

DIREITO DE AUTOR SOBRE TRANSMISSÃO DE MÚSICA AMBIENTAL. INCIDÊNCIA ÚNICA DE PAGAMENTO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEÇÃO CÍVEL

EMBARGOS INFRINGENTES N.º 216/86

NA AÇÃO RESCISÓRIA N.º 869/85

Embargante : Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD

Embargado : Rádio Imprensa S.A.

Relator : Exmo. Sr. Desembargador Pecegueiro do Amaral

1. *Embargos Infringentes — Ação Rescisória — Direito de autor sobre transmissão de música ambiental. Pagamento uma só vez pela empresa de radiodifusão.*

2. *O direito do autor de fruir vantagem de obra musical se realiza pela remuneração de sua utilização por terceiros.*

3. *Na transmissão do serviço especial de música funcional, a obrigação de pagar direito de autor incide uma só vez, porque se trata de emissão de sinais eletrônicos pelo sistema de cabo para o receptor do assinante, e da transmissão decodificada da música pelo receptor do assinante para os ouvintes.*

4. *Não há "utilização" de obra musical na emissão de sinais eletrônicos para o receptor do assinante. A música só é ouvida e, portanto, utilizada, ao ser transmitida para o "ambiente" do assinante.*

5. *É da natureza da transmissão da música ambiental a sua audição pelo público, qualquer que seja esse público: eventual, circunstancial, de empregados, funcionários, clientes ou fregueses.*

6. *Não há falar em formas independentes de utilização da obra musical na transmissão de música ambiental: ocorre a utilização da música no momento em que se produz sonorização harmoniosa capaz de sensibilizar os ouvintes. Nesse sentido, não há ainda música na fase de sua emissão codificada para o receptor do assinante.*

7. *É diferente o caso do estabelecimento que capta, sem qualquer custo, a música de frequência modulada, irradiada para o público em geral, e a transmite para o seu ambiente. Nessa hipótese, há duas e distintas "utilizações" da mesma transmissão: a da estação emissora e a do estabelecimento: ambos devem pagar direitos de autor.*

8. *É ilegal a criação por ato administrativo de novas hipóteses de incidência do direito de autor.*

9. *Opinião pela rejeição dos embargos infringentes.*

PARECER

Trata-se de Embargos Infringentes opostos ao V. Acórdão do Egrégio 4.º Grupo de Câmaras Cíveis que, na Ação Rescisória n.º 869/85, Relator o eminente Desembargador Cláudio Lima, julgou improcedente o pedido, assentando, consoante com sua ementa, que:

"Ação Rescisória — Direito Autoral — Distintas as formas de utilização da música-ambiente (serviço especial) e da radiotransmissão tradicional, taxadas, em razão disso, em códigos diferentes, não há como exigir, na primeira também, a taxa da segunda — A taxação diversa, em si, já atende à tipicidade de cada qual — Improcedência do pedido na ação rescisória" (fls. 155).

2. Sustenta o Embargante, Escritório Central de Arrecadação e Contribuição — ECAD, com base nos votos vencidos dos eminentes Desembargadores *Fernando Whitaker* e *Áurea Pimentel Pereira*, a manifesta violação dos arts. 30, IV, letra c, 35 e 73 § 1.º da Lei n.º 5.988/73, que prevêem a cobrança distinta da retribuição devida aos autores de composições musicais, quer pela geração da música pela empresa de radiodifusão, quer pela sua recepção pelos assinantes do serviço especial de música ambiental.

3. Assegura a Constituição da República aos autores de obras artísticas o direito exclusivo de sua utilização (art. 153, § 25). Não querendo utilizá-las diretamente, podem eles contratar com terceiros a comercialização desse monopólio, ou ceder, total ou parcialmente, os seus direitos de autor (art. 52, Lei 5.988/73). O objeto do direito de exclusividade do autor é a utilização de sua obra. Ao seu direito exclusivo de explorar a utilização da obra, corresponde o dever de abstenção por parte de terceiros. Por esse motivo, as formas de utilização têm que ser rigorosamente previstas em lei, cujas normas devem ser interpretadas estritamente (art. 3.º, Lei 5.988/73).

4. Conquanto tenha sido a lei americana editada em data posterior (*Public Law 94.533* — Out. 19, 1976), a Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais e os direitos conexos, seguiu em suas linhas gerais a estrutura por ela adotada. É que o projeto de revisão da *Copyright Law* (Título 17 do *United States Code*) levou quase 50 anos em discussão no Congresso dos Estados Unidos. Não obstante, enquanto a *Public Law 94.533* é exaustivamente casuística, a Lei n.º 5.988 pretende ser concisa, o que nem sempre constitui uma virtude, pois todas as formas de utilização das obras intelectuais devem estar previstas em lei. Assim, o autor só tem o direito de cobrar royalties sobre as formas de utilização legalmente estabelecidas.

6. Pela lei americana, as transmissões secundárias por sistemas de cabos (*secondary transmissions by cable systems*) estão sujeitas ao licenciamento compulsório (*compulsory licensing*), minuciosamente regulado. As exceções, vale dizer, as limitações aos direitos de exclusividade (*limitations on exclusive rights*), que a nossa lei chama de "limitações aos direitos do autor" (Capítulo IV), estão igualmente mencionadas. Esse licenciamento compulsório, tão criteriosamente previsto na *Public Law n.º 94.533* para as transmissões a cabo, não tem disposição correspondente na Lei n.º 5.988. Daí vir o ECAD a fazer previsão, mediante "comunicados", de regras substantivas sobre essa modalidade de transmissão, que seriam admissíveis para estabelecer procedimentos de cobrança, mas não para criar novas formas de utilização de obras musicais ou tipos geradores de retribuição a direitos de autor.

6. No direito americano, a proteção ao direito de autor alcança (*subsists*), na *P. L. 94.533*, as obras de autoria original fixadas em qualquer meio tangível de expressão, conhecido hoje ou mais tarde desenvolvido, através do qual elas possam ser percebidas, reproduzidas ou de outra maneira comunicadas, ou diretamente, ou com auxílio de máquina, ou outro engenho. Entre as obras assim protegidas estão as musicais, inclusive as palavras que as acompanham (*musical works, including any accompanying words*). A proteção se opera através do direito de exclusividade

que tem o autor de realizar ou autorizar qualquer das seguintes formas de utilização da obra:

1. *omissis*

2. *omissis*

.....

4. no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas, pantomimas, filmes (*motion pictures*) e outras obras audiovisuais, a *representar ou executar (to perform)* a obra protegida publicamente; e

5. no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas, pantomimas, e obras pictóricas, gráficas ou esculturais, inclusive imagens individuais de um filme ou outro trabalho audiovisual, a *exibir ou expor (to display)* publicamente a obra protegida.

6. O legislador brasileiro da Lei 5.988 também traduziu por "representar" e "executar" o verbo inglês *to perform*, mas como o verbo *to display* tem o significado de "expor", "exibir", criou, além do Capítulo II (Da representação e execução), um outro denominado "Da utilização de obra de arte plástica", em que contemplou a hipótese de autorização (a) para reproduzir obra de arte plástica, ou (b) para expô-la ao público.

7. Quanto às limitações aos direitos de exclusividade, prevê a lei americana muitos casos de isenção, valendo ressaltar entre eles os seguintes: (5) comunicação de uma transmissão de representação ou execução de uma obra pela recepção pública da transmissão por um aparelho receptor simples do tipo comumente usado em residências, a menos que: a) seja cobrado um preço para ver ou ouvir a transmissão, ou b) a transmissão assim recebida seja transmitida ao público (110, P. L. 94.533).

8. No tocante às transmissões secundárias, prevê a lei "que a transmissão secundária de uma transmissão primária que veicule uma representação ou execução não constitui infração de direito de autor se (4) a transmissão secundária não seja feita por sistema de cabo, mas por repartição pública, ou outra organização não-lucrativa, sem qualquer propósito de vantagem comercial direta ou indireta e sem outros ônus para os destinatários da transmissão secundária, que não os necessários a suportar os custos reais e razoáveis da manutenção e operação do serviço de transmissão secundária (§ 111, 4, b, *idem*).

9. Como vimos acima, as transmissões secundárias pelo sistema de cabo estão reguladas em capítulo distinto e sujeitas à licença compulsória (*compulsory license*) da *Federal Communications Commission*, devendo as empresas de radio-difusão (*cable system*) pagar de 0,675 de 1% a 0,2 de 1% da receita bruta proveniente dos assinantes, variando conforme as vantagens e privilégios conferidos a esses assinantes (*subscribers*). Há ainda um escritório de controle dessa atividade, que se chama *Copyright Office*, à semelhança do nosso ECAD; um tribunal, o *Copyright Royalty Tribunal*, com as características do Conselho Nacional de Direito Autoral, e também um registro dos direitos autorais, o *Register of Copyright*.

10. Como em todas as leis americanas, a primeira parte da P.L. 94.533 é toda dedicada às definições, a fim de que não parem dúvidas quanto a *mens legis*. A nossa lei de regência da matéria seguiu-lhe o exemplo e dedicou suas disposições preliminares às definições. Trata-se sem dúvida de um capítulo importante, embora o legislador nacional tenha perdido a oportunidade de fazer trabalho de maior fôlego, pois, tendo definido alguns poucos vocábulos mais ou menos óbvios, o fez de maneira precária e controvertida (A. Antonio Chaves, *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, RT, 1976, 6).

11. Vale ressaltar que, antes mesmo da regulamentação do sistema de transmissão por cabo, já haviam os tribunais americanos chegado a conclusões semelhantes às encontradas pelos tribunais brasileiros, como se verifica do seguinte escólio:

"Transmissão pelo rádio. Constitui violação (à lei) a não autorizada transmissão pelo rádio de obra musical protegida. Todavia, os direitos do titular do **copyright** não estão limitados àqueles que ele possa ter contra a empresa de radiodifusão; a recepção do programa e sua tradução em som constitui uma reprodução e uma execução, e não mera audição, do programa transmitido. Assim, o proprietário de hotel que habilite seus hóspedes, através de um aparelho receptor, a ouvir composição musical protegida, está comprometido (**engaged**) numa execução pública lucrativa, assim como a ser um infrator, muito embora a empresa de radiodifusão esteja licenciada a transmitir, uma vez que uma única emissão pode resultar em diversas execuções e as inovações dos meios de execução não diminuem o dever dos tribunais de proteger o monopólio do **copyright**; e o fato de que tal proprietário não tenha escolha de seleções (**no choice of selections**) é irrelevante (**immaterial**) na configuração da violação" (**Corpus Juris Secundum, 18, Copyright and Literary Property, § 118, 235/6**).

12. Feitas essas considerações sobre a legislação americana, cuja pertinência com o direito nacional adiante se demonstrará, passemos à hipótese dos autos.

13. Alega o Embargante que, caso venha a prevalecer o entendimento do V. Acórdão embargado, ficariam desprotegidos os titulares de obras musicais, pois as lojas comerciais e estabelecimentos abertos ao público passarão a transmitir essas obras sem o pagamento dos respectivos direitos autorais, sob o pretexto de que, como já o fizera o V. Acórdão rescindendo: "A relação jurídica do enquadramento da apelada (ora embargada) no código 043, pela transmissão de música ambiental se estende desde a geração da música até a sua efetiva propagação nos estabelecimentos de seus clientes assinantes".

14. Afirma ainda o Embargante que esse modo de situar o problema se deva à confusão feita pelo V. Acórdão embargado, como já o fizera o V. Acórdão rescindendo, entre os direitos autorais cuja proteção é de responsabilidade do Embargante e os serviços de telecomunicações concedidos: a) *serviço de radiodifusão comercial* — destinado a ser recebido livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão e b) *serviço especial* — compreendendo dentre outros o de *música funcional*.

15. Não nos parece, todavia, que essa confusão exista; ao contrário, a jurisprudência, que se vai formando à luz da Lei 5.988/73, distingue com absoluta precisão as duas situações: (a) se loja comercial, hotel, restaurante ou estabelecimento congênera transmite música ambiental a partir de serviço de radiodifusão comercial, livremente captado, fica sujeita ao pagamento de royalties pelas obras musicais transmitidas; (b) se, entretanto, esse mesmo estabelecimento contrata com empresa de radiodifusão o serviço de música ambiental, não tem que pagar outra vez, porque o fato gerador da obrigação de pagar é um único e só se configura com a transmissão pelo estabelecimento aos seus clientes.

16. É que, na primeira hipótese, há duas utilizações da obra musical: da empresa de radiodifusão para o público em geral e do *unus ex-publico* do hotel, restaurante ou loja comercial para a clientela eventual; na segunda hipótese, de contratação de música funcional, há apenas uma forma de utilização da obra musical, porquanto ela é emitida em código, direta e exclusivamente, aos assinantes para o fim determinado de sua difusão ambiental.

17. Com efeito, o direito exclusivo de utilização da obra musical importa no direito de autorizar sua publicação, transmissão ou reprodução, gratuita ou onerosamente. Contudo, as formas de utilização não ficam ao sabor da vontade individual; ao revés, dependem de previsão legal. Realmente, as formas de utilização da obra artística que configuram a obrigação de pagamento ao respectivo autor têm de ser descritas em lei. Trata-se de *obligatio ex-vi legis*.

18. Qualquer um pode imaginar um sem número de fatos sobre os quais poderiam incidir tributos das várias esferas de competência federativa, mas que, por uma série de razões políticas, sociais e econômicas, não foram previstos em lei. O mesmo acontece com relação a fatos cuja perpetração embora agrida vivamente nossa sensibilidade ética, não foram ainda previstos na lei como crimes. Por outro lado, a inegável importância que têm para o País o estímulo e a proteção às artes, letras e ciências levou o legislador constitucional a garantir aos seus autores o direito exclusivo de utilizá-las, vale dizer, de mantê-las inéditas, de explorá-las diretamente ou de autorizar sua utilização. As formas de utilização, contudo, devem resultar de normas legais que as tipifiquem, pois nem podem decorrer de arbitrária imposição do poder público, nem de manifestações da vontade dos interessados.

19. Em suma: a transmissão de música ambiental apenas por fios, cabos ou multiplex configura um único fato gerador da obrigação de pagar direito autoral. Ela é "tocada", ouvida, utilizada uma única vez. É uma transmissão direta da empresa geradora do som aos estabelecimentos dos assinantes. Daí o seu tratamento distinto na legislação americana.

20. A condição legal para o fato típico objeto da presente controvérsia está no artigo 30, IV, v, c.c. art. 73, da Lei 5.988/73: sem autorização do autor nenhuma composição musical pode ser transmitida pelo rádio. Todavia, é ilegal a disposição contida no "comunicado" do ECAD, que criou um novo fato gerador da obrigação de pagar direito de autor, e segundo o qual: "Independentemente do pagamento pela utilização com fito de lucro direto ou indireto que o assinante fizer da transmissão recebida" (fls. 72 e 168), deve a empresa de radiodifusão pagar a retribuição prevista no código 043 da tabela do ECAD pela mesma transmissão; e é ilegal exatamente por falta de previsão legal.

21. Examinemos agora o voto vencido da eminente Desembargadora *Áurea Pimentel*. Com o respeito e a admiração que temos pela doutíssima Desembargadora, ousamos divergir do emprego que faz do vocábulo "retransmissão", que, na Lei 5.988/73, tem o sentido que lhe dá a definição do art. 4.º, III, de "emissão simultânea ou posterior, da transmissão de uma empresa de radiodifusão *por outra*". Assim, há impropriedade técnica quando se diz que a questão gira em torno do "direito do ECAD, de cobrar direitos autorais sobre retransmissões, em estabelecimentos comerciais, da chamada música ambiental", assim também quando fala "em recepção e posterior retransmissão, para o público, do nome..." Como se viu acima, só há retransmissão quando uma empresa de radiodifusão transmite o som de outra empresa de radiodifusão. De outro lado, não há falar, no caso de transmissão de música funcional, em "posterior retransmissão", porque a emissão é feita direta e exclusivamente para os assinantes e decodificada pelo sistema a eles aplicado.

Acresce ainda que a afirmativa segundo a qual, no serviço de som ambiental, o assinante é o "destinatário final", tem de ser entendida com um grão de sal.

Basta que se verifique pelo rol de assinantes de fls. 183/7, que não há entre eles uma só pessoa física, e que, em se tratando — todos eles — de estabelecimentos comerciais, como, v.g., Mesbla S.A. Caixa Econômica Federal, Supermercados Leão, Supermercados Mundial Ltda., Edifício Generali, Center Hotel, Café Câmara, condomínios, restaurantes, churrascarias, cafés, shoppings, etc., a

transmissão da música ambiental só pode ter como destinatário final o cliente do assinante. Não se pode cobrar direito de autor sobre obra musical, se ela não foi ouvida ou utilizada. E a utilização no caso se opera uma única vez: os sons são emitidos eletronicamente pela empresa geradora — a Embargada —, decodificados pelos receptores multiplex dos assinantes e transmitidos — como música — aos clientes, fregueses, empregados dos assinantes.

22. Outra afirmativa do voto vencido que, *data venia*, temos por equivocada é a de que "está havendo utilização de transmissão de forma diversa da inicialmente autorizada pelo autor", razão pela qual se justificaria cobrança de novos direitos autorais. Ora, a Embargada funciona com o serviço de radiodifusão em frequência modulada (FM) desde o ano de 1956, e paga os direitos autorais das músicas que transmite, de acordo com o código 019 da respectiva tabela; e funciona, desde 1965, com o "serviço especial de transmissão de música ambiental ou funcional", pagando direitos autorais de acordo com o código 043 da mesma tabela. Neste último caso, o preço é fixado em razão do número de assinantes. De modo que o comerciante, ou assinante, ao contratar o serviço de música ambiental, está pagando o custo do serviço, inclusive os direitos de autor sobre músicas que ele não relacionou, direitos esses que, por sua vez, já foram pagos ao Embargante, na forma da Tabela. O serviço é o de levar a música aos ouvidos dos clientes, fregueses, empregados, operários, funcionários dos assinantes. É música ambiental. Sempre se procedeu dessa maneira. Agora, pelo Comunicado de fls. 73, é que se pretende inovar. Por conseguinte, parece-nos uma demasia sustentar que está havendo uma utilização diversa da autorizada pelo Embargante. Quando a Embargada — Rádio Imprensa S.A. — paga direitos autorais ao Embargante — ECAD para emitir música-ambiente a estabelecimentos comerciais e quejandos, está obviamente implícito que as músicas serão transmitidas aos clientes desses estabelecimentos, ou seja, aos freqüentadores desses ambientes. E os direitos são pagos de acordo com a lista de assinantes fornecida pelo Embargante.

23. Em face do exposto, estamos em que devem ser rejeitados os Embargos Infringentes opostos ao V. Acórdão do Egrégio 4.º Grupo de Câmaras Cíveis.

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 1987.

EVERARDO MOREIRA LIMA
Procurador de Justiça