

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S) - RJ068819
ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620
RECORRIDO : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO
_ : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S) - RJ074802
BÁRBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO E OUTRO(S) - DF036208

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA *STREAMING*. *SIMULCASTING* E *WEBCASTING*. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. *SIMULCASTING*. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. *Streaming* é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize *download* dos arquivos a serem executados.

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente

Superior Tribunal de Justiça

da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator ratificando seu voto anteriormente proferido e dando provimento ao recurso especial, decide a Segunda Seção, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD), com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, o ECAD ajuizou ação de cumprimento de preceito legal combinada com perdas e danos contra TNL PCS S.A. (nome fantasia OI) visando, em liminar, "*a imediata suspensão da execução de obras musicais, literomusicais e fonogramas*" pela ré (e-STJ fl. 11). E, no mérito, a confirmação da liminar e "*a suspensão ou interrupção de qualquer execução/transmissão de obras musicais, literomusicais e fonogramas pela Ré, enquanto não providenciar a prévia e expressa autorização do autor*" (e-STJ fl. 13).

Sustentou que a empresa ré, desde março de 2006, por meio do seu *site* na internet, permite a reprodução da rádio OI FM nas modalidades *simulcasting* e *streaming*, e, por serem hipóteses de execução pública de obras musicais, são devidos os direitos autorais ao ECAD.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido (e-STJ fls. 234/236) ao entendimento de que "*as modalidades de 'simulcasting' e 'streaming' não fazem senão reproduzir a programação da rádio 'OI' via computador e, frise-se, está já paga direitos autorais por sua programação, sendo que cobrá-los aqui por sua reprodução 'on line' consistiria um 'bis in idem'*".

Irresignado, o ECAD interpôs apelação, a qual, por maioria de votos, foi parcialmente provida para "*condenar a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade webcasting*" (fls. 414-415 e-STJ). O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"DIREITO AUTORAL DIGITAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NA MODALIDADE DE TRANSMISSÃO DE FONOGRAMA POR MEIO DE REDE MUNDIAL DE COMPUTADOR - SIMULCASTING E WEBCASTING (TECNOLOGIA STREAMING).

COMUNICAÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD - ARTIGO 98 E 99 DA LEI 9610/98. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PATROCINADOR - ARTIGO 110 DA LEI 9610/90 C/C 275 DO CÓDIGO CIVIL.

FIXAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO PELO ECAD - 7,5% DO FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA COM PUBLICIDADE. APRECIÇÃO DA LIDE SOB O FOCO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA

Superior Tribunal de Justiça

FUNÇÃO SOCIAL DA OBRIGAÇÃO E ABUSO DE PODER. NORMAS QUE CONSAGRAM DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTORIZAM A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS DE DIREITO PRIVADO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1- O ECAD TEM LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA PROMOVER JUDICIALMENTE A COBRANÇA DOS DIREITOS AUTORAIS, EM DECORRÊNCIA DO DEVER DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO.

2- RESPONDEM SOLIDARIAMENTE POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS, EM AUDIÇÕES PÚBLICAS, O PROMOTOR DO ESPETÁCULO, O PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO E O RESPONSÁVEL PELO EVENTO - ART. 99, § 4º DA LEI 9.610/98. RESPONSABILIDADE ABRANGENTE DE TODOS QUE OBTEM PROVEITO DAS TRANSMISSÕES.

3- SIMULCASTING. TRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DIFUNDIDA POR MEIO DE SINAIS CONVENCIONAIS. NOVO RECOLHIMENTO. DUPLA COBRANÇA SOBRE O MESMO FATO GERADOR. BIS IN IDEM. VEDAÇÃO.

4- WEBCASTING. TECNOLOGIA QUE POSSIBILITA O ENVIO DE INFORMAÇÕES ATRAVÉS DE PACOTES POR REDE DE COMPUTADORES. EXECUÇÃO DE ARQUIVO DE MÍDIA EM COMPUTADOR. DISTRIBUIÇÃO DIGITAL DE FONOGRAMAS. NOVO FATO GERADOR DA COBRANÇA DE DIREITO AUTORAL PELA UTILIZAÇÃO DE OBRA LÍTERO-MUSICAL.

5- VALOR DA CONTRIBUIÇÃO DE EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRA MUSICAL FIXADO UNILATERALMENTE PELO ECAD. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SITUAÇÕES DIFERENCIADAS.

6- EXORBITÂNCIA. O PERCENTUAL DE 7,5% SOBRE A RECEITA BRUTA DA EMISSORA CONTRATANTE INDUZ À POSSIBILIDADE DE ABUSO DE DIREITO E ENCONTRA-SE DISSONANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

7- A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL NÃO TEM A AMPLITUDE PRETENDIDA PELO ECAD, QUE TENTA OCUPAR O ESPAÇO DO 'VAZIO LEGISLATIVO' EM PREJUÍZO DO CRIADOR E DO INTERESSE DOS USUÁRIOS DE BENS INTELECTUAIS.

8- PERDAS E DANOS. DESACERTO NA INTERPRETAÇÃO SOBRE A TRANSMISSÃO DE OBRA MUSICAL EM RÁDIO DIGITAL. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM RECOMPOSIÇÃO DE PERDAS E DANOS, EM VISTA DA REPOSIÇÃO DE VALORES EM COBRANÇA, OBJETO DA LIDE.

9- TUTELA INIBITÓRIA. ARTIGO 105 DA LEI 9610/98. AUSÊNCIA DE DICOTOMIA ENTRE AS NECESSIDADES DO AVANÇO DA TECNOLOGIA, COM A CONSEQUENTE FACILIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS CRIATIVAS, E O DIREITO GARANTIDO AOS CRIADORES.

10- AS REGRAS QUE VISAM DISCIPLINAR E PROTEGER A UTILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NÃO DEVEM INVIABILIZAR, MESMO QUE TEMPORARIAMENTE, A DIFUSÃO DA INFORMAÇÃO E DA CULTURA - ARTIGO 5º, INCISO XIV, E 215 DA CRFB.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO" (fls. 414-415 e-STJ).

Os embargos declaratórios opostos tanto pela demandante (fls. 455-461 e-STJ) quanto pela demandada (fls. 468-473 e-STJ) foram rejeitados (fls. 476-477 e-STJ).

Inconformada, a empresa ré interpôs embargos infringentes, que foram, por maioria, providos, de modo a prevalecer o voto vencido que julgava totalmente improcedente a demanda.

Eis a ementa do acórdão:

Superior Tribunal de Justiça

"Direito Autoral. Transmissão de obras musicais através de site Internet de rádio online. Embargos Infringentes interposto pela ré, objetivando reforma do acórdão para julgar improcedente o pedido referente à modalidade de transmissão webcasting. Voto majoritário que deu provimento parcial ao recurso da autora, afastando a cobrança na modalidade simulcasting e condenando a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade webcasting, ao reconhecer que nesta espécie há novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Voto vencido que entendeu que a sentença devia ser mantida, uma vez que o simulcasting é mero exercício da radiodifusão e que o streaming (webcasting) não se trata de modalidade de execução pública. Como restou demonstrado nos autos, a modalidade webcasting é realizada através de uma técnica de transmissão de dados denominada streaming. Segundo a literatura técnica especializada, streaming é uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores, como a Internet. Na prática, para usufruir de conteúdo multimídia, o usuário acessa uma página na Internet (site) e solicita o envio (download) do arquivo que ele deseja. Inicia-se, então, a transferência do arquivo, através de uma transmissão dedicada entre o site de Internet e o computador do usuário. No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade webcasting, tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva. Embargos infringentes providos, de modo a prevalecer o voto vencido" (fls. 574-574 e-STJ).

Os embargos de declaração opostos pelo ECAD foram rejeitados (fls. 598-602 e-STJ).

No especial, além da divergência jurisprudencial, o recorrente aponta violação dos arts. 475-E e 535 do Código de Processo Civil de 1973 e 4º, 5º, 29, VIII, "I", X, 31, 68, 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/1998.

Sustenta, em síntese:

(i) "*que o acórdão recorrido foi contraditório ao rejeitar o pedido de condenação do Réu ao pagamento da retribuição autoral decorrente da utilização de obras musicais na modalidade denominada 'simulcasting'*" (fl. 608 e-STJ);

(ii) "*a autorização concedida pelo autor para utilização de sua obra, não se estende a quaisquer das demais e, pelo exposto, é inegável que, não obstante a concomitância do simulcasting com a transmissão radiofônica, tais modalidades de utilização têm natureza diversa, cada qual exigindo, por conseguinte, autorização específica, prévia e expressa*" (fl. 614 e-STJ);

(iii) que a transmissão via *webcasting* configura-se como execução pública de obra musical apta a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD;

Superior Tribunal de Justiça

(iv) que *"toda transmissão e comunicação de obras musicais ao público, 'por qualquer meio ou processo', exige a prévia e expressa autorização (em simetria com o artigo 68). Não se há assim de excepcionar o simulcasting, o webcasting ou qualquer meio similar, por algum requinte ou especificidade da tecnologia, quando se percebe que o próprio legislador quis evitar essas confusões, asseverando e prevendo em todo o seu texto, não somente a imprescindibilidade da autorização própria e específica dos Autores para cada utilização destacada, mas, 'por qualquer processo', independentemente de tecnologia, chegando a alcançar, 'existentes ou que venham a ser inventados" (fl. 620 e-STJ), e*

(v) a legitimidade do ECAD para fixar os preços dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical e a legalidade dos valores.

Em contrarrazões (fls. 659-678 e-STJ), a recorrida aduz, em suma, a incidência da Súmula nº 7/STJ, a falta de prequestionamento dos arts. 29, X, 5º, V e II e 4º da Lei nº 9.610/1998, a ausência de negativa de prestação jurisdicional e a necessidade de manutenção da conclusão do Tribunal de origem, pois a transmissão via *webcasting* não é execução pública e *"as taxas já pagas a título de direitos autorais referente à programação musical disponibilizadas no site Oi FM seriam suficientes, eis que não estariam presentes, na hipótese, duas modalidades diferentes de transmissão, mas uma só, as quais reproduzem rigorosamente o mesmo conteúdo"*.

O recurso especial foi inadmitido na origem (fls. 680-686 e-STJ), mas, por ter sido provido recurso de agravo, houve a conversão do feito e a devida reautuação.

Considerando-se que o tema é novo no direito pátrio, possui características técnicas singulares e relevantes para a identificação do significado, do sentido e do alcance dos conceitos e das disposições da lei de direito autoral, na sessão da Terceira Turma, realizada no dia 27/10/2015, o feito foi submetido à Segunda Seção.

Na decisão de fls. 854-857 (e-STJ), foi determinada a realização de audiência pública, na data de 14 de dezembro de 2015, com a finalidade de propiciar amplo debate acerca da matéria e prover a Corte com informações necessárias ao deslinde da controvérsia.

A audiência pública foi realizada, conforme notas taquigráficas de fls. 9-136 (e-STJ) do expediente avulso.

Ademais, outras entidades também habilitadas juntaram documentos às fls. 137-457 (e-STJ) do expediente avulso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

1. Do *streaming*

O avanço das tecnologias digitais e de comunicação, especialmente por meio da internet, possibilitou que as obras musicais, literomusicais e fonogramas possam ser exteriorizadas independentemente da existência física, tangível, permitindo um maior acesso às obras intelectuais e criando novas modalidades de exploração econômica sem a necessidade de sua materialização.

No ambiente virtual, uma das formas lícitas de acesso às obras musicais em geral é por meio do uso da tecnologia denominada *streaming*.

Streaming é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo caracteriza-se pelo envio de dados por meio de pacotes, sem que o usuário realize *download* dos arquivos a serem executados. No *streaming* de música, por exemplo, não se usa a memória física do computador (HD), mas, sim, a conexão à internet para transmissão dos dados necessários à execução do fonograma.

Desse modo, a tecnologia de *streaming* permite a transferência de áudio ou vídeo em tempo real sem que o usuário conserve uma cópia do arquivo digital em seu computador, e é exatamente nesse ponto que reside a mudança de paradigma, pois, diferentemente do que acontecia há poucos anos, hoje, o que importa é o acesso, e não mais a propriedade ou a posse da mídia física (seja vinil, CD ou qualquer outra forma de corporificação da obra) ou virtual.

O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de

determinado conteúdo através de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo gravado ou ao vivo é disponibilizado pela *web*.

Assim, no *simulcasting* ocorre a transmissão de um programa gerado por outros meios, tais como o rádio e a televisão, simultaneamente via internet. A atuação do usuário é passiva, usufruindo das obras transmitidas conforme a programação predefinida pelo provedor do serviço.

Já no *webcasting*, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, havendo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

Aliás, a interatividade é outro critério de classificação das modalidades de *streaming*. Sob essa perspectiva, ele pode ser interativo ou não interativo.

Streaming não interativo é aquele em que a recepção de conteúdos pelo usuário se dá em tempo real, contínuo, da programação ou do evento disponibilizado na rede, em tempo e modo predeterminados pelo transmissor da obra. Não há nenhuma possibilidade de interferência do usuário no conteúdo, na ordem ou no tempo da transmissão.

Por outro lado, no *streaming* interativo, o fluxo de informação depende da ação do usuário, que determina o tempo, o modo e o conteúdo a ser transmitido. No caso de músicas, por exemplo, o usuário tem à sua disposição uma grande base de dados de obras musicais e pode escolher quais gostaria de ouvir, a ordem e o momento, montando listas de reprodução próprias, sem a vinculação a uma programação predeterminada pelo provedor do conteúdo, como ocorre normalmente nas transmissões radiofônicas.

A passagem da era analógica para a era digital e a evolução da sociedade da informação colocam novos e cada vez mais complexos problemas aos quais o Direito vem sendo chamado a responder. De fato, as novas tecnologias alteraram com muita rapidez a forma de exploração da obra intelectual. Se no passado elas necessitavam de um suporte físico para sua exteriorização, o *corpus mechanicum*, desde o advento da internet, as obras intelectuais podem ser exteriorizadas em forma digital, de modo que o desafio consiste em harmonizar as novas modalidades de consumo com a proteção aos direitos autorais. Nesse dinâmico panorama inserem-se as questões relacionadas ao uso do *streaming*.

2. Da transmissão via *streaming* como ato de execução pública

No ordenamento jurídico brasileiro, aos direitos autorais, disciplinados pela Lei nº 9.610/1998, atribui-se duplo caráter: o primeiro relacionado aos direitos da personalidade (atributo moral), enumerados no art. 24 da Lei nº 9.610/1998, e o outro, ligado ao direito patrimonial do autor devido à exploração econômica da obra.

Superior Tribunal de Justiça

No âmbito dos direitos patrimoniais do autor, o art. 29 da Lei Autoral, no Título III, que trata dos direitos do autor, elenca, em caráter exemplificativo, as modalidades de utilização da obra, dentre as quais, para os fins da presente análise, destacam-se:

"Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

(...)

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

(...)

i) emprego de sistemas de fibras óticas, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados ;

(...)

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas". (grifou-se).

A leitura dos dispositivos acima deixa claro que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

De igual maneira, é possível constatar que a lei autoral não traz nominalmente as mídias por meio das quais as obras são utilizadas, contudo, delineia as diretrizes básicas e os conceitos fundamentais capazes de abarcar diversas modalidades de utilização de produções intelectuais no atual ambiente virtual, bem como lança-se para o futuro quando se refere a "*quaisquer outras modalidades que venham a ser inventadas*". Ou seja, a preocupação do legislador foi a de fornecer ao autor mecanismos de proteção à sua criação, apresentando vasto campo de utilização em que a obra intelectual está coberta, tanto no presente como no futuro, perdendo relevância, assim, o meio em que foi expressa. De fato, o que importa é a circunstância de a obra ter sido difundida.

Logo, a exploração por meio da internet distingue-se das outras formas de uso de obras musicais e fonogramas (ex. rádio e TV) tão somente pelo modo de transmissão, tratando-se, rigorosamente, da utilização do mesmo bem imaterial, o que implica na incidência de idêntica disciplina jurídica.

Resta analisar, por conseguinte, se a transmissão de obras musicais via *streaming*

Superior Tribunal de Justiça

pode ser objeto da gestão coletiva exercida pelo ECAD, entidade responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos relacionados unicamente à execução pública¹.

Para tanto, faz-se necessário examinar se o uso de obras musicais e fonogramas por meio da tecnologia *streaming* é alcançado pelo conceito de execução pública.

No que diz respeito à execução pública, a matéria está regrada na Lei nº 9.610/1998, no Título IV- Da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas, mais precisamente no Capítulo II – Da Comunicação ao Público, art. 68, §§ 2º e 3º, com a seguinte redação:

"Capítulo II - Da Comunicação ao Público

Art. 68. 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.

(...)

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

¹ Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013).

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas."

Nos termos do acima transcrito, configura-se como execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais em locais de frequência coletiva por quaisquer processos, inclusive a transmissão por qualquer modalidade.

De acordo com a definição prevista no art. 5º, inciso II, da Lei nº 9.610/1998, considera-se como transmissão "a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético".

Assim, é possível afirmar que o *streaming*, tecnologia que possibilita a difusão pela

Superior Tribunal de Justiça

internet, é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e também, por definição legal, reputa-se a internet como local de frequência coletiva, caracterizando-se, portanto, a execução como pública.

Veja-se que a lei expressamente considera como local de frequência coletiva onde quer que se transmitam obras literárias, artísticas ou científicas, como usualmente ocorre na internet. Depreende-se, pois, da Lei de Direitos Autorais que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, portanto, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá a qualquer momento acessar o acervo ali disponibilizado.

Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

Além disso, é de fácil percepção que tanto o conceito de comunicação ao público (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998) - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento -, quanto o de execução pública (art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998) são de tal modo abrangentes que conduzem à conclusão de que a noção de local de frequência coletiva compreende os espaços físico e digital, incluindo-se neste último as plataformas digitais, notadamente um ambiente que alcança número indeterminado e irrestrito de usuários, existentes não mais em um único lugar ou país, mas em todo planeta, o que eleva exponencialmente a capacidade de exploração econômica das obras.

Da mesma forma, não é possível extrair do texto legal que os critérios da interatividade – situação na qual o usuário seleciona as obras autorais que deseja acessar em local e momento que melhor lhe aprouver –, da simultaneidade na recepção do conteúdo e da pluralidade de pessoas são parâmetros para definir uma execução como pública.

Até mesmo no âmbito desta Corte, quanto ao critério da pluralidade de usuários, encontra-se consolidada a jurisprudência² que afasta da noção de local de frequência coletiva a necessidade de aglomeração de pessoas. Nesse ponto, elucidativo é o seguinte trecho do REsp nº 556.340/MG³, *leading case*, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

(...)

Por outro lado, não se pode pensar que nos termos da Lei os motéis não sejam considerados locais de frequência coletiva, porque não se pode confundir o conceito para identificá-lo com espetáculos públicos, ou seja, com a presença de muitas pessoas no local. Isso, com todo respeito, é um

Superior Tribunal de Justiça

equivoco que o legislador não cometeu. Basta a leitura do art. 68 da Lei nº 9.610/98 para espancar essa dificuldade. Lá estão bem claros os conceitos de representação pública, de execução pública e de frequência coletiva. E neste último estão incluídos os hotéis e motéis, espraiado o conceito para outros lugares, ou como diz a Lei 'ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas', como antes indicado" (grifou-se).

2 Nesse sentido: EREsp 1.025.554/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 8/10/2014, DJe 22/10/2014; REsp 1.152.820/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 5/6/2014, DJe 25/6/2014; AgRg no REsp 1.310.207/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, QUARTA TURMA, julgado em 19/3/2013, DJe 22/03/2013; REsp 1.380.341/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. pl Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 1º/10/2015.

3 "Direito autoral. Aparelhos de rádio e de televisão nos quartos de motel. Comprovação da filiação. Legitimidade do ECAD. Súmula nº 63 da Corte. Lei nº 9.610, de 19/2/98.

1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o ECAD faça a cobrança dos direitos autorais.

2. A Lei nº 9.610/98 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula nº 63 da Corte.

3. Recurso especial conhecido e provido". (REsp 556.340/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 9/6/2004, DJ 11/10/2004).

Nessa mesma direção, e considerando-se o contexto da sociedade da informação, o conceito de público ganha novos contornos, afastando-se ainda mais da sua tradicional noção. Público já não mais é, como na era analógica, um conjunto de pessoas que se reúnem e que têm acesso à obra ao mesmo tempo. Público é agora a pessoa que está sozinha, mesmo em casa, e que faz uso da obra onde e quando quiser. Isso porque o fato de a obra intelectual estar à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet, por si só, é capaz de tornar a execução musical pública.

Os conceitos até aqui delineados (transmissão, comunicação ao público e execução pública, veiculados, respectivamente, nos artigos 5º, incisos II e V, e 68, § 2º, da Lei nº 9.610/1998), associados às alterações da noção de público produzidas pelas novas tecnologias permitem concluir que a transmissão digital via *streaming* é uma forma de execução pública.

Sob outra perspectiva, é importante destacar que o *streaming* interativo (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998⁴), relacionado ao denominado "direito de colocar à disposição ao público", situa-se no âmbito do direito de comunicação ao público, e não no campo do direito de distribuição⁵, nitidamente ligado à transferência de propriedade ou posse, o que não ocorre no *streaming*.

No panorama internacional, em termos legislativos, o desenvolvimento de novos meios de difusão de obras intelectuais, sobretudo a internet e sua influência na estrutura de exploração do conteúdo protegido pelo direito autoral, gerou iniciativas no sentido de encontrar soluções jurídicas adequadas à nova realidade.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse cenário, em 1996 foram aprovados pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) dois importantes tratados sobre a matéria, a saber, o Tratado sobre o de Direito de Autor (*WCT – WIPO Copyright Treaty*) e o Tratado sobre Performances e Fonogramas (*WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty*), com vistas a encontrar uma solução para o problema do enquadramento legal dos atos de transmissão digital interativa de obras protegidas na conjuntura das novas tecnologias.

4 "Art. 29 (...) VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

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

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse; (grifou-se).

Nesses tratados enunciou-se o direito de colocar à disposição do público, definido como o direito exclusivo que tem o autor de autorizar a comunicação ao público de suas obras, por qualquer meio.

Veja-se, a propósito, o artigo 8º do Tratado OMPI de Direito de Autor:

"(...)

Article 8⁶

Right of Communication to the Public

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them⁷

Embora o Brasil não seja signatário do Tratado da OMPI, é incontestável que a Lei nº 9.610/1998 incorporou alguns direitos ali referidos, contemplando dispositivos que atendem às demandas originadas pelos novos meios de comunicação, absorvendo inclusive o direito de colocar à disposição do público, previsto no já transcrito inciso VII do art. 29 da Lei de Direitos Autorais, que pode ser nitidamente relacionado à transmissão via *streaming* interativo.

Da análise do art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998, em cotejo com a definição prevista nos Tratados da OMPI sobre o Direito do Autor e sobre Performances e Fonogramas (artigos 8 e 10, respectivamente), bem como com a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia (artigo 3 (2)), é possível identificar os elementos essenciais que caracterizam o "*direito de colocar à disposição do público*", quais sejam, o ato relevante de

Superior Tribunal de Justiça

disponibilização de obras intelectuais; o meio pelo qual se dá a disponibilização (cabo, fibra ótica, satélite, ondas) e o caráter interativo da transmissão.

6 Artigo 8 - Direito de Comunicação ao Público: Sem prejuízo do previsto nos artigos 11 (1) (ii), 11bis (1) (i) e (ii), 11ter (1)(ii), 14(1)(ii) e 14bis (1) da Convenção de Berna, os autores de obras literais e artísticas gozarão do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação pública de suas obras por fio ou sem fio, compreendida a colocação à disposição do público de suas obras, de tal forma que os membros do público possam a elas ter acesso no lugar e no momento que individualmente escolha (tradução livre).

Disponível em http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P78_9739. Acesso em: 9/5/2016.

Dessa forma, a despeito da complexa arquitetura dos atos de transmissão digital, em que os contornos e limites entre as modalidades básicas de utilização das obras intelectuais - direito de reprodução, direito de distribuição e o próprio direito de comunicação ao público - são tênues, o direito de colocar à disposição do público (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) é um ato de execução pública englobado pela modalidade de direito de comunicação ao público (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998⁶).

Sobre esse aspecto, esclarecedora é a justificativa de emenda ao Projeto de Lei nº 5.430/1990, que originou a atual Lei de Direito Autoral:

(...)

Incluir novo inciso entre os incisos IV e V, renumerando os demais ao Art. 50 do Substitutivo adotado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados ao PL 5.430/90, com a seguinte redação:

'- comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares'

Justificativa: O conceito de comunicação ao público é importante e evita uma série de repetições quanto aos direitos abrangidos pela definição ampla, além de eliminar interpretações distorcidas quanto a qualquer possível omissão, em algum artigo específico, de certas formas de utilização. Ademais, é importante observar que, no ambiente digital (utilização das obras via Internet) este direito assume especial relevância." (grifou-se)

Essa conclusão, inclusive, encontra-se em harmonia com as diretrizes adotadas pela maioria dos países da União Europeia, como demonstra o seguinte trecho da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do seu Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação:

Superior Tribunal de Justiça

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

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

"(...)

Considerando o seguinte:

(22) A presente directiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros actos.

(23) O direito de colocar à disposição do público materiais contemplados no nº 2 do art. 3º, deve entender-se como abrangendo todos os actos de colocação à disposição, não abrangendo quaisquer outros actos.

"(...)

Artigo 3º

Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material

1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido" (grifou-se)º.

Assim, o abrangente direito de comunicação pública, introduzido pela Lei nº 9.610/1998, oferece bases apropriadas para uma plena adaptação e proteção do direito autoral ao contexto de uma sociedade de informação cada vez mais desenvolvida, sendo o que mais se aproxima do denominado "*direito de colocar à disposição do público*".

Isso porque a transmissão digital interativa, ou o "*direito de colocar à disposição do público*", ao fim e ao cabo, é um ato de execução pública, diretamente relacionado ao acesso às obras intelectuais disponibilizadas ao público via internet, que, como visto, é considerado local de frequência coletiva, ainda que ocorra no âmbito privado do usuário e que ausente a simultaneidade na recepção pelos destinatários.

Logo, o ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão

imaterial.

9 Fonte: Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L 167/10. 22/6/2001.

Em outras palavras, as transmissões via *streaming*, tanto na modalidade *webcasting* como na modalidade *simulcasting*, são tidas como execução pública de conteúdo.

Em síntese, a autorização de cobrança de direitos autorais pelo ECAD nas transmissões via *streaming* não se dá em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o *site*, mas, sim, pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, ou seja, ao público em geral, o acesso ao conteúdo.

Portanto, considerando-se que, independentemente da existência dos critérios da interatividade, da simultaneidade na recepção do conteúdo e da pluralidade de pessoas, e que a internet é um local de frequência coletiva, a transmissão via *streaming* é ato de execução pública, sendo legítima a arrecadação e distribuição dos direitos autorais pelo ECAD.

Cumprе consignar que foi editada pelo Ministério da Cultura a Instrução Normativa nº 2, de 5 de maio de 2016, estabelecendo previsões específicas para a atividade de cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva, considerando, assim, configurada a execução pública em plataformas digitais, inclusive nos serviços de *streaming*, "*em que há transmissão com finalidade de fruição da obra pelo consumidor, sem a transferência de posse ou propriedade*" (art. 6º, IV).

Na Nota Técnica nº 26 DDI/SE/MinC, colacionada aos autos (fls. 927-961 e-STJ), em que apresentada a referida Instrução Normativa, o Ministério da Cultura destaca que a cobrança de serviços que oferecem obras musicais na internet por parte de sociedade de gestão coletiva de direitos de autor é uma realidade em diversos países, tais como França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Suíça, Reino Unido e outros.

Salienta, ainda, que as associações de gestão coletiva de direitos de execução pública mantêm acordos de reciprocidade com as suas congêneres no exterior, política que permite tanto a cobrança pelo repertório estrangeiro aqui executado e a remessa dos valores à associação do país de origem quanto o repasse às associações brasileiras do montante arrecadado do repertório brasileiro lá executado.

Assim, concluir que a transmissão via *streaming* não é ato de execução pública poderá ferir o princípio da reciprocidade, bem como poderá extinguir a obrigação de repasse das entidades de gestão estrangeiras dos valores arrecadados em seus países referentes às obras brasileiras nesse tipo de plataforma, a impedir que os artistas e autores nacionais recebam rendimentos oriundos da modalidade de uso de obras

intelectuais que notadamente mais cresce no mundo.

3. Do *simulcasting* como meio autônomo de uso de obra intelectual

Quanto à difusão de obras por meio de transmissão via *simulcasting* - situação na qual a mesma programação de rádio ou televisão pode ser acessada simultaneamente através da internet –, resta averiguar se o seu emprego constitui meio autônomo de uso de obra intelectual a ensejar a cobrança do ECAD ou se a referida cobrança configuraria *bis in idem* pelo fato de já haver pagamento à entidade pela transmissão via rádio ou televisão.

A solução da controvérsia está prevista no art. 31 da Lei nº 9.610/1998, que estabelece que para cada utilização da obra literária, artística, científica ou de fonograma, uma nova autorização deverá ser concedida pelos titulares dos direitos.

Eis a redação do mencionado artigo:

"Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais". (grifou-se)

Nos termos do dispositivo em destaque, está claro que qualquer nova forma de utilização de obras intelectuais, na hipótese do *simulcasting*, a transmissão simultânea via internet, enseja novo licenciamento e, conseqüentemente, novo pagamento de direitos autorais.

É nítido que o critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito de o conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tornando exigível novo consentimento para utilização.

A autonomia entre a transmissão via internet e as transmissões via rádio, televisão ou outros meios pode ser aferida a partir do exame do art. 29 da Lei nº 9.610/1998, que elenca as diversas modalidades de utilização da obra intelectual, das quais destacam-se aquelas previstas nos incisos VIII e X:

"Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

(...)

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

Superior Tribunal de Justiça

- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
d) radiodifusão sonora ou televisiva;
e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
f) sonorização ambiental;
g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
h) emprego de satélites artificiais;
i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
(...)
X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.” (grifou-se)

Assim, por tratar-se a transmissão mediante *simulcasting* de meio autônomo de utilização de obras intelectuais a demandar nova autorização do titular de direitos autorais pelo seu uso, caracterizado está o novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Acrescente-se que, no caso de radiofusão sonora, a fixação do preço para a concessão da licença para execução pública musical pelo ECAD (Regulamento de Arrecadação) leva em consideração, dentre outros critérios, o público em potencial e a sua sobreposição geográfica¹⁰. Desse modo, a transmissão via *simulcasting*, que muitas vezes é realizada por pessoa jurídica distinta, é capaz de aumentar o número de ouvintes em potencial e gerar publicidade diversa da veiculada pela rádio, aspectos que reforçam a sua natureza autônoma de modalidade de utilização de obra intelectual.

¹⁰ Regulamento de Arrecadação do ECAD. Art. 17. As emissoras de rádio pagarão mensalmente pelos direitos autorais de transmissão e/ ou retransmissão de obras e de fonogramas musicais o valor constante na Tabela de Preços de Rádio (Anexo II), que leva em consideração a potência diurna dos transmissores, a região socioeconômica e a população do local onde estão instalados os transmissores, observando as condições dispostas no artigo 36 deste Regulamento.

4. Do caso concreto

O recorrente – ECAD - ajuizou ação de cumprimento de preceito legal cumulada com perdas e danos para o fim de condenar a recorrida ao pagamento dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical não autorizada, nas modalidades *webcasting* e *simulcasting*, em seu *site* www.oifm.com.br.

É incontroverso nos autos que no *site* da OI é possível ouvir a transmissão simultânea da radiofusão (*simulcasting*) e ouvir a programação executada em datas anteriores e

Superior Tribunal de Justiça

selecionar *playlists* (*webcasting*).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu que a modalidade de transmissão *webcasting* não configura execução pública de obras musicais e que a transmissão via *simulcasting* não daria ensejo à cobrança de direitos autorais por se consubstanciar em um *bis in idem*.

A primeira alegação do recorrente nas razões do especial diz respeito à violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973. A irresignação, contudo, não merece prosperar.

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. É cediço que a escolha de uma tese refuta, ainda que implicitamente, outras que sejam incompatíveis.

Registre-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A segunda questão apresentada está relacionada ao *simulcasting*. Segundo o recorrente, o Tribunal de origem violou os arts. 29, X, e 31 da Lei nº 9.610/1996 ao entender que "*o simulcasting não seria uma nova modalidade de execução pública, mas apenas a transmissão simultânea da programação de rádio, via internet, ou seja, constituiria um mero exercício de radiodifusão*" (fl. 613 e-STJ), de modo que nova cobrança configuraria um *bis in idem* pelo fato de a recorrida já pagar pela transmissão de sua rádio.

Quanto ao ponto, assiste razão ao recorrente.

Como demonstrado no item 3 do voto, a transmissão de músicas mediante o emprego da tecnologia *streaming* na modalidade *simulcasting* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

O terceiro tema de inconformismo refere-se à modalidade de transmissão *webcasting*. Aduz o recorrente que a Corte estadual, equivocadamente, "*negou a qualidade de execução pública à utilização musical na referida modalidade, sob o inadequado fundamento de que a transmissão via webcasting não se daria em local de frequência coletiva*" (fl. 615 e-STJ), configurando-se, assim, afronta ao disposto nos arts. 4º, 5º, II e V, 68, § 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998.

Igualmente, a irresignação merece prosperar.

Nos termos da fundamentação apresentada no item 2, é devida a cobrança de

Superior Tribunal de Justiça

direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*), pois enquadram-se como atos de execução pública de obras musicais aptos a ensejar pagamento ao ECAD.

Por fim, o quarto assunto questionado no especial está ligado à legitimidade do ECAD para fixar os preços dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical e à legalidade dos valores. O recorrente indica como vulnerados os arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/1998.

Narra o recorrente que

*"(...)
O acórdão proferido pela e. 5ª Câmara Cível ao julgar procedente, por maioria, o pedido consistente na cobrança pela execução pública de obra na modalidade webcasting, reconheceu a legitimidade do ECAD para fixar preços, mas entendeu abusivo o percentual estipulado de 7,5% (sete e meio por cento) sobre a receita bruta do site, fundamentando-se no fato de que isto afrontaria os princípios da proporcionalidade, da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato" (fl. 623 e-STJ).*

Quanto ao tópico, cumpre destacar, de início, que o entendimento antes apontado não prevaleceu, tendo em vista que a ação foi julgada totalmente improcedente, entendendo as instâncias de origem que a recorrida nada deve ao recorrente - ECAD. Contudo, considerando-se a possibilidade de reforma da conclusão do julgado, torna-se relevante a análise de tal ponto.

Assim posto o tema, no que tange à definição dos critérios para a cobrança de direitos autorais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em se tratando de direito de autor, compete a este a sua fixação, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou, na hipótese, do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente.

Dessa forma, em regra, está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que mantém uma tabela especificada de preços, conforme a redação do § 3º do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO. INCIDÊNCIA DA S.7/STJ.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

4. Tem o ECAD legitimidade ativa para promover ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente de prova de filiação ou autorização dos titulares.

5. É pacífico o entendimento desta Corte quanto à legitimidade do ECAD para fixar critérios relativos ao montante devido a título de direitos autorais.

6. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 61.148/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/6/2015, DJe 25/6/2015 – grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONVENÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. EXECUÇÕES PÚBLICAS DE TRILHAS SONORAS DE FILMES. TABELA DE PREÇOS. LEGALIDADE. LEGITIMIDADE DO ECAD PARA COBRANÇA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, são devidos direitos autorais pela exibição pública de trilhas sonoras de filmes.

2. Este Tribunal Superior já assentou ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD.

3. A remansosa a jurisprudência desta Corte reconhece a legitimidade do ECAD para a cobrança de direitos autorais independentemente da prova da filiação do titular da obra.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg nos EDcl no REsp 885.783/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/5/2013, DJe 22/5/2013 – grifou-se).

"DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. FIXAÇÃO DE PREÇOS, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE VALORES. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS. MÚSICAS DE FUNDO. COMPETÊNCIA. REPRESENTAÇÃO. ASSOCIAÇÕES. INTERESSES PRIVADOS.

1. Discussão relativa à validade de deliberações de assembleias do ECAD que definiram critérios de distribuição dos valores arrecadados a título de direitos autorais referentes à exibição das músicas de fundo (background).

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma.

4. Esta Corte reconhece que, em se tratando de direito de autor, compete a ele a fixação do seu valor, que pode se dar, contudo, diretamente ou por intermédio das associações e do próprio ECAD.

5. Com o ato de filiação as associações atuam como mandatárias de seus filiados, na defesa dos seus interesses (art. 98 da Lei 9.610/98), inclusive e principalmente, junto ao ECAD.

6. O ECAD tem competência para fixar preços, efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais e as associações que o integram legitimamente representam os interesses dos seus filiados, autores das obras protegidas.

7. Não se vislumbra abusividade nas deliberações tomadas, que inclusive, levaram em conta a proporcionalidade da distribuição dos valores, e, assim, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas decisões do ECAD, que administra interesses eminentemente privados, para definir qual o critério mais adequado para a arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos dos autores das músicas de fundo (background).

8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

Superior Tribunal de Justiça

9. *Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido*" (REsp 1.331.103/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/4/2013, DJe 16/5/2013 – grifou-se).

Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, é válida a tabela de preços instuída pelo ECAD, não podendo o Poder Público ou o Judiciário modificar tais valores em face da natureza privada dos direitos postulados.

A propósito:

"DIREITOS AUTORAIS. EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. VALORES. TABELA PRÓPRIA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Os valores cobrados pelo ECAD são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos.

II - Nessa hipótese, o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor é do réu. Incidência, no caso, do art. 333, II, do CPC.

III - Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag 780.560/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 26/2/2007 - grifou-se).

"CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RESTAURANTE/BOATE. ECAD. VALORES. TABELA PRÓPRIA. VALIDADE.

I. Em estabelecimentos comerciais que funcionam como bar/restaurante/boate, a reprodução musical faz parte da própria natureza da atividade comercial, sendo devida a cobrança de direitos autorais.

II - Os valores cobrados pelo ECAD, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não estão sujeitos a tabela imposta por lei ou pelo Poder Judiciário. Precedentes do STJ.

III - Ao trazer documentos comprobatórios de pagamentos de mensalidades ao ECAD, reconhecendo que reproduz música ambiente para seus clientes, reconhece a ré o direito do autor.

Recurso especial provido" (REsp 509.086/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/8/2006, DJ 11/9/2006 - grifou-se).

"Direito autoral. Tabela de preços. Competência do ECAD.

1. Não cabe ao Poder Público estabelecer tabela de preços para a cobrança de direitos autorais, ausente qualquer comando legal nessa direção, competente, assim, o ECAD para tanto.

2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 163.543/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/1999, DJ 13/09/1999 -grifou-se).

5. Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, observando-se o prazo prescricional trienal, devendo incidir correção monetária e juros de mora a partir da data em que cometida a infração ao direito autoral.

Superior Tribunal de Justiça

Consequentemente, a recorrida arcará com as custas processuais e com os honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0265464-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.559.264 / RJ**

Números Origem: 01749584520098190001 1749584520098190001 20090011755928

PAUTA: 08/06/2016

JULGADO: 08/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S)
ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S)
RECORRIDO : OI MÓVEL S/A INCORPORADOR DO
- : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S)
BÁRBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Propriedade Intelectual / Industrial - Direito Autoral

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. Hélio Saboya Ribeiro dos Santos Filho, pelo Recorrente Escritório Nacional de Arrecadação e Distribuição - ECAD, e a Dra. Ana Tereza Palhares Basílio, pelas Recorridas OI MÓVEL S/A e TNL PCS S/A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, pediu VISTA o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Aguardam os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal.

Depreende-se dos autos que o Ecad propôs ação contra TNL PCS S.A. (Rádio Oi), na qual pretende a interrupção da execução e transmissão de obras musicais, literomusicais e fonogramas, enquanto não exibida a comprovação da autorização fornecida pelo Ecad.

A demanda foi julgada improcedente, advindo recurso de apelação, cujo julgamento concluiu, por maioria, no sentido de dar parcial provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 414-415):

DIREITO AUTORAL DIGITAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NA MODALIDADE DE TRANSMISSÃO DE FONOGRAMA POR MEIO DE REDE MUNDIAL DE COMPUTADOR – *SIMULCASTING* E *WEBCASTING* (TECNOLOGIA *STREAMING*).

COMUNICAÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD - ARTIGO 98 E 99 DA LEI 9610/98. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PATROCINADOR - ARTIGO 110 DA LEI 9610/90 C/C 275 DO CÓDIGO CIVIL.

FIXAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO PELO ECAD – 7,5% DO FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA COM PUBLICIDADE. APRECIÇÃO DA LIDE SOB O FOCO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL DA OBRIGAÇÃO E ABUSO DE PODER. NORMAS QUE CONSAGRAM DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTORIZAM A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS DE DIREITO PRIVADO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1- O ECAD TEM LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* PARA PROMOVER JUDICIALMENTE A COBRANÇA DOS DIREITOS AUTORAIS, EM DECORRÊNCIA DO DEVER DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO.

2- RESPONDEM SOLIDARIAMENTE POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS, EM AUDIÇÕES PÚBLICAS, O PROMOTOR DO ESPETÁCULO, O PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO E O RESPONSÁVEL PELO EVENTO - ART. 99, § 4º DA LEI 9.610/98. RESPONSABILIDADE ABRANGENTE DE TODOS QUE OBTÊM PROVEITO DAS TRANSMISSÕES.

3 – *SIMULCASTING* . TRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DIFUNDA POR MEIO DE SINAIS CONVENCIONAIS. NOVO RECOLHIMENTO.

DUPLA COBRANÇA SOBRE O MESMO FATO GERADOR. *BIS IN IDEM*. VEDAÇÃO.

4- *WEBCASTING*. TECNOLOGIA QUE POSSIBILITA O ENVIO DE INFORMAÇÕES ATRAVÉS DE PACOTES POR REDE DE COMPUTADORES. EXECUÇÃO DE ARQUIVO DE MÍDIA EM COMPUTADOR. DISTRIBUIÇÃO DIGITAL DE FONOGRAMAS. NOVO FATO GERADOR DA COBRANÇA DE DIREITO AUTORAL PELA UTILIZAÇÃO DE OBRA LÍTERO-MUSICAL.

5 – VALOR DA CONTRIBUIÇÃO DE EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRA MUSICAL FIXADO UNILATERALMENTE PELO ECAD. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SITUAÇÕES DIFERENCIADAS.

6- EXORBITÂNCIA. O PERCENTUAL DE 7,5% SOBRE A RECEITA BRUTA DA EMISSORA CONTRATANTE INDUZ À POSSIBILIDADE DE ABUSO DE DIREITO E ENCONTRA-SE DISSONANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

7- A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL NÃO TEM A AMPLITUDE PRETENDIDA PELO ECAD, QUE TENTA OCUPAR O ESPAÇO DO "VAZIO LEGISLATIVO" EM PREJUÍZO DO CRIADOR E DO INTERESSE DOS USUÁRIOS DE BENS INTELECTUAIS.

8- PERDAS E DANOS. DESACERTO NA INTERPRETAÇÃO SOBRE TRANSMISSÃO DE OBRA MUSICAL EM RÁDIO DIGITAL. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM RECOMPOSIÇÃO DE PERDAS E DANOS, EM VISTA DA REPOSIÇÃO DE VALORES EM COBRANÇA, OBJETO DA LIDE.

9 – TUTELA INIBITÓRIA. ARTIGO 105 DA LEI 9610/98. AUSÊNCIA DE DICOTOMIA ENTRE AS NECESSIDADES DO AVANÇO DA TECNOLOGIA, COM A CONSEQUENTE FACILIDADE DE DIPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS CRIATIVAS, E O DIREITO GARANTIDO AOS CRIADORES.

10- AS REGRAS QUE VISAM DISCIPLINAR E PROTEGER A UTILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NÃO DEVEM INVIABILIZAR, MESMO QUE TEMPORARIAMENTE, A DIFUSÃO DA INFORMAÇÃO E DA CULTURA – ARTIGOS 5º, INCISO XIV, E 215 DA CRFB. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Interpostos oportunamente embargos infringentes, foram eles providos, prevalecendo o voto divergente que mantinha a sentença de improcedência. O acórdão encontra-se assim ementado (e-STJ, fls. 574-575):

Direito Autoral. Transmissão de obras musicais através de site Internet de rádio online. Embargos Infringentes interpostos pela ré, objetivando reforma do acórdão para julgar improcedente o pedido referente à modalidade de transmissão webcasting. Voto majoritário que deu provimento parcial ao recurso da autora, afastando a cobrança na modalidade simulcasting e condenando a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade webcasting, ao reconhecer que nesta espécie há novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Voto vencido que entendeu que a sentença devia ser mantida, uma vez que o simulcasting é mero exercício da radiodifusão e que o streaming (webcasting) não se trata de modalidade de

execução pública. Como restou demonstrado nos autos, a modalidade webcasting é realizada através de uma técnica de transmissão de dados denominada streaming. Segundo a literatura técnica especializada, streaming é uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores, como a Internet. Na prática, para usufruir de conteúdo multimídia, o usuário acessa uma página de Internet (site) e solicita o envio (download) do arquivo que ele deseja. Inicia-se, então, a transferência do arquivo, através de uma transmissão dedicada entre o site de Internet e computador do usuário. No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade webcasting, tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva. Embargos infringentes providos, de modo a prevalecer o voto vencido.

Após opôs-se os embargos de declaração, que foram rejeitados.

Em suas razões recursais, o Ecad alega violação dos arts. 535 e 475-E do CPC/73 e 4º, 5º, 29, 31, 68, 97, 98 e 99 da Lei n. 9.610/98, além de dissídio jurisprudencial.

Em síntese, sustenta o recorrente:

- i) a existência de contradição no acórdão recorrido;
- ii) a transmissão de obras musicais por qualquer meio distinto da transmissão radiofônica não está abarcada pela autorização concedida;
- iii) a transmissão por webcasting deve ser compreendida como transmissão pública, ensejando a incidência de direitos autorais geridos pelo Ecad;
- iv) toda transmissão e comunicação de obras musicais, literomusicais ou fonogramas ao público deve estar sujeita à prévia autorização do Ecad, qualquer que seja a tecnologia empregada para sua exploração;
- v) cabe exclusivamente ao Ecad a fixação dos preços decorrentes da execução públicas de obras musicais, os quais são, por consequência, legais.

Em contrarrazões, a par de sustentar o não conhecimento do recurso especial, a recorrida pugna pela manutenção do acórdão, asseverando que o entendimento contrário resultaria em intolerável *bis in idem*.

Superior Tribunal de Justiça

Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso foi inadmitido, dando azo à interposição do AREsp n. 383.248-RJ, provido nos termos da decisão do relator.

Afetado o processo pela Terceira Turma e trazidos os autos a julgamento da Segunda Seção, após a realização de esclarecedora audiência pública, o Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva trouxe profícuo voto, no qual esclarece que as tecnologias de *streaming*, das quais são espécie o *webcasting* e o *simulcasting*, consistem meros canais para comunicação de conteúdos. Conclui ainda que a mera disponibilização ao público em geral, via internet - ambiente de frequência coletiva -, seria suficiente para caracterizar a execução pública. Noutros termos, conclui que a execução de obras musicais, literomusicais ou fonogramas via *streaming*, seja na modalidade *simulcasting*, seja na modalidade *webcasting*, estão sujeitas à exigência de prévia autorização e pagamento da correspondente contraprestação ao Ecad.

Pedi vista dos autos para refletir melhor sobre a matéria em debate.

Com todas as devidas e honrosas vênias ao relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e seu brilhante voto, peço licença para trazer outras luzes ao debate, que é muito novo e ainda muito controverso, seja no âmbito judicial, seja no âmbito legislativo, no Brasil e no mundo.

Começo alertando para o fato de que o meio virtual não é um meio homogêneo, de sorte que me parece prematura a extração de uma tese jurídica genérica. Nessa esteira, ressalto que não é a mera existência de determinado dado, no mundo virtual, que lhe assegura sua publicidade. Há ambientes virtuais indiscutivelmente privados e sigilosos (e.g., e-mails, sites de contas bancárias), bem como ambientes de acesso restrito (e.g., perfis sociais, conforme a configuração individual), ainda que essa privacidade não decorra diretamente de lei e seja assegurada tão somente por contrato. Tanto que não se pode olvidar a existência de diversos debates acerca dos deveres de confidencialidade e preservação de dados pessoais nas trocas eletrônicas, cuja regulação parece se encontrar em estágio até mais avançado que os debates acerca dos direitos autorais.

Com efeito, o ambiente virtual tem imposto ao legislador, ao operador do direito e à própria sociedade uma revisão de conceitos até então bem delimitados, de forma que o acesso a obras artísticas no meio virtual torna-se igualmente bastante controvertido. Não resta dúvida acerca da necessidade de se assegurar ao autor o

benefício econômico da utilização de sua obra, no entanto, a forma de remunerá-lo parece especialmente tormentosa diante do regramento jurídico adotado no Brasil.

Nesse diapasão, ressalto que percebo, com todo respeito, pouca utilidade à menção às diretivas europeias e convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual mencionadas no voto. Não porque sejam desimportantes ou irrelevantes, mas porque, no presente processo, não se debate a mera garantia quanto ao direito de retribuição por aquela execução realizada em ambiente virtual. Muito embora tanto a Diretiva 2001/29-CE como as convenções WCT e WIPP, negociadas por intermédio da OMPI, asseverem a necessidade de reconhecimento dos direitos patrimoniais decorrentes do direito do autor nas **três modalidades autônomas** de disponibilização de obra ao público (*making available*), deixou-se ao talante dos Estados signatários a regulação para proteção desses direitos.

Ademais, ressalto que a disponibilização via *streaming*, aqui realizada a partir de programa de radiodifusão "retransmitido" via internet, também não é uniforme. Há uma diversidade de disponibilizações - algumas com algum grau de interatividade, outras dependentes de atos dos próprios internautas para disponibilização da música no aplicativo, os quais por vezes correspondem aos próprios titulares dos direitos autorais, e outras automatizadas, independentes de qualquer participação do receptor -, de modo que parece, nesse momento, uma tarefa hercúlea extrair dos presentes autos, uma tese jurídica tão ampla quanto à proposta.

Assim, parece necessário sublinhar que o debate do presente recurso refoge ao mero entendimento quanto a serem ou não devidos direitos autorais pela utilização de obras musicais, literomusicais e fonogramas por meio das tecnologias de *streaming* via internet. Como bem delimitado pelo Relator, **a controvérsia se refere a definir se os direitos autorais devidos estão inseridos na esfera de gestão do Ecad**, a quem compete unicamente a arrecadação dos direitos autorais e conexos decorrentes da utilização de obras na modalidade de **comunicação ao público por execução pública**.

E nesse ponto específico é que se encontra o centro nevrálgico do debate: a disponibilização ao público de conteúdo, inserido pelo próprio provedor do conteúdo, consubstanciado em obras musicais via *streaming* na Internet é reprodução ou distribuição dessas obras - o que dá ensejo ao pagamento individualizado dos

direitos autorais - ou é comunicação ao público, na modalidade de execução pública, das mesmas obras - o que, por sua vez, assegura o pagamento da retribuição ao Ecad?

1. Gestão coletiva de direitos autorais

Antes de adentrar o cerne da questão *sub judice*, contudo, parece relevante revisitar os contornos e limites da atuação do Ecad, enquanto entidade centralizadora da arrecadação e distribuição de *royalties* relativos à gestão coletiva dos direitos autorais, bem como a finalidade prática da adoção dessa engenharia institucional, valorada juridicamente, a fim de manter-se a coerência do sistema brasileiro.

Em linhas gerais, a história da formação e consolidação dos direitos de autor teve trajetória semelhante no Brasil e no mundo e pode ser atribuída em grande medida às organizações de autores em associações.

Desde a primeira iniciativa brasileira de gestão coletiva atribuída à Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), fundada em 1917, conforme relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal, instituída em 2011, para investigação da arrecadação e distribuição de direitos autorais pelo Ecad (“CPI do Ecad”), até a constituição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), houve diversas tentativas para congregar os autores de músicas e obras lítero-musicais, as quais sucessivamente romperam-se ou reorganizaram-se para acomodar interesses dissidentes e por vezes contrapostos, em razão da constante tensão entre autores e editores.

Ainda segundo os dados históricos levantados no referido relatório, a ideia de uma arrecadação centralizada, originada essencialmente de uma decisão de autorregulação teve manifestações em diversos Estados mundo afora e culminou, no Brasil, na união das associações existentes à época para formar um escritório central denominado Serviço de Defesa do Direito do Autor (SDDA), em 1966. As tensões, contudo, não se equilibraram, o que teria propiciado as condições necessárias para regulação estatal manifestada na edição da Lei n. 5.988/1973, que determinou a organização de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), bem como

de seu correspondente órgão regulatório, o Conselho Nacional de Direito Autoral.

Com o advento da atual Lei n. 9.610/1998, extinguiu-se o ente regulatório estatal, porém manteve-se a estrutura privada e obrigatória do Ecad.

Nesse quadro, releva anotar que a entidade recorrente é associação civil, portanto, de natureza privada, constituída pelas associações de direitos do autor e conexos, as quais, por sua vez, são mandatárias dos titulares de obras musicais a elas filiados. Seu escopo legalmente definido consiste em cobrar e defender os direitos patrimoniais decorrentes da utilização de obras musicais e lítero-musicais protegidas, o qual é exercido com exclusividade – em regime de monopólio legal.

Esse regime sempre esteve atrelado ao fundamento fático da dificuldade prática natural de o autor controlar a exploração da obra imaterial por parte de terceiros, bem como de o utente alcançar o autor e eventual titular dos direitos correspondentes a cada uma das obras que pretendesse utilizar. Isso porque as obras imateriais são passíveis de utilizações simultâneas, em diferentes locais e combinadas com outras inúmeras obras. Por sua vez, a gestão coletiva, além de centralizar e reduzir os custos de transação, viabiliza a concessão de licenças em bloco (*blanket license*), garantindo ao utente o uso seguro de milhares de obras. Trata-se, portanto, de um inegável e eficiente redutor de complexidades, seja sob a ótica jurídica, seja sob a ótica econômica e social.

Todavia, esse regime tem seus efeitos colaterais que não podem ser ignorados e que justificam a restrição de sua gestão aos atos de comunicação de obras ao público, exclusivamente, sob a modalidade de execução pública ou representação.

Nessa toada, José de Oliveira Ascensão aponta quatro relevantes distorções jurídicas causadas pela adoção desse regime de substituição monopolística dos autores (Direito Civil: direito de autor e direitos conexos. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 691-693): *i*) a impossibilidade prática de o autor eleger seu representante em razão da representação obrigatória ("[o] autor é a pessoa de quem se fala; mas não é a pessoa que fala" (p. 691)); *ii*) o esmorecimento do direito individual à concessão, com poder de escolha acerca da utilização que se fará da obra, em razão das licenças prévias e genéricas; *iii*) a obra em si perde sua individualidade, convertendo-se num bem de massa; e *iv*) as obras são remuneradas a

granel, por peso, independentemente de seu eventual valor individual. Daí conclui o professor português, mais adiante (p. 697):

As críticas à actuação das entidades de gestão vêm de muito longe. A visão miserabilista do autor difundida por essas entidades não corresponde a opulência que elas próprias demonstram. Põem-se em causa os critérios de cobrança e repartição, que são soberanamente estabelecidos por essas entidades. Fazem-se graves acusações à sua isenção. Para além disso, as numerosas providências de protecção dos autores estabelecidas na lei vão afinal beneficiar estas entidades. Há nomeadamente privilégios de execução prévia que desequilibram a posição dos interessados. As entidades de gestão vêm-se assim revestidas indirectamente de poderes de autoridade.

A despeito da pertinência das críticas e das consequências económicas da opção por esse regime monopolista, volta-se a afirmar que a atuação centralizada do Ecad, além de respaldada na lei vigente, cuja validade já foi confirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, é o modelo necessário para se regular serviços de execução pública. A realidade empírica revela que, muitas vezes, os próprios executores desconhecem quais serão as obras executadas: é corriqueiro que músicas sejam tocadas como som ambiente, reproduzidas de uma rádio ou de coletâneas selecionadas aleatoriamente, com total descontrolo acerca da titularidade dessas obras.

O reconhecimento dessas vantagens tem sido apontado como a causa do crescimento do número de entidades de gestão coletiva de direitos autorais, muito embora existam estudos que apontem, para esse crescimento, outros motivos menos nobres (v.g., práticas anticoncorrenciais para dificultar a entrada de novos autores no mercado da música).

Nesse cenário controverso, o Poder Judiciário deve conservar posição sóbria e prudente, a fim de garantir a aplicação da lei vigente porém respeitando seus limites definidos pelo legislador, não devendo assim ampliar o espaço legalmente demarcado para a atuação de entidade sob pena de acrescer danos sociais laterais não admitidos pela lei vigente. Com esse pano de fundo, passa-se à questão central do recurso.

2. Distribuição, reprodução e execução pública de obras musicais

O relator enfatiza o problema de classificação da utilização da obra

protegida ao lembrar em passagem do seu voto que "hoje, o que importa é o acesso, e não mais a propriedade ou posse da mídia física (seja vinil, CD ou qualquer outra forma de corporificação da obra) ou virtual" (p. 6). A despeito de seu voto, mais à frente, afastar o acesso via *streaming* do regramento da distribuição lembrando a inexistência de transferência de posse como condição para sua caracterização, o voto não enfrenta a possibilidade de sua inclusão na categoria de reprodução.

De fato, no sentido legal de distribuição, ao condicioná-la à posse, o legislador afasta qualquer intenção de alcançar o *streaming*, e, nesse ponto, acompanho a fundamentação do relator. No entanto, não me parece igualmente adequada de forma ampla sua compreensão como execução pública.

A redação do art. 5º, VI, da Lei n. 9.610/98, determina que a reprodução corresponde à cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido. Ao regulamentar o exercício dos direitos de reprodução, o legislador admite expressamente a possibilidade de colocação da obra à disposição do público (art. 30 da Lei n. 9.610/98), estabelecendo ainda a obrigatoriedade de manter o controle do número de reproduções, por aquele que a reproduzir, a fim de permitir o controle e a fiscalização por parte do autor, nos seguintes termos:

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

.....
§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

Por sua vez, a comunicação ao público na modalidade de execução pública é definida como a utilização, em locais de frequência coletiva, inclusive por meio de radiodifusão ou qualquer outra modalidade de transmissão, conforme se denota do art. 68, § 2º, da referida lei.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas,

remunerados ou não, ou **a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos**, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

Com efeito, no intuito de dar amplitude aos direitos do autor, a redação dos conceitos legais de execução pública e reprodução são tão abertos que dificultam ao intérprete o alcance de uma compreensão exata. Nesses termos, ganha relevância central a distinção legal entre os dois eventos fáticos, a qual, reside na exigência de um local de frequência coletiva, associada à comunicação indiscriminada da obra. Torna-se assim imprescindível o enfrentamento do conceito de local de frequência coletiva, no contexto da rede mundial que, como alertado, não pode ser compreendida como um ambiente homogêneo, ou seja, integralmente coletivo, além de seu entrelaçamento com o vínculo de individualização do público receptor.

Muito embora a lei de regência proponha a definição de local de frequência coletiva a partir da enumeração de um rol exemplificativo, os locais expressamente mencionados denotam como característica essencial o acesso transitório de pessoas ao mesmo local. Nota-se que o quarto de hotel, ainda que frequentado individualmente, após o determinado prazo de estadia individual estará disponível para ser frequentado por outra pessoa, mantendo-se estritamente o mesmo local, o mesmo quarto de hotel, inalterado pelas características de quem o ocupa. Noutros termos, o local não muda de acordo com o acesso.

No ambiente virtual, há "locais" que, da mesma forma, tem seu acesso franqueado a qualquer pessoa, que adentrará exatamente o mesmo local, caso em que todos os frequentadores poderão ter acesso ao mesmo conteúdo ofertado.

A esse conceito, contudo, deve-se acrescer a execução pública da obra. Ou seja, em local de acesso coletivo, aberto a qualquer internauta, o conteúdo deverá ser disponibilizado de forma automática, podendo depender ou não de comando para iniciar o processo (apertar o *play*), mas a programação seguirá tal qual para qualquer outro internauta que se encontre simultaneamente acessando aquele conteúdo. Aí estará configurada a comunicação de obra ao público mediante sua execução pública, tal qual ocorre na transmissão, via *streaming* na modalidade *simulcasting*, por exemplo, ou ainda nos casos de sonorização ambiental de sítios eletrônicos.

Por sua vez, há "locais" virtuais que a despeito da abertura franqueada

ao público, ou seja, a caracterização de um acesso indiscriminado aos internautas, não há a execução pública de músicas, mas execução individual. E enquanto fato concreto, não se está diante de nenhuma novidade - rememore-se que também em lojas físicas, em que se ofertava à venda CDs, LPs e K7s, era comum se disponibilizar ao consumidor a degustação de trechos do bem que se pretendia adquirir, não de forma coletiva, mas de forma individualizada (em fones de ouvido, por exemplo). A disponibilidade pública, no sentido de acesso assegurado aos consumidores interessados, realizada sem sonorização ambiente, todavia, não ensejava, nem nunca ensejou, a cobrança de retribuição ao Ecad.

No ponto, ressalto que nem mesmo o Ecad pretendia cobrar a retribuição nessas hipóteses, como se depreende, a *contrario sensu*, da leitura de trecho de sua argumentação relatada em agravo em recurso especial por ele interposto perante esta Corte Superior e não admitido em decisão monocrática do então relator Min. Marco Buzzi (AREsp n. 143.146-DF, 07/08/2015):

Argumenta o apelante [Ecad] que as apeladas não executam as obras com o fim exclusivo de demonstração à clientela, mas sonorizam todo o ambiente das suas lojas, incluindo as áreas externas, o que atrairia a incidência do art. 29, inc. VIII, "f", daquele mesmo Diploma Legal (...)

Nessas hipóteses, ainda que a loja configure indiscutivelmente local de frequência coletiva, deve ser afastada a caracterização da comunicação ao público ante a ausência da execução pública. Do mesmo modo, a reprodução de programação armazenada por qualquer meio tecnológico em banco de dados, posteriormente colocado à disposição do público para acesso individualizado (*streaming* na modalidade *webcasting*, seguindo a classificação adotada pelo voto do relator, por exemplo) também não pode ser compreendida no conceito de comunicação ao público, porquanto afastada a execução pública da obra.

Frise-se, uma vez mais, que não se trata de afastar a incidência de direitos autorais, mas de afastar a gestão coletiva pretendida pelo Ecad.

Outra situação é aquela em que o internauta, muito embora acesse um provedor de conteúdo que oferte músicas ao público, conta com um "local" que mais do que reservado, lhe é exclusivo. Nesse local, somente se adentra a partir da identificação pessoal e personalíssima do internauta, normalmente com o fornecimento de senha pessoal e intransferível, de forma que a execução da obra além de não ser

pública, mas individualizada, sequer pode ser considerada como realizada em local de frequência coletiva (por exemplo, os recentes aplicativos que permitem ampla interatividade aos internautas).

Nesses dois últimos casos, apesar de se configurar a disponibilização de obra protegida ao público, essa disponibilização se afasta da modalidade de execução pública, ora em razão da ausência de um local de frequência coletiva, ora pela mera execução individualizada da música. Assim, ainda que realizada por uma empresa de radiodifusão, cujo negócio é dedicado precipuamente à execução pública de obras, a disponibilidade ao público de uma lista ou uma programação já transmitida para acesso individualizado não se confunde com o seu negócio tradicional.

Com efeito, a disponibilidade desse novo serviço (via *webcasting*) é uma nova exploração, que configura, nos termos, da lei modalidade autônoma, **dependente de autorização e retribuição próprias, porém apartada do âmbito de atuação do Ecad**. Note-se que essa distinção essencial entre os dois serviços de disponibilidade de obras - comunicação ao público, de um lado, e reprodução e distribuição, de outro - é perceptível desde a Convenção de Berna (internalizada pelo Decreto n. 75.699/75) que, em seu artigo 11 *bis* veda, em regra, àqueles autorizados a executar publicamente por meio de radiodifusão ou qualquer outro meio o direito de gravar ou fixar as obras transmitidas, nos seguintes termos:

1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radio difundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radio difundida.

2) Compete às legislações dos Países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1) do presente Artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração eqüitativa, fixada na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.

3) **Salvo estipulação em contrário, as autorizações concedidas nos termos do parágrafo 1) do presente Artigo não implicam autorização de gravar, por meio de instrumentos que fixam os sons ou as imagens, as obras radio difundidas.** Entretanto, os países da União reservam-se a faculdade de determinar nas suas

legislações nacionais o regime das gravações efêmeras realizadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação de tais gravações em arquivos oficiais atendendo ao seu caráter excepcional de documentação.

Assim, deve-se concluir que o serviço de disponibilização ao público, via *webcasting*, de obras transmitidas originariamente por meio de radiodifusão configura um novo serviço, autônomo e distinto da execução pública. Esse novo serviço, embora exponha a obra à coletividade, apenas viabiliza o consumo individual e temporário, que será concretizado apenas a partir da integração da vontade do consumidor, que optará por recebê-la no momento que lhe convier.

Mais uma vez, a situação fática percebida em razão das peculiaridades do mundo digital não é nenhuma novidade quando transportada para o mundo físico. Com efeito, assim como sempre se reconheceu a possibilidade de execução particularizada em ambiente de frequência coletiva, como no exemplo das lojas físicas de venda de fonogramas, também convivemos longamente com o mercado de aluguel de vídeos, atualmente substituídos em larga medida pelos mesmos serviços de *streaming*, o que reforça sobremaneira o reconhecimento de que este novo serviço não é execução pública.

Aliás, não se pode desconsiderar o fato de que a disponibilização digital de obras musicais e audiovisuais ao público veio à lume como uma forma eficiente de se contornar os *downloads* realizados por meio de tecnologias *peer to peer* (p2p) que escapavam à disciplina dos direitos autorais e aniquilavam a indústria da música e áudio-visuais. Assim, longe de ser vilã ou de se opor às grandes corporações ou aos músicos - autores ou detentores de direitos conexos -, essas tecnologias serviram de alternativa permitindo um novo desenho de negócio para distribuição e reprodução de obras autorais. Corroborando esse entendimento, o professor Pedro Paranaguá lembra, em sua obra, declaração do então diretor-presidente da EMI Alain Levy, em 2006, de que o CD "tal como o conhecemos hoje, está morto". (PARANAGUÁ, P. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2009, p. 90).

No mesmo sentido, estatísticas da *Recording Industry Association of America* – RIAA, bem como da *International Federation of the Phonographic Industry* – IFPI, evidenciam um expressivo crescimento da participação dos serviços de *streaming*

no total de faturamento da indústria fonográfica, tomando-se em consideração exclusivamente os pagamentos não relacionados às licenças compulsórias (*statutory licenses*), o que se supõe refletir em igual crescimento em favor do autor vinculado a essa indústria por meio de contratos privados.

Com efeito, os dados disponíveis revelam que as rendas advindas dos serviços via *streaming*, em meados de 2016, já correspondiam a 47% de todo o faturamento da referida indústria no mercado norte-americano (http://www.riaa.com/wp-content/uploads/2016/09/RIAA_Midyear_2016Final.pdf), e a 45% do mercado global, neste índice incluídos também os downloads (<http://www.ifpi.org/facts-and-stats.php>). Daí parece possível se concluir pela independência do mercado da música em relação a órgãos centralizadores, como o Ecad, quando se trata da utilização de músicas via *streaming*.

Destarte, é razoável admitir que a disponibilização de músicas via *streaming*, ressalvados os casos de execução genérica e independente tais como a sonorização ambiental e o *simulcasting*, é o sucessor no mundo atual e virtual das antigas mídias físicas, que eram - e continuam sendo - consumidas individualmente e, em regra, livres da contruibuição ao Ecad. Opor-se a essa evolução tão somente pela possibilidade de uma alcance expressivo e pela dificuldade de asseverar a inexistência desvios na sua utilização individualizada (v.g., o utente utilizar a transmissão para sonorização ambiental de locais de frequência coletiva) é tão desproporcional quanto o debate travado nos anos 80 quando se pretendia obstar a venda dos revolucionários videocassetes Betamax da Sony porque possibilitavam a realização de cópias não autorizadas de vídeos protegidos pelos direitos de *copyrights* norte-americanos (*Betamax Case*, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/#445>).

Em síntese, apenas as execuções lineares e não interativas, disponibilizadas de forma irrestrita e indeterminada – a todo e qualquer internauta que acesse o local e se limite a iniciar o processo (apertar o "play" ou ligar o aparelho) - reúnem as condições para caracterização de comunicação ao público por execução pública: local de frequência coletiva e execução indiscriminada, o que, no caso dos autos, fica limitada à execução via *streaming* classificada pelos próprios recorrentes como *simulcasting*.

3. Streaming na modalidade *simulcasting* de programas transmitidos originariamente por radiodifusão. Duplicidade de retribuição.

Nessa ordem de ideias, afastada peremptoriamente a pretensão de pagamento de retribuição ao Ecad pela exploração de serviços fornecidos por meio da tecnologia *streaming* na modalidade *webcasting* de transmissão não simultânea, impõe-se o enfrentamento da tese de dupla incidência de retribuição de direitos autorais agasalhada no acórdão recorrido em especial no que tange à modalidade *simulcasting*.

É incontroverso nos autos da presente demanda que a recorrida mantém contrato com o recorrente e paga mensalmente a retribuição devida para comunicação ao público na modalidade de execução pública de obras protegidas por direitos autorais, comunicação esta que era ordinariamente realizada por meio de transmissão por radiodifusão. Surge daí a argumentação de que a transmissão simultânea por meio tecnológico diverso não consiste nova utilização de obra protegida, de forma que a cobrança de *royalties* já pagas em razão da mesma programação resultaria em cobrança dúplice (*bis in idem*).

O texto da Lei n. 9.610/98, de fato, não deixa espaço para interpretação no sentido de que a execução pública, independentemente do meio tecnológico utilizado para o atendimento desse objetivo, é fato gerador da obrigação de pagamento de retribuição ao Ecad, para posterior distribuição aos detentores dos direitos autorais e conexos. Nessa ordem de ideias, caracterizando-se a transmissão via *simulcasting* como efetiva comunicação ao público na modalidade execução pública, o fato dessa comunicação não ocorrer pelos tradicionais canais de radiodifusão, não afasta a necessidade de contratação e retribuição ao Ecad pela efetiva utilização das obras. Essa afirmação aplica-se integralmente àqueles que se dediquem a explorar serviços análogos aos das rádios tradicionais exclusivamente por meio da internet, ou seja, àqueles que disponibilizem em sítios eletrônicos ou aplicativos digitais a transmissão linear e não-interativa de músicas, dirigidas e disponibilizadas à coletividade, em contraposição à transmissão individualizada.

Com efeito, essa regra deve ser compreendida e interpretada de acordo com o princípio fundamental que orienta toda a regulação global relacionada a telecomunicações e serviços eletrônicos, qual seja, o da neutralidade tecnológica,

consectário do mais amplo princípio da não-discriminação. Embora o termo não seja unívoco, sua adoção tem demonstrado a necessidade de se reconhecer globalmente que o tratamento regulatório interno dado a determinado mercado deve ser isonômico, evitando-se que a regulação acabe por eleger vencedores ou perdedores apenas em razão da tecnologia utilizada. Em termos concretos, no que importa no caso, não se pode admitir que o meio tecnológico escolhido para comunicar obras musicais ao público determine qual a regulação incidente.

Nessa trilha, deve-se notar que essa foi a exata compreensão do legislador ao definir por fato gerador, não a forma de transmissão eleita, mas o ato concreto de executar publicamente obras autorais, seja essa comunicação realizada por qualquer meio tecnológico disponível. De outra banda, assegurado por contrato o direito de comunicar a obra ao público, cabe tão somente ao agente selecionar dentre as tecnologias existentes aquelas que melhor lhe aprouver.

Pois bem, tratando-se de transmissão simultânea executada exatamente pela mesma pessoa, física ou jurídica, contratante e pagadora de retribuição de direitos autorais, a nova cobrança pretendida redundava em duplicidade de cobrança. Duplicidade esta que não encontra em sua origem a prestação de um novo serviço.

Essa duplicidade fica ainda mais clara em razão da forma de fixação do preço eleita pelo recorrente Ecad, cuja legalidade é reafirmada em sua petição de recurso especial.

Consta do acórdão de apelação, em que se reconheceu o direito do Ecad de cobrar os *royalties* pela transmissão pretendida, que o preço é definido com base no faturamento bruto da empresa com publicidade (e-STJ, fl. 431):

In casu, o critério de cobrança pretendido é com base na receita da empresa no percentual de 7,5% sobre o faturamento bruto com publicidade, contudo, esse critério possui o risco de alcançar parte exacerbada dos ganhos da empresa, podendo inclusive tornar inviável a atividade, principalmente se considerarmos que o faturamento bruto real engloba vários elementos além das obras sujeitas a pagamento de direitos autorais.

Por óbvio, o faturamento bruto de uma empresa que obtém suas receitas quase que exclusivamente da publicidade refletirá o ganho percebido na exploração do serviço de execução pública por qualquer meio tecnológico. Assim, é razoável concluir que o preço fixado alcançará igualmente a nova receita eventualmente obtida com a

exploração via *streaming* por *simulcasting* e *webcasting* (que sequer seria devida), bem como aquela gerada pela exploração tradicional do serviço por radiodifusão.

Daí forçosa a conclusão de que, no caso concreto, o reconhecimento da obrigação de pagamento da retribuição pretendida desaguará em inevitável duplicidade de pagamento e enriquecimento indevido para o recorrente que já recebe pela utilização lícita e contratada de comunicação ao público por execução pública.

Diferente seria a situação em que se verificasse a existência de um acréscimo sensível de faturamento, o qual não estivesse refletido no preço livremente negociado entre as partes, afinal não se desconhece que casos há em que os contratos são negociados entre Ecad e entidades privadas dedicadas à utilização de obras autorais com concessões recíprocas. Nesses casos, seria lícito se perquirir, inclusive facultando às partes dilação probatória apropriada, a extensão da retribuição em face do acréscimo real e concreto decorrente da amplitude alcançada pela nova tecnologia empregada.

Essa, contudo, não parece ser a hipótese dos autos, porquanto se pretende, como consignado, a obtenção de uma retribuição que redunde em duplicidade de pagamento e enriquecimento indevido, alcançando inclusive os ganhos decorrentes dos serviços prestados de forma individualizada (*webcasting*), os quais estariam afastados do pagamento de *royalties* ao Ecad, na medida em que a pretensão de cobrança adota uma base de cálculo excessivamente ampla – "faturamento bruto com publicidade" –, aparentemente indiferente ao serviço em que gerado o faturamento publicitário.

Diante dessas considerações, com renovadas vênias ao meticuloso voto do relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ousou dele divergir para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0265464-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.559.264 / RJ

Números Origem: 01749584520098190001 1749584520098190001 20090011755928

PAUTA: 09/11/2016

JULGADO: 09/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S) - RJ068819
ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620
RECORRIDO : OI MÓVEL S/A INCORPORADOR DO
- : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S) - RJ074802
BÁRBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO E OUTRO(S) - DF036208

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Propriedade Intelectual / Industrial - Direito Autoral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze abrindo a divergência e negando provimento ao recurso especial, pediu VISTA regimental o Sr. Ministro Villas Bôas Cueva, Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Raul Araújo.

Presidiu o julgamento, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0265464-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.559.264 / RJ

Números Origem: 01749584520098190001 1749584520098190001 20090011755928

PAUTA: 14/12/2016

JULGADO: 14/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S) - RJ068819
ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620
RECORRIDO : OI MÓVEL S/A INCORPORADOR DO
- : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S) - RJ074802
BÁRBARA VAN DER BROOCKE DE CASTRO E OUTRO(S) - DF036208

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Propriedade Intelectual / Industrial - Direito Autoral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator, que iria proferir voto-vista regimental.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Meu voto teve por fim analisar (i) se a transmissão de obras musicais via *streaming* pode ser objeto da gestão coletiva exercida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), entidade responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos relacionados unicamente à execução pública, e (ii) se a difusão mediante *simulcasting* caracteriza-se como meio autônomo de uso de criação intelectual a ensejar nova cobrança do ECAD.

Para tanto, inicialmente, foi analisado se o uso de obras musicais e fonogramas por meio da tecnologia *streaming* é alcançado pelo conceito de execução pública, à luz da Lei nº 9.610/1998.

Como pontuado, a execução pública encontra-se disciplinada no art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998, com a seguinte redação:

"Capítulo II - Da Comunicação ao Público

Art. 68. 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.

(...)

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas."

Assim, a partir das definições acima mencionadas, concluiu-se que a transmissão digital via *streaming* é uma forma de execução pública, pois, nos termos da lei, considera-se execução pública a utilização de obra literomusicais, em locais de frequência coletiva (internet), transmitidas por qualquer modalidade (ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio, cabo ou outro condutor meios óticos ou outro processo eletromagnético – art. 5º, inciso II, da Lei nº 9.610/1998), o que, indubitavelmente, inclui a internet.

Superior Tribunal de Justiça

Destacou-se que o fato de a obra intelectual estar à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet, por si só, torna a execução musical pública, sendo relevante, para o legislador, tão somente a utilização das obras por uma coletividade frequentadora do universo digital, que poderá quanto quiser acessar o acervo ali disponibilizado.

Isso porque, como visto, é a própria lei que define local de frequência coletiva como o ambiente em que a obra literomusical é transmitida, no qual ela é propagada; na hipótese, a internet é onde a criação musical é difundida.

Logo, a configuração da execução pública não se dá em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o *site*, mas, sim, pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, isto é, ao público em geral, o acesso ao conteúdo musical.

Também foi ressaltado que o *streaming* interativo (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998), modalidade em que a seleção da obra é realizada pelo usuário, está ligado ao denominado "direito de colocar à disposição ao público", situando-se no âmbito do direito de comunicação ao público, e não no campo do direito de distribuição, conclusão que está em harmonia com as diretrizes adotadas pela maioria dos países da União Europeia.

Assim, quanto à questão, o ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial. Por conseguinte, as transmissões via *streaming*, tanto na modalidade *webcasting* como na modalidade *simulcasting*, são tidas como execução pública de conteúdo, legitimando a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais pelo ECAD.

No que tange à compreensão de que o *simulcasting* como meio autônomo de uso de criação intelectual enseja nova cobrança do ECAD, destacou-se que a solução está prevista na própria Lei nº 9.610/1998, em seu art. 31, que estabelece que para cada utilização da obra literária, artística, científica ou de fonograma, uma nova autorização deverá ser concedida pelos titulares dos direitos.

Eis a redação do mencionado artigo:

"Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais." (grifou-se)

Tendo como ponto de partida o dispositivo acima, restou evidenciado que toda

Superior Tribunal de Justiça

nova forma de utilização de obras intelectuais - na hipótese, o *simulcasting*, transmissão simultânea via internet - gera novo licenciamento e, conseqüentemente, novo pagamento de direitos autorais.

Enfatizou-se que o critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral está relacionado com a modalidade de utilização e não com o conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito de o conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tornando exigível novo consentimento para utilização, caracterizando, desse modo, novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Em desfecho, assentou-se que: i) é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*), pois enquadram-se como atos de execução pública de obras musicais aptos a ensejar pagamento ao ECAD, e ii) a transmissão de músicas mediante o emprego da tecnologia *streaming* na modalidade *simulcasting* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD, conferindo-se, assim, o provimento ao recurso especial.

Em síntese, esses foram os pontos principais trazidos para exame na Segunda Seção desta Corte, no dia 8/6/2016.

Trazendo outras luzes ao debate, o eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 9/11/2016, apresentou voto divergente.

O ponto central do dissenso reside no fato de Sua Excelência entender que o *streaming* na modalidade *webcasting* é modo de utilização de obras intelectuais ligado ao direito de reprodução (art. 5º, VI, da Lei nº 9.610/1998) e não ao de comunicação ao público (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998), porque compreende que não configurada a execução pública.

Nesse sentido, destaca que:

(...)
Há locais virtuais que a despeito da abertura franqueada ao público, ou seja, a caracterização de um acesso indiscriminado aos internautas, não há execução pública de músicas, mas execução individual. E enquanto fato concreto, não se está diante de nenhuma novidade – rememore-se que também em lojas físicas, em que se ofertava à venda CDs, LPs e K7s, era comum se disponibilizar ao consumidor a degustação de trechos do bem que se pretendia adquirir, não de forma coletiva, mas de forma individualizada (em fones de ouvido, por exemplo). A disponibilidade pública, no sentido de acesso assegurado aos consumidores interessados, realizada sem sonorização ambiente, todavia, não enseja, nem nunca ensejou, a cobrança de retribuição ao Ecad.

(...)
Nessas hipóteses, ainda que a loja configure indiscutivelmente local de frequência coletiva, deve ser afastada a caracterização da

Superior Tribunal de Justiça

comunicação ao público ante a ausência da execução pública. Do mesmo modo, a reprodução de programação armazenada por qualquer meio tecnológico em banco de dados, posteriormente colocado à disposição do público para acesso individualizado (streaming na modalidade webcasting, seguindo a classificação adotada pelo voto do relator, por exemplo) também não pode ser compreendida no conceito de comunicação ao público, porquanto afastada a execução pública da obra.

Frise-se, uma vez mais, que não se trata de afastar a incidência de direitos autorais, mas de afastar a gestão coletiva pretendida pelo Ecad.

Outra situação é aquela em que o internauta, muito embora acesse um provedor de conteúdo que oferte músicas ao público, conta com um 'local' que mais do que reservado, lhe é exclusivo. Nesse local, somente se adentra a partir da identificação pessoal e personalíssima do internauta, normalmente com o fornecimento de senha pessoal e intransferível, de forma que a execução da obra além de não ser pública, mas individualizada, sequer pode ser considerada como realizada em local de frequência coletiva (por exemplo, os recentes aplicativos que permitem ampla interatividade aos internautas).

Nesses dois últimos casos, apesar de se configurar a disponibilização de obra protegida ao público, essa disponibilização se afasta da modalidade de execução pública, ora em razão da ausência de um local de frequência coletiva, ora pela mera execução individualizada da música. (...).

(...)

Assim, deve-se concluir que o serviço de disponibilização ao público, via webcasting, de obras transmitidas originariamente por meio de radiodifusão configura um novo serviço, autônomo e distinto da execução pública. Esse novo serviço, embora exponha a obra à coletividade, apenas viabiliza o consumo individual e temporário, que será concretizado apenas a partir da integração da vontade do consumidor, que optará por recebê-la no momento que lhe convier.

(...)

Destarte, é razoável admitir que a disponibilização de músicas via streaming, ressalvados os casos de execução genérica e independente tais como a sonorização ambiental e o simulcasting, é o sucessor no mundo atual e virtual das antigas mídias físicas, que eram – e continuam sendo – consumidas individualmente e, em regra, livre de contribuição ao Ecad.” (sem grifo no original).

Depreende-se, portanto, que, em essência, o voto divergente asseverou que a ausência de um local de frequência coletiva e de simultaneidade e a execução individualizada da música afastam a caracterização de comunicação ao público por execução pública na execução via *streaming* na modalidade *webcasting*.

Em suma, enfatizou que "*apenas as execuções lineares e não interativas, disponibilizadas de forma irrestrita e indeterminada – a todo e qualquer internauta que acesse o local e se limite a iniciar o processo (apertar o 'play' ou ligar o aparelho) – reúnem as condições para caracterização de comunicação ao público por execução pública*", concluindo que somente a transmissão por *simulcasting* atende tais requisitos e enquadra-se como ato de execução pública.

Outro tema discrepante diz respeito à cobrança de *royalties* pela transmissão via

Superior Tribunal de Justiça

simulcasting. Foi ressaltado que o fato gerador definido pela Lei nº 9.610/1998 é o ato concreto de executar publicamente obras autorais, independentemente do meio tecnológico utilizado para a comunicação, e não a forma de transmissão eleita, "*assegurado por contrato o direito de comunicar a obra ao público, cabe tão somente ao agente selecionar dentre as tecnologias existentes aquelas que melhor lhe aprouver*". Desse modo, aduziu que a transmissão por *simulcasting* não enseja novo pagamento de direitos autorais, que já foram recolhidos em virtude da transmissão por radiodifusão.

Além disso, acentuou que a duplicidade fica clara em vista da forma de fixação do preço pelo ECAD, que utiliza como base o faturamento bruto da empresa com publicidade:

"(...)

Por óbvio, o faturamento bruto de uma empresa que obtém suas receitas quase que exclusivamente da publicidade refletirá o ganho percebido na exploração do serviço de execução pública por qualquer meio tecnológico. Assim, é razoável concluir que o preço fixado alcançará igualmente a nova receita eventualmente obtida com a exploração via streaming por simulcasting e webcasting (que sequer seria devida), bem como aquela gerada pela exploração tradicional do serviço por radiodifusão".

Por fim, do voto divergente colhem-se as seguintes conclusões: i) que a utilização de obras musicais via *webcasting* não se configura como comunicação ao público por execução pública, o que afasta o pagamento da retribuição ao ECAD, e ii) que a transmissão via *simulcasting* não enseja novo pagamento de *royalties* ao ECAD, negando-se, portanto, provimento ao recurso especial.

Diante do combativo voto da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, pedi vista dos autos para melhor exame dos seus judiciosos fundamentos. Contudo, a despeito dos relevantes aspectos contrapostos, mantenho na íntegra o entendimento anteriormente esposado.

A Lei Autoral estabelece expressamente que é considerada execução pública a utilização de obras musicais, em locais de frequência coletiva, transmitidas por qualquer meio. Isso significa que a simples disponibilização/transmissão do acervo musical pelo provedor já é apta a caracterizar a execução como pública.

Como já mencionado, os critérios determinantes para a caracterização de execução pública de obra musical são aqueles previstos na Lei nº 9.610/1998, e dela não se extrai que a interatividade, a simultaneidade na recepção do conteúdo e a pluralidade de pessoas são fatores para definir uma execução como pública.

No tocante ao critério da pluralidade de usuários, a jurisprudência desta Casa é firme no sentido de afastar da noção de local de frequência coletiva a necessidade de aglomeração de pessoas, como no notório caso de uso de sonorização em quartos de hotel.

Superior Tribunal de Justiça

No que diz respeito à simultaneidade na recepção do conteúdo, tido como requisito imprescindível para a caracterização do ato como de execução pública, nada mais é do que construção elaborada a partir da legislação norte-americana, que, em matéria de direito autoral, adota o sistema de *copyright*, afastando-se do modelo jurídico adotado no Brasil, o *droit d'auteur*. Além disso, o critério da simultaneidade no sistema do *copyright* decorre de uma limitação tecnológica existente em determinado período histórico. No entanto, na legislação pátria, ou ainda, nos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, não é possível encontrar tal requisito como sendo intrínseco à execução pública.

Quanto à interatividade, algumas considerações são necessárias. O acesso à plataforma musical é franqueado a qualquer pessoa, a toda coletividade virtual, que adentrará exatamente no mesmo local e terá acesso ao mesmo acervo musical, e esse fato, por si só, é que configura a execução como pública.

A possibilidade de escolha do usuário, que seleciona as obras que pretende usufruir, e pode até criar sua própria *playlist* a partir do cardápio musical disponibilizado pelo provedor, não altera o caráter do ato como de execução pública, que é anterior ao ato de escolha do usuário.

O conteúdo musical não muda de acordo com o acesso, pois o fato de o usuário utilizar uma senha para adentrar no provedor em nada altera o patrimônio musical posto ao alcance de todos. A possibilidade de selecionar as obras desejadas e de apreciar a música em local e momento que quiser nada mais é do que uma ferramenta disponibilizado ao consumidor, fruto de uma evolução tecnológica, e não parâmetro de aferição de ato como execução pública.

De fato, conforme a Lei Autoral, a execução pública se dá pelo ato do provedor manter e disponibilizar a todos o acesso ao conteúdo musical, e não em virtude do ato praticado pelo indivíduo que acessa o *site*.

Depreende-se da leitura dos votos submetidos ao debate perante a Segunda Seção, que a divergência repousa no enfoque utilizado para a compreensão do que seja execução pública, um legal e o outro intuitivo.

No voto divergente, apresentou-se a percepção de que mesmo em um local de frequência coletiva, existem situações em que a execução pode ser individualizada, o que afasta a caracterização do ato como execução pública, exemplificada com o caso das lojas físicas de CDs, LPs e K7s, nas quais "*era comum se disponibilizar ao consumidor a degustação de trechos do bem que se pretendia adquirir, não de forma coletiva, mas individualizada, em fones de ouvido, por exemplo*".

Contudo, a situação acima relatada não é capaz dar suporte ao argumento

Superior Tribunal de Justiça

apresentado, bem como se distancia da questão fundamental que é a investigação do que é execução pública. Isso porque a Lei Autoral permite a utilização de obras musicais por empreendimentos que comercializem produtos fonográficos, desde que com o fim exclusivo de demonstração à clientela.

O art. 46, V, da Lei nº 9.610/98 prescreve que "*não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que estes estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização*".

Tal hipótese, portanto, - de demonstração à clientela -, prevista desde a Lei nº 5.988/1973, na forma como ilustrada, não é fato capaz de ensejar debates acerca da existência ou não de execução pública.

Dada a diversidade de formas de acesso às obras musicais e o constante avanço tecnológico que alterou muito rapidamente os modos de fruição da música e o mercado musical, entendo que o mais seguro, para os fins de tutela dos direitos do autor, é a observância das diretrizes previstas na Lei Autoral pátria, especialmente considerando-se que, em nosso sistema, o criador é o epicentro do direito.

Como bem ilustrado no voto divergente, os números demonstram que as rendas advindas dos serviços musicais via *streaming* não param de crescer ano a ano, tendência que é inegável, e que evidencia um incremento expressivo no faturamento da indústria fonográfica. Repita-se, da indústria fonográfica. E os artistas e compositores? Permanecerão à mercê das gravadoras e editoras musicais, sempre recebendo a menor fração pela utilização de sua obra? Na dinâmica atual, em que os contratos são negociados entre os *players* de *streaming* e as gravadoras e distribuidoras musicais, os artistas não estão sendo adequadamente remunerados.

Nesse cenário, a compreensão de que o *streaming* é hipótese de execução pública passível de cobrança pelo ECAD prestigia, incentiva e protege os atores centrais da indústria da música: os autores.

A arrecadação de direitos autorais pela execução via *streaming* certamente refletirá nas práticas negociais do setor, mas não impedirá a expansão e criação de empresas dispostas a investir no segmento e que encontrarão modelo capaz de assegurar a sua lucratividade, pois, como bem demonstram os números, a tendência de consumo musical na modalidade *streaming* é vertiginosamente crescente. O movimento natural é o de buscar o equilíbrio entre o interesse dos criadores musicais e os interesses das companhias que exploram a música.

Outro aspecto relevante é que a disponibilização em formato *streaming* permite

que a música, de maneira dinâmica, ultrapasse fronteiras regionais, o que faz gerar um direito mundial recíproco, daí a importância de se considerar o tratamento dado à questão em outros países, seja pela análise de tratados internacionais, das respectivas legislações ou diretivas.

Nessa perspectiva, e considerando também o sistema jurídico brasileiro, salienta-se que o entendimento proposto não só está em harmonia com as diretrizes adotadas pela maioria dos países da União Europeia, mas também, como já destacado, com as associações de gestão coletiva de direitos de execução pública, as quais mantêm acordos de reciprocidade com as suas congêneres no exterior, política que permite tanto a cobrança pelo repertório estrangeiro aqui executado, com a remessa dos valores à associação do país de origem, quanto o repasse às associações brasileiras do montante arrecadado do repertório brasileiro lá executado.

Assim, concluir que a transmissão via *streaming* não é ato de execução pública poderá ferir o princípio da reciprocidade, bem como poderá extinguir a obrigação de repasse das entidades de gestão estrangeiras dos valores arrecadados em seus países referentes às obras brasileiras nesse tipo de plataforma, a impedir que os artistas e autores nacionais recebam rendimentos oriundos da modalidade de uso de obras intelectuais que notadamente mais cresce no mundo.

Por fim, no que tange à transmissão via *simulcasting*, em que o entendimento é convergente quanto à caracterização de execução pública, enfatizo que, no caso de radiofusão sonora, a fixação do preço para a concessão da licença para execução pública musical pelo ECAD (Regulamento de Arrecadação) leva em consideração, dentre outros critérios, o público em potencial e a sua sobreposição geográfica, enquanto a via *simulcasting*, que muitas vezes é realizada por pessoa jurídica distinta, é capaz de aumentar o número de ouvintes em potencial e gerar publicidade diversa da veiculada pela rádio, aspectos que reforçam a sua natureza autônoma de modalidade de utilização de obra intelectual.

Feitas essas considerações adicionais, ratifico o entendimento anteriormente esposado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : **ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD**
ADVOGADO : **HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S) - RJ068819**
ADVOGADA : **KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620**
RECORRIDO : **OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO**
- : **TNL PCS S/A**
ADVOGADOS : **ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S) - RJ074802**
: **BÁRBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO E OUTRO(S) - DF036208**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
(Relator):

Senhor Presidente, peço também vênia ao Ministro Marco Aurélio Bellizze para acompanhar integralmente o voto do eminente Relator.

No presente caso, foi realizada audiência pública para amadurecer a matéria por envolver uma questão extremamente nova consistente nos direitos autorais ligados às novas tecnologias de transmissão de dados utilizadas na execução de obras musicais, como o *streaming* e suas variantes, *simulcasting* e *webcasting*.

Tudo isso foi bem explicitado pelo eminente Relator em seu voto, tendo, aliás, conduzido com maestria o processo em nossa Corte.

Confesso que, desde o primeiro momento em que tive contato com a matéria na audiência pública, ficou muito claro para mim que não apenas é possível o enquadramento dessas novas tecnologias no conceito de execução pública, como também é necessário para permitir aos autores de obras musicais a percepção de seus justos direitos autorais.

Então, com essas brevíssimas observações, renovada vênia à

Superior Tribunal de Justiça

divergência, acompanho o voto do eminente Relator, louvando mais uma vez o excelente trabalho desenvolvido.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0265464-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.559.264 / RJ

Números Origem: 01749584520098190001 1749584520098190001 20090011755928

PAUTA: 08/02/2017

JULGADO: 08/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO E OUTRO(S) - RJ068819
ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620
RECORRIDO : OI MÓVEL S.A INCORPORADOR DO
- : TNL PCS S/A
ADVOGADOS : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO(S) - RJ074802
BÁRBARA VAN DER BROOCKE DE CASTRO E OUTRO(S) - DF036208

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Propriedade Intelectual / Industrial - Direito Autoral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator ratificando seu voto anteriormente proferido e dando provimento ao recurso especial, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.