da CISAC, reunida em Madri, no mês de outubro de 1974, processo movido pela SACEM a um hoteleiro que procedia à difusão por fio de programas radiodifundidos nos quartos de seu estabelecimento, foi resolvido pelas três instâncias em favor do mesmo.

Baseando-se na Lei francesa, especialmente em seu art. 27, e sem levar em conta as disposições do art. 11 bis da Convenção de Berna, a Corte de Cassação considerou que os quartos do hotel constituem local privado.

Por outro lado, num segundo caso, em que um hoteleiro difundia da mesma forma obras protegidas gravadas em discos ou em fitas magnéticas, a SACEM venceu o processo em primeira instância e em apelação, não tendo os magistrados levado em conta o articulado aziágo do art. 27 da Lei francesa.

Estava em causa, assinala CLAUDE JOUBERT, todo o problema da teledistribuição ou difusão por cabo de programas independentes, acreditando que graças a esta última decisão a teledistribuição de programas próprios de entidades diferentes daquelas de origem ficou salva em benefício dos autores e de seus subrogados em direito.

Evocando a declaração a seguir reproduzida, encareceu o Presidente da Comissão que os problemas relacionados com a utilização de obras em quartos de hotel destina-se a agravar-se no futuro, e continuarão durante muito tempo a constituir uma das preocupações essenciais das Associações de Direitos Autorais.

Reconheceu a Associação Internacional de Hotelaria, reunida em Congresso em Genebra em data de 01.06.1974 ser perfeitamente normal que autores, intérpretes e demais trabalhadores intelectuais que produzem elementos musicais utilizados nos estabelecimentos do ramo cobrem uma remuneração equitativa por seu trabalho, mas insurgiu-se contra os abusos manifestos que ocorreriam por parte dos organismos que se encarregam da arrecadação de tais direitos, aproveitando-se da posição de monopólio de que desfrutam.

A entidade preferiria que os direitos fossem pagos diretamente pelos produtores originários (rádio, televisão) quando se trata de uma mera recepção sem intervenção local, chamando a atenção sobre a necessidade de uma taxa global e equitativa, em troca da distribuição por essa forma brindada aos clientes, uma vez que a atual taxação por percepção representaria um impedimento considerável para a constituição de entidades hoteleiras por alguns países.

Solicita pois a agremiação, das autoridades administrativas que, por decisão legal e regulamentadora, habilitem estes organismos privados a cobrar taxas semi-fiscais, que controlam as modalidades de arrecadação.

Desejaria que se agrupasse a totalidade desses direitos uma única arrecadação, opondo-se à multiplicidade de pedidos para que se fixem taxas para o que na realidade diz respeito a um só produto: a animação musical de um estabelecimento. Cabe àqueles organismos que ostentam o direito de ceder os direitos que resultam de tal produto chegar a um acordo entre eles:

Os direitos não deveriam alcançar mais que as audições em locais públicos, excluindo os aposentos e locais particulares, tanto que, se estão ocupados, os clientes já contribuíram, de sua parte, para esse financiamento, e, se não estão, não se dá a prestação de serviço.

Pede ainda que os direitos se estabeleçam a partir de uma base bastante flexível, independentemente de qualquer relação com fatores estranhos ao produto ministrado (ambiente musical), visto que o hoteleiro não é um empresário de espetáculos, mas um hoteleiro. Assim, pois, a taxa correspondente aos direitos de autor não deve levar em conta os ganhos do estabelecimento, sua dimensão ou situação, mas sim a natureza e a quantidade da animação musical ministrada.

Sugere, finalmente, o grémio dos hoteleiros, que as técnicas de arrecadação dos direitos sejam simplificadas ao máximo, que não acarretem gastos administrativos especiais e que não prevejam impressos ou formulários arrefesados, isto tanto no interesse dos clientes e do grémio, como no dos autores, cujas entradas se vêm demasiadamente a miúdo reduzidas, dados os onerosos gastos de gestão que vêm a aumentar em vão a carga que suportam os usuários da animação musical.

A conclusão é a de que a audição só seria "privada" se o hóspede usasse no quarto de hotel um aparelho receptor de televisão ou de rádio.

Mas a intermediação é feita por um aparelho do estabelecimento, e nenhum empresário efetua despesas para mero gozo pessoal do hóspede e sim por saber que dando maiores comodidades ou deleites terá condições de disputar a preferência da clientela, o que caracteriza, à toda evidência, o intuito de lucro indireto a que alude, com propriedade, o mencionado voto, aceito à unanimidade.

A conclusão é que, ao contrário do que pensa o consulente, é pública a recepção nos aposentos de hotel por parte do cliente, desde que não se opere com aparelho de propriedade deste.

E a recomendação que se pode fazer é que a entidade que congrega o interesse dos hoteleiros promova um entendimento com o ECAD que facilite, para ambas as partes, a arrecadação dos direitos autorais devidos.

De São Paulo para Brasília, 15 de outubro de 1984.

Antônio Chaves
Conselheiro-Relator

Decisão da Câmara:

À unanimidade os demais Conselheiros acompanharam o voto do Conselheiro Relator.

Brasília, 23 de janeiro de 1985.

Henry Jessen
Conselheiro

Cleto de Assis
Conselheiro

D.O.U. 29.01.85 – Seção I – Pág. 1717