

Apelação Cível n. 0004357-35.2014.8.24.0019, de Concórdia
Relator: Desembargador Saul Steil

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS COM PEDIDO DE LIMINAR. DIREITOS AUTORAIS. DEMANDA AJUIZADA PELO ECAD CONTRA ESTABELECIMENTO HOTELEIRO E SEUS SÓCIOS. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS TELEVISORES NOS QUARTOS DO HOTEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO INTERPOSTOS PELO AUTOR. INSURGÊNCIA COMUM EM AMBOS OS RECURSOS QUANTO AO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS DE SOM E TELEVISÃO NAS DEPENDÊNCIAS COMUNS E NOS APOSENTOS DO RÉU (HOTEL). ANÁLISE CONJUNTA. PLEITO LIMINAR QUE ACARRETARIA PREJUÍZOS À ATIVIDADE COMERCIAL DO RÉU. PREJUÍZO INVERSO. CONCESSÃO DE TUTELA INIBITÓRIA COM BASE NO ARTIGO 105 DA LEI 9610/98 QUE TEM CARÁTER PROTETIVO E NÃO PODE SER UTILIZADO PARA COAGIR A PARTE AO PAGAMENTO DE DÉBITO ALEGADAMENTE EXISTENTE. REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC NÃO DEMONSTRADOS. DECISÃO MANTIDA NO PONTO.

"a interrupção ou suspensão da transmissão da emissora de radiodifusão, como meio de coerção ao pagamento das verbas devidas, não tem cabimento, uma vez que não é esse o espírito da regra do artigo 105 da Lei n. 9.610/98". (TJSC, Apelação Cível n. 2001.016018-8, de Sombrio, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 12-06-2008

INAPLICABILIDADE DA MULTA MORATÓRIA DE 10% PREVISTA NO REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO DO ECAD. ARBITRARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO RETIDO E APELO DO AUTOR CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

"No caso, além dos direitos patrimoniais, o Ecad está a cobrar multa intitulada "moratória", com imposição que, por ocasião dos fatos, não tinha nenhum supedâneo legal. Com efeito, é manifestamente arbitrária e abusiva a cobrança de multa unilateralmente estipulada pelo Ecad, visto que não

não(*sic*) tem suporte em lei, e não há nem mesmo relação contratual entre as partes.(...) (REsp 1190647/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015)

RECURSO ADESIVO DOS RÉUS. AFIRMAÇÃO DE QUE A COBRANÇA REALIZADA PELO ECAD CONFIGURARIA *BIS IN IDEM*. INSURGÊNCIA TAMBÉM QUANTO À TAXA DE OCUPAÇÃO A SER UTILIZADA PARA O CÁLCULO DA QUANTIA DEVIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. TESES AVENTADAS APENAS EM SEDE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NO PONTO. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS TELEVISORES EM QUARTOS DE HOTÉIS. LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA. HIPÓTESE QUE AUTORIZA A COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS PELO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD, AINDA QUE SEJA DISPONIBILIZADO APENAS O SINAL DE TV A CABO OU POR ASSINATURA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTE SENTIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DOS RÉUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.

2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.

3. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência

coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.(...) (REsp 1589598/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004357-35.2014.8.24.0019, da comarca de Concórdia 2ª Vara Cível em que é Apte/RdoAd Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD e Apdo/RteAd Hotel Colina Verde Ltda - ME.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo retido e do apelo interposto pelo autor e negar-lhes provimento. Conhecer parcialmente do recurso de apelação dos réus e, na parte conhecida, negar-lhes provimento.

O julgamento realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2017.

Desembargador Saul Steil
Relator

RELATÓRIO

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD ingressou com ação de cumprimento de preceito legal cumulada com perdas e danos com pedido de liminar contra Hotel Colina Verde Ltda, Cláudio Vicente Bernardi e Maria Elvira Corezzolla Bernardi.

Argumentou que o demandado, Hotel Colina Verde Ltda, no desempenho de sua atividade empresarial no ramo hoteleiro vem promovendo a comunicação ao público de obras musicais, lítero-musicais e de fonografias mediante radiodifusão sonora e televisiva em seus aposentos, sem a autorização prévia e o pagamento da retribuição autoral, contrariando o disposto no art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais).

Ressaltou que a empresa requerida está cadastrada junto ao ECAD desde maio de 2001, e que até os dias atuais não vem efetuando o recolhimento da parcela mensal referente aos direitos autorais.

Versou sobre a legislação pertinente, discorreu sobre a possibilidade da imediata suspensão ou interrupção da execução das obras reproduzidas indevidamente e destacou o entendimento jurisprudencial que corrobora a utilização dos indicativos de taxa de ocupação e efetiva utilização previstas no "Regulamento de Arrecadação Consolidado".

Ademais, argumentou que é pacífico na jurisprudência o entendimento de que são devidos direitos autorais em função da disponibilização de aparelhos de rádio e televisão em quartos de hotéis, e defendeu a possibilidade de, no caso dos autos, efetuar a cobrança tanto das parcelas vencidas quanto das vincendas.

Requeru a concessão da liminar para determinar a suspensão ou interrupção de qualquer comunicação ao público de obras musicais, lítero-musicais audiovisuais e fonogramas pelos requeridos, nos termos do art. 105, da Lei. 9.610/98, sob pena de multa diária, sem prejuízo das medidas previstas no

art. 461 do CPC/73. Não sendo deferida a medida acima, requereu então que fosse ordenado aos requeridos o imediato recolhimento ao ECAD, no prazo de 48h, do valor referente à mensalidade relativa à sonorização por aposento.

Requereu a procedência do pedido para confirma a liminar deferida, condenando os requeridos ao pagamento da importância de R\$ 12.176,85, referente as parcelas em aberto no período de 05/2009 a 05/2014), além daquelas que se vencerem no curso da ação, sujeitando-se todas à incidência de correção monetária, juros de 12% ao ano e multa de 10%, na forma do Regulamento de Arrecadação.

Ao final, formulou os demais pedidos de praxe, valorou a causa e juntou documentos às fls. 22/162.

Foi proferida decisão interlocutória que indeferiu a medida requerida em caráter liminar (fls. 163/165), decisão esta contra a qual o autor interpôs agravo retido. (fls. 180/183)

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação às fls. 190/201, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva dos réus Cláudio Vicente Bernardi e Maria Elvira Corezzolla Bernardi, bem como a prescrição dos créditos anteriores ao dia 23/06/2011.

No mérito, destacaram a ausência de fato jurídico que justifique a cobrança realizada pelo autor, argumentando que o uso de meios de comunicação em quartos de hotéis não atende ao critério de ambiente público e tampouco visa a obtenção de lucro, uma vez que é ambiente privado que se caracteriza como extensão da casa do indivíduo.

No mais, argumentaram que o Regulamento de Arrecadação do ECAD afronta as disposições previstas no art. 98 da Lei. 9.610/98; impugnam o valor cobrado pelo autor; e defenderam a inexigibilidade da multa moratória exigida pelo demandante.

Pugnaram pelo acolhimento das preliminares aventadas e, no

mérito, requereram a total improcedência dos pedidos formulados na exordial. Ao final, formularam demais pedidos sucessivos e os de praxe e juntaram documentos às fls. 202/217.

Réplica às fls. 222/236.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 233/236.

Sobreveio a sentença de fls. 237/248, na qual a Magistrada afastou as preliminares aventadas em contestação e, analisando o mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial para condenar os réus ao pagamento das parcelas vencidas a partir de maio de 2009, inclusive as que se vencerem no transcorrer da presente ação, cujos valores deverão ser calculados na forma regulamentada pela autora, sem a incidência da multa moratória prevista no Regulamento de Arrecadação. Sobre o valor de cada parcela vencida deverá incidir correção monetária pelo INPC, além de juros de mora de 1% ao mês, ambos devidos a contar da data do vencimento de cada parcela.

Por fim, a Togada indeferiu a tutela inibitória requerida e, tendo em vista a sucumbência mínima do autor, condenou os réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos no importe de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2.º do CPC/15.

Irresignado, o autor interpôs apelação às fls. 251/263, ratificando as razões expostas no agravo retido interposto às fls.180/183, utilizando-as, igualmente, como fundamentação para requerer a modificação da sentença no que tange à possibilidade de aplicação da tutela inibitória pleiteada na exordial, nos termos do art. 105 da Lei 9.610/98.

No mais, defendeu a legalidade da cobrança da multa moratória de 10% prevista em seu Regulamento de Arrecadação, deu por prequestionados os arts. 28,68,97,98,99 e 105, Lei 9.610/98, e art. 5º, incs. XXVII e XXVIII, da CF/88, e pugnou, ao final, pela reforma da sentença recorrida, nos termos da

fundamentação de seu apelo.

Os réus apresentaram contrarrazões às fls. 267/272 e, ato contínuo, interpuseram recurso adesivo às fls. 273/302.

Em seu reclamo, afirmam que disponibilizam aos seus hóspedes unicamente o serviço de TV via satélite (serviço SKY), sendo que o ECAD já efetua a cobrança dos direitos autorais diretamente da prestadora de serviço de TV por assinatura, que por sua vez inclui referido custo na fatura mensal paga pelo réu. Assim, a cobrança ora realizada pelo autor revela-se ilegítima e configura verdadeiro bis in idem.

Aduzem que há confronto entre dispositivos das Leis ns. 6.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e 11.771/2008 (Lei Geral do Turismo), e afirmam que os quartos de hotéis não são considerados locais de frequência coletiva, mas sim unidades de frequência individual, razão pela qual afigura-se indevido o pagamento de direitos autorais pretendidos pelo autor.

No mais, afirmam que caso seja devida alguma quantia, a mesma não deve ser baseada na taxa de ocupação anual apresentada pelo ECAD, mas sim na efetiva taxa de ocupação do Hotel ora recorrente.

Ao final, pugnam pela reforma de sentença recorrida, nos termos da fundamentação de seu recurso.

Com as contrarrazões pelo autor às fls. 288/302, vieram os autos a este Tribunal, sendo redistribuídos a este Relator.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação de cumprimento de preceito legal cumulada com perdas e danos com pedido de liminar movida por Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD contra Hotel Colina Verde Ltda e outros, através da qual o autor visa o recebimento de valores referentes à retribuição autoral, prevista na Lei n. 9.610/1998.

A sentença recorrida julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando os réus ao pagamento das parcelas vencidas a partir de maio de 2009, bem como as que se vencerem no transcorrer da ação, cujos valores deverão ser calculados na forma regulamentada pela autora, sem a incidência da multa moratória prevista no Regulamento de Arrecadação, devendo sobre o valor de cada parcela vencida incidir correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, ambos devidos a contar da data do vencimento de cada parcela. Ao final, a Magistrada indeferiu a tutela inibitória requerida na exordial.

Agravo Retido e Apelação da Autora

Em seu reclamo, o autor ratifica as razões expostas no agravo retido interposto contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de aplicação da tutela inibitória prevista no art. 105 da Lei 9.610/98, a fim de que seja determinada a suspensão e/ou interrupção de qualquer comunicação ao público de obras musicais, lítero-musicais, audiovisuais e fonogramas pelo réu em seus aposentos e partes comuns, sob pena de aplicação de multa diária.

Como houve a análise e o indeferimento do referido pleito também por ocasião da sentença e, tendo a parte autora utilizado em seu apelo, para requerer a modificação da sentença, praticamente a mesma fundamentação contida no agravo, far-se-á a análise conjunta dos recursos.

O mencionado art. 105, da Lei 9.610/98, que consolida a legislação

sobre direitos autorais, prescreve que "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".

Contudo, ao contrário do que alegado pelo apelante, a determinação contida no artigo acima reproduzido não tem o condão de, pura e simplesmente, determinar a suspensão das reproduções musicais sem que se necessite demonstrar a existência de dano irreparável que justifique a concessão da tutela inibitória.

No caso dos autos, observo que os requeridos desempenham suas atividades empresariais no ramo de Hotelaria, e que tais atividades certamente seriam prejudicadas caso a ordem aqui pretendida fosse deferida, em evidente dano irreparável de forma inversa.

Outrossim, apesar do apelante ter mencionado que os réus estariam exercendo suas atividades, com reproduções de obras lítero-musicais, audiovisuais e fonogramas, sem autorização do ECAD não possui razão de ser, já que se infere da própria inicial, bem como dos documentos de fls. 43/47 e os demais constantes nos autos que os requeridos estão cadastrados junto ao autor.

O que se tem, na verdade, é a existência de débitos em nome dos requeridos, conforme se pode observar dos documentos colacionados às fls. 38/41 e 48/55.

Diante de tal cenário, imperioso reconhecer que o pedido

formulados nestes autos para concessão da tutela inibitória, com base no artigo 105, da Lei Autoral, tem como objetivo coagir o estabelecimento comercial requerido ao pagamento do débito por ele devido, o que por certo não é a finalidade precípua da tutela almejada.

A propósito, *mutatis mutandi*, colhe-se precedente deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPERADORA DE RADIOFUSÃO DE FREQUÊNCIA MODULADA. EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. ECAD. ARTIGO 105 DA LEI N. 9.610/1998. PRETENSÃO VOLTADA AO IMPEDIMENTO POR MEIO DE LACRES NOS APARELHOS DE SONORIZAÇÃO E RETRANSMISSÃO DE SINAL DE RÁDIO DA EMISSORA. PERICULUM IN MORA INVERSO. DECISÃO IRREPROCHÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

A proteção ditada no artigo 105 da Lei n. 9.610/1998 não tem o condão de coagir o devedor ao pagamento de direitos autorais.

(...)

O periculum in mora deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (periculum in mora inversum). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra" (doutrina). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.074538-0, de Imbituba, rel. Des. Fernando Carioni, j. 17-01-2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL COM PEDIDO LIMINAR C/C PERDAS E DANOS. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS.(...) PEDIDO DE APLICABILIDADE DA NORMA DISPOSTA NO ARTIGO 105, DA LEI N. 9.610/98 AFASTADO. INTERRUPTÃO OU SUSPENSÃO DA TRANSMISSÃO QUE DEVE SER PROTETIVA E NÃO COERCITIVA.(...) (TJSC, Apelação Cível n. 2013.012538-8, da Capital, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-12-2014).

Portanto, conclui-se que "a interrupção ou suspensão da transmissão da emissora de radiodifusão, como meio de coerção ao pagamento das verbas devidas, não tem cabimento, uma vez que não é esse o espírito da regra do artigo 105 da Lei n. 9.610/98". (TJSC, Apelação Cível n. 2001.016018-8, de Sombrio, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 12-06-2008

Ademais, é de se pontuar que o ECAD sequer ventilou a respeito

da configuração dos requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, que pudessem ser aplicados a seu favor.

Logo, ausentes os requisitos necessários à concessão da medida e, não tendo a tutela inibitória perquirida finalidade coercitiva para fins de alcançar o adimplemento de eventuais valores devidos, tem-se por bem julgar pela improcedência da pretensão do autor neste ponto.

Em seu reclamo, a parte autora defende, ainda, a legalidade da cobrança da multa moratória de 10% prevista em seu Regulamento de Arrecadação.

Neste ponto, da mesma forma, a insurgência não merece prosperar, porquanto pacífico na jurisprudência o entendimento acerca da inaplicabilidade da imposição da referida multa, mormente em razão da ausência de previsão legal que a imponha.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITOS AUTORAIS E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EVENTO PÚBLICO. FESTIVAL, COM EXECUÇÃO DE MÚSICAS, PROMOVIDO POR PREFEITURA MUNICIPAL. COBRANÇA, PELO ECAD, DE DIREITOS AUTORAIS, RELATIVAMENTE À EXECUÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS, QUE NÃO SÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. DIREITOS PATRIMONIAIS, DE CARÁTER PRIVADO. PROVEITO ECONÔMICO PARA EXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE, EM VISTA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ESTIPULAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, SEM SUPEDÂNEO LEGAL, DE FÓRMULA PARA COBRANÇA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DOS CRIADORES DA OBRA INTELECTUAL. DESCABIMENTO. FATOS QUE ANTECEDEM À LEI N. 12.853/2013. ESTABELECIMENTO DE MULTA INTITULADA MORATÓRIA, NO REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO, SEM PREVISÃO LEGAL. MANIFESTA IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. No caso, além dos direitos patrimoniais, o Ecad está a cobrar multa intitulada "moratória", com imposição que, por ocasião dos fatos, não tinha nenhum supedâneo legal. Com efeito, é manifestamente arbitrária e abusiva a cobrança de multa unilateralmente estipulada pelo Ecad, visto que não não(sic) tem suporte em lei, e não há nem mesmo relação contratual entre as partes.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1190647/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015; grifei)

E deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS AUTORAIS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ECAD. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (...)DIREITOS AUTORAIS. COBRANÇA. ECAD LEGÍTIMO. FILIAÇÃO E AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. - (...) MULTA MORATÓRIA. REGULAMENTO. PREVISÃO INEXISTENTE. INSUBSISTÊNCIA. - A multa de 10% (dez por cento) prevista no regulamento de arrecadação merece ser desconsiderada, porquanto sem suporte legal ou contratual. (5) SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO. -Provido o recurso e reconhecida a parcial procedência dos pleitos exordiais, com sucumbência mínima da parte demandante, impõe-se a condenação da parte demandada ao pagamento dos ônus sucumbenciais. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001132-84.2012.8.24.0113, de Camboriú, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 20-06-2017).

Logo desarrazoada a pretensão da apelante em impor a cobrança da referida multa.

Quanto ao prequestionamento dos dispositivos legais ventilados pela apelante, cumpre salientar que ao magistrado incumbe apreciar as questões trazidas, entretanto, não precisa esgotar exaustivamente todos os argumentos e normas legais invocadas pelas partes.

Dessarte, reconheço que foram apreciadas por este julgador todas as questões trazidas pelos litigantes, afastando-se, assim, a necessidade de interposição de embargos de declaração, com a finalidade de prequestionamento.

Frisa-se que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre a integralidade do pedido deduzido na pretensão judicial quando houver nos autos elementos suficientes à dicção do direito.

Além do mais, sabe-se que "o prequestionamento não se traduz na exigência de expressa menção individualizada dos dispositivos legais invocados

pela parte, mas, tão somente, de abordagem da matéria pelo Órgão Julgador" (Embargos de Declaração n. 0013567-50.2013.8.24.0018/50001, de Chapecó, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 4-4-2017).

Apelação dos Réus

Em suas razões de recurso, os réus afirmam que a cobrança realizada pelo autor é ilegítima e configura verdadeiro bis in idem.

Para tanto, afirmam que o hotel oferece a seus hóspedes unicamente o serviço de TV via satélite (serviço SKY), sendo que o ECAD efetua a cobrança dos direitos autorais diretamente da prestadora de serviço de TV por assinatura, a qual, por sua vez, inclui referido custo na fatura mensal paga pelo Hotel.

Aduzem também que há confronto entre dispositivos das Leis ns. 6.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e 11.771/2008 (Lei Geral do Turismo), e que os quartos de hotéis não podem ser considerados locais de frequência coletiva, mas sim unidades de frequência individual, razão pela qual afigura-se indevido o pagamento de direitos autorais pretendidos pelo autor.

Finalmente, afirmam que caso seja devida alguma quantia, não deve a mesma ser baseada na taxa de ocupação anual apresentada pelo ECAD, mas sim na efetiva taxa de ocupação do Hotel ora recorrente.

Inicialmente, consigno que os argumentos da suposta caracterização de bis in idem, bem como quanto àqueles pertinentes à taxa de ocupação a ser considerada para fins de cálculo de apuração do valor devido, não podem ser conhecidos nesta instância.

Isto porque, verifica-se que tais argumentos foram aventados pelos réus somente em sede recursal, momento em que já não poderiam mais fazê-lo, por força do princípio da eventualidade, disposto no art. 300 do CPC/73 (art. 336 do Código de Processo Civil de 2015), segundo o qual: "Compete ao réu alegar,

na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

Acerca do referido dispositivo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

Princípio da eventualidade. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois, na eventualidade de o juiz não acolher uma delas, passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido preclusão consumativa, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo disposto no CPC 342. A oportunidade, o momento processual em que pode defender-se, é a contestação [...] Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 923. (com grifo no original)

Com efeito, considerando que os réus suscitaram tais questões apenas em seu recurso adesivo, revela-se impossível conhecê-las nesta instância recursal.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

"[...] Configuram-se inovação recursal os argumentos que somente foram sustentados neste grau de jurisdição e sequer submetidos à apreciação do juízo de origem, hipótese que inviabiliza o conhecimento de parte do recurso por este Sodalício, sob pena de incidir-se em supressão de instância. [...]" RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0000851-80.2011.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 21-07-2016)

Aliás, ad argumentandum tantum, no que diz respeito à caracterização do suposto bis in idem, ainda que fosse o caso de conhecer do recurso neste ponto, a pretensão dos réus não prosperaria.

É que, a exemplo da alegação de que os quartos de hotel não podem ser considerados local de frequência coletiva, mas sim unidade de frequência individual - o que obstaría a cobrança de direitos autorais na forma como pretendidos pelo autor -, tal argumentação encontra-se fulminada pelo

entendimento jurisprudencial pacificado acerca da matéria. Vejamos

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL.

1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.

2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.

3. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.

(...)

6. Recurso especial provido.

(REsp 1589598/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017; grifei)

E mais:

DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO INIBITÓRIA C/C COM PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. COBRANÇA DE VALORES RELATIVOS A DIREITOS AUTORAIS AJUIZADA PELO ECAD EM FACE DE ESTABELECIMENTO HOTELEIRO. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO CIVIL. INCIDÊNCIA DO PRAZO TRIENAL. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. ENTENDIMENTO RECENTE DO STJ. PRETENSÃO FULMINADA EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. TERMO DE VERIFICAÇÃO APRESENTADO UNILATERALMENTE PELO ECAD. INSTITUIÇÃO DOTADA POR LEI DE COMPETÊNCIA PARA ARRECADAÇÃO RELATIVA A DIREITOS AUTORAIS (LEI N. 9.610/98). DOCUMENTO QUE ENCONTRA RESPALDO NOS DEMAIS ELEMENTOS DO PROCESSO. PROVAS SUFICIENTES AO JULGAMENTO DA LIDE (ART. 370 E 371, CPC).

MÉRITO. CONTRIBUIÇÃO AUTORAL DEVIDA POR HOTÉIS. LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA, CONFORME ART. 68, § 3º, DA LEI N. 9.610/98. INAPLICABILIDADE DO ART. 23 DA LEI N. 11.771/2008 EM FAVOR DA DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA CONTIDA NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS. INTUITO DE LUCRO DO ESTABELECIMENTO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO ART. 46, VI, DA MESMA LEI. MATÉRIA PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. COBRANÇA DE VALORES RELATIVOS À DIFUSÃO E À EMISSÃO DE SINAL TELEVISIVO. FATOS GERADORES INDEPENDENTES ENTRE SI (ART. 31 DA LEI N. 9.610/98). BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO.(...) RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE.

(...)

2. "Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a disponibilidade de rádio e televisão em quartos de hotel é fato gerador da arrecadação de direitos autorais." (STJ, AgInt no Resp 1565552/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 07/02/2017) 3. "Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem." (Resp 1589598/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 13/06/2017)(...) (TJSC, Apelação Cível n. 0300008-47.2016.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-08-2017).

E do referido acórdão, extrai-se interessante excerto:

"3. Entre as alegações recursais do réu, ainda, encontra-se que as cobranças não seriam devidas porque os quartos de hotel não são ambientes de frequência coletiva.

Também não lhe assiste razão.

O réu invoca o art. 23 da Lei n. 11.771/2008 a seu favor, uma vez que, ao definir os meios de hospedagem, o dispositivo caracteriza-os como 'empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária' (grifou-se).

A aplicação dessa Lei a casos de direitos autorais, porém, não é admitida por não ser especificamente voltada a esses direitos, visto que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo. Colhe-se da jurisprudência: 'Descabe a aplicação

do art. 23, da Lei nº 11.771/2008, uma vez que diz respeito à Política Nacional do Turismo, e não aos direitos autorais. Além disso, não se admite a interpretação extensiva dos negócios jurídicos sobre direitos autorais. Inteligência do art. 4º, da Lei nº 9.610/98'. (TJRS, AC n. 70067507301, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, j. 30/03/2016)

Na norma específica, a Lei n. 9.610/98 estabelece expressamente em seu art. 68, § 3º, que 'consideram-se locais de frequência coletiva os [...] hotéis, motéis [...]' (grifou-se). E qualquer execução de obra protegida por direito autoral nesses locais de frequência coletiva é vista pela Lei como 'representação pública' (§ 1º do art. 68), as quais não podem ser levadas a efeito 'sem prévia e expressa autorização do autor ou titular' (art. 68, caput), ou seja, sem prévia comprovação do recolhimento dos direitos autorais perante o escritório central (§ 4º).

A existência de disposição expressa em relação aos hotéis afasta a incidência do art. 46, VI, da Lei de Direitos Autorais ao caso. Aliás, a própria letra desse inciso também é por si só inaplicável, pois pressupõe que a execução "em recesso familiar" não apresente qualquer intuito de lucro, o que não se verifica nos estabelecimentos hoteleiros, que hospedam seus clientes visando obter ganho financeiro. É certo que o lucro do hotel não advém especificamente do fato de os quartos possuírem televisão, mas é oriundo do conjunto de todas as comodidades e serviços oferecidos aos clientes. Nesse conjunto, todavia, inclui-se a oferta de televisores com transmissão de canais e de músicas nos quartos.

(...)

Logo, visto que o hotel possui televisores à disposição de seus clientes e que essa comodidade integra sua base de lucro, é inafastável seu dever de recolher a respectiva contribuição autoral."

Sendo assim, com base no entendimento jurisprudencial sedimentado acerca da legitimidade da cobrança de direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores no interior dos aposentos de hotéis, não há como acolher a pretensão dos réu, devendo manter-se incólume a sentença recorrida.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do agravo retido e do apelo interpostos pela parte autora, negando-lhes provimento. Conhecer parcialmente do apelo interposto pelos réus e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Este é o voto.