

VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0051134-20.2007.8.19.0001

RELATOR: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

APELANTE: BRUNO MAZZEO DE OLIVEIRA PAULA E OUTROS

APELADO: SANTA MUSICA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA E OUTROS

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. DIREITO AUTORAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE OBRA (FONOGRAMA), A QUAL TERIA SIDO PRODUZIDA PELOS AUTORES, FORA COMERCIALIZADA PELOS RÉUS SEM A SUA AUTORIZAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E CARÊNCIA DE AÇÃO CORRETAMENTE REJEITADAS PELO JUÍZO A QUO. NA ESPÉCIE A PARTE AUTORA NÃO LOGROU ÊXITO EM COMPROVAR O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 373, I DO CPC/2015, ÔNUS QUE LHE CABIA E DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU A CONTENTO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. VERBA HONORÁRIA MAJORADA NOS TERMOS DO ART. 85, §11 DO CPC/15.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº **0051134-20.2007.8.19.0001**, em que são apelantes **BRUNO MAZZEO DE OLIVEIRA PAULA E OUTROS** e apelados **SANTA MUSICA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA E OUTROS**, acordam os Desembargadores da Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2017.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA



VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0051134-20.2007.8.19.0001
RELATOR: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
APELANTE: BRUNO MAZZEO DE OLIVEIRA PAULA E OUTROS
APELADO: SANTA MUSICA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA E OUTROS

VOTO.

Versa a hipótese ação indenizatória na qual almejam os autores a reparação dos danos materiais e morais supostamente sofridos em razão de lançamento e reprodução pelos réus, sem a sua autorização, da obra coletiva denominada “CD dos Hinos”, a qual teria sido produzida pelos autores e pelo 2º réu (Pierre), perseguindo, ainda a prestação de contas por parte dos apelados.

A sentença guerreada julgou improcedentes os pedidos formulados, condenando os autores ao pagamento das custas e honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 10% sobre o valor da causa para cada réu, à exceção do primeiro, que não contestou a lide (fls. 692/697).

Inicialmente, cumpre analisar a arguição de nulidade de sentença por ausência de fundamentação, deduzida pelos apelantes em suas razões recursais.

In casu, verifica-se que a sentença de fls. 692/697 foi proferida em conformidade com os ditames previstos no artigo 489 do CPC/2015, com adequada fundamentação, tendo apreciado os principais pontos debatidos pelas partes e pertinentes para a solução da lide. Outrossim, inexistem no *decisum* os supostos vícios de ordem processual e formal, sendo que os pequenos erros materiais, relativos aos nomes das partes, ou, quando faz o *decisum* menção às partes, não afastam a coerência e compreensão do seu texto.

Rejeita-se, pois a preliminar de nulidade de sentença.

Por sua vez, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, reiterada pela 3ª recorrida (Ed. Abril) nas suas contrarrazões (fls. 752/777), foi corretamente afastada pelo *decisum*, eis que a própria apelada reconhece a fls. 758 ter atuado na distribuição da obra coletiva – “CD dos Hinos de 2004”, objeto da lide, como encarte da revista Placar, publicação da Editora Abril, o que é suficiente para se inferir a pertinência subjetiva da 3ª ré.

Igualmente não merece prosperar a preliminar de carência de ação quanto ao pedido de prestação de contas, também reiterada pela 3ª ré (Ed. Abril) nas contrarrazões, eis que possível a cumulação de pedidos, excepcionalmente, na espécie, em prestígio aos princípios de celeridade e economia processual.

No mérito, tem-se que a sentença deu adequada solução à lide.

Do exame dos autos, extrai-se que os autores, em parceria com o 2º réu (Pierre), coproduziram, em 1996, uma obra coletiva denominada “CD dos Hinos”, contendo interpretações dos hinos de futebol dos clubes do Rio de Janeiro, que teria atingido à época, vendas superiores a 250.000 exemplares. Tal obra foi licenciada pela Rock House (produtora de fonogramas), da qual eram sócios o 2º (Fábio) e 3º (Rodrigo) autores, à Editora Abril para distribuição do CD aos leitores da revista Placar (fls. 702/703).

Alegam os autores que, no início de 2003, teriam se reunido com o 2º réu (Pierre) para planejar a produção do 2º “CD dos Hinos”, desta vez com outros intérpretes, porém não seriam mais representados pela Produtora Fonográfica Rock House, mas sim pela Produtora Santa Música.

Narram que teriam, em comum acordo, contratado um advogado especialista em Direitos Autorais para confeccionar o contrato de produção fonográfica a ser celebrado entre os recorrentes e o 2º réu, todavia, tal ajuste não chegou a ser firmado, tendo sido surpreendidos com o lançamento comercial do referido CD pela 3ª ré, em 2004 (Ed. Abril), sem a sua autorização, bem como, igualmente, teria a 4ª ré (Takenet – Curupira S/A) comercializado através de operadoras de telefonia celular os conteúdos dos fonogramas de titularidade dos autores através do sistema “truetones” – toques de celulares (index 000001 – Vol.I).

Sustentam os recorrentes terem efetivamente produzido o 2º CD dos Hinos” juntamente com o 2º réu, inclusive com divisão de funções, pelo que a comercialização da obra sem o seu consentimento violou direito autoral.

Com efeito, para melhor compreensão da questão posta em Juízo, impende destacar os conceitos de “fonograma” e “produtor” explicitados no art. 5º da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98):

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

*IX - **fonograma** - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;*

(...)

*XI - **produtor** - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;"*

Cabe frisar que o art. 93 da LDA elenca os direitos do produtor de fonogramas, tais como: de autorizar ou proibir, a título oneroso ou gratuito, a reprodução direta ou indireta, total ou parcial de fonogramas; sua distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução, sua comunicação ao público por meio da execução pública, inclusive radiodifusão e quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas.

Como esclareceu a Perícia Técnica a fls. 527/528, tais direitos são conexos e se diferenciam dos direitos autorais. *“A distinção precípua entre os direitos do autor e os conexos reside na pessoa de seus titulares, vez que, enquanto aqueles cabem aos autores, estes cabem aos intérpretes, executantes, produtores fonográficos e organismos de radiodifusão. Daí decorre o fato de serem os direitos conexos bem mais restritos que os do autor, atribuídos exclusivamente ao criador da obra.”*

Saliente-se a lição da jurista paulista Eliane Y. Abrão, citada pelo Perito Judicial a fls. 528, que define o produtor de fonogramas como

quem “**exerce uma atividade empresarial que mescla prestação de serviços com comercialização de produtos**” grifo nosso

Na espécie, inobstante tenha havido intenção dos autores e do 2º réu (Pierre) de produzir conjuntamente a referida obra, tanto assim, que foi redigida uma minuta de contrato (fls.21/27), tal ajuste não chegou a ser firmado pelas partes e o 2º réu produziu o CD através da 1ª ré (Santa Música), produtora fonográfica que celebrou contrato com a Editora Abril (fls. 250/257), como, inclusive, reconhecem os autores a fls. 705, não tendo restado demonstrado nos autos. a efetiva participação dos autores na produção do 2º CD dos Hinos, em 2004.

Corroborando tal conclusão, o Perito Judicial declara a fls. 538:

“Os Autores assentam sua pretensão indenizatória na minuta não assinada de contrato de coprodução fonográfica e audiovisual do produto Hinos de Futebol e outras avenças (fls. 21/27).” (resposta ao quesito do 2º réu – nº 4).

Ressalte-se não ter o *expert* do Juízo identificado nos autos qualquer elemento indicativo da atuação de cada um dos autores, para fins de aferição da proporção de sua participação na obra coletiva (resposta ao quesito dos autores - nº 13 - fls. 529).

Por outro lado, a prova pericial apontou que a 1ª ré (Santa Mônica) foi quem arcou com as despesas para a concepção e produção do “CD dos Hinos”, como se vê da transcrição da resposta ao quesito nº 9 do réu a fls. 539:

“De acordo com o contrato de parceria comercial (fls. 250/257, firmado entre a Editora Abril S.A. e a Santa Música, ambas as rés no presente litígio, coube à Santa Música arcar com os custos pertinentes à concepção e à produção do CD dos Hinos. Neste particular, o Perito transcreve o item a) da Cláusula 2.1.2 da referida avença (fls.251/252), verbis:

“(…)

2.1.2 Obrigações da SANTA MÚSICA:

a) concepção e produção do CD, devendo convidar artistas, editoras musicais, produtores fonográficos e demais entidades envolvidas, e realizar as gravações dos fonogramas com as novas versões dos hinos dos clubes identificados na cláusula 1.1 acima, arcando exclusivamente com

todos os custos pertinentes, tais como custos de estúdio, transporte, masterização e outros; (...)"

E ainda assinalou a fls. 534 que:

"(...) não consta dos autos qualquer contrato assinado entre os autores e o segundo réu Sr. Pierre Aderne. Em resposta à última parte deste quesito, consta a fls. 250/256 um contrato de parceria comercial firmado em 22 de dezembro de 2003, entre a primeira Ré (Santa Música) e a terceira Ré (Abril S. A.), cujo objeto consistia no lançamento da obra intitulada "CD dos Hinos Placar". (resposta ao quesito dos autores - nº 37).

Ora, no caso vertente, os autores não lograram êxito em comprovar o fato constitutivo de seu direito, ônus que lhes cabia e do qual não se desincumbiram a contento, posto que não trouxeram aos autos prova documental ou oral que comprovasse, efetivamente, atuação como produtores fonográficos da obra coletiva objeto da lide.

Aliás, conforme bem ressaltando pelo *decisum* (fls. 695/696), *verbis*:

No mérito, afirmam os autores ser co-produtores fonográficos da obra coletiva fixada no CD dos Hinos, produzida pelos réus. Em nenhum momento, no entanto, trazem prova de tal fato. Juntam aos autos cópia de contrato cujas cláusulas representam, em tese, as bases do suposto pacto firmado com o segundo réu. O referido contrato, todavia, não chegou a ser assinado por este último, não chegando a ter existência válida como contrato escrito.

Certo é que, se as partes chegaram a entabular um contrato, ou seja, se chegaram a discutir suas bases, realizaram tratativas acerca do projeto que resultaria no CD dos Hinos. Porém, não conseguiram os autores comprovar que o negócio jurídico em si tenha ultrapassado a fase das tratativas. Nenhum documento ou prova oral idônea foi produzida neste sentido.

Admite a primeira ré tenham os autores realizado algumas atividades que contribuíram para a elaboração do projeto. Tanto assim que às fls. 125, época em que se fazia representar pelo segundo réu, em correspondência enviada à quarta ré, admite terem os autores participado do processo de elaboração do trabalho que resultou no aludido CD. Porém, afirma não serem eles detentores do direito de comercialização daquele trabalho, não possuindo nenhuma participação societária

naquela empresa. Informa ainda que o trabalho dos autores se limitou a indicar e convidar alguns artistas a participar do citado projeto, mas que, por tais serviços, já teriam sido devidamente remunerados, remuneração esta que os autores admitem ter recebido.

O próprio segundo réu reconhece o esforço dos autores, chegando a descrever a atuação de cada um (fis 193, 197 e 198). Contudo, afirma terem estes sido já recompensados por tais tarefas, remuneração admitida como recebida pelos autores na inicial.

De todo o conjunto probatório, apurou-se ter sido apenas uma colaboração a atividade desenvolvida pelos autores, os quais não lograram comprovar ter alcançado a posição de co-produtores fonográficos.”

Compete à parte autora o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito que alega, nos termos do art. 373, I do CPC/2015, o que incorreu na hipótese vertente.

Na lição de Humberto Theodoro Junior, “*Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.*” (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, 41ª edição, vol. I, pág. 387)

A sentença guerreada não merece, portanto, qualquer reparo.

Outrossim, imperiosa a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, §11 do CPC/2015, já que a sentença guerreada foi publicada quando já vigente o novo CPC.

Frise-se que os honorários de sucumbência recursal devem ser somados aos fixados em 1º grau, observado o percentual mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) previsto no §2º do art. 85 do CPC, consoante Enunciado nº 241 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), *verbis*:

“Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.”

Na espécie, considerando o trabalho adicional realizado pelos patronos dos réus, com a apresentação das contrarrazões de fls. 726/736 (Pierre), fls. 738/750 (Curupira S/A) e fls. 752/777 (Ed. Abril), fixa-se os honorários de sucumbência recursal no percentual de 2% sobre o valor da causa, que somados aos honorários fixados em 1º grau, perfazem o total de 12% (doze por cento) sobre o valor da causa para cada réu.

POR TAIS RAZÕES, o meu voto é no sentido de, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, majorando a verba honorária ao patamar de 12% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §11 do CPC/15.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2017.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA

F/0707