

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 *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

Superior Tribunal de Justiça

exploração tradicional do serviço por radiofusão".

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.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 disponibilizada 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 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***".

Superior Tribunal de Justiça

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,

Superior Tribunal de Justiça

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 radiodifusão 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.