TRANSMISSÃO DE OBRA MUSICAL E FONOGRAMA VIA *STREAMING* E DIREITOS AUTORAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

Rogério Alves Vilela

MUSICAL WORK AND PHONOGRAM STREAMING TRANSMISSION AND COPYRIGHT IN TJDFT *JURISPRUDENCE*

RESUMO

A cobrança de direitos autorais por transmissão de músicas pela internet, via tecnologia *streaming* – *webcasting* e *simulcasting*, retornará à pauta de julgamento do Superior Tribunal de Justiça neste semestre, em razão de Recurso Especial interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Com o presente estudo, no qual se analisarão acórdãos do TJDFT sobre a legitimidade da atuação do ECAD e sobre o conceito de execução pública em casos de cobrança de direitos autorais, vinculados aos conceitos de *webcasting*, *simulcasting*, *streaming* e tecnologia, pretende-se traçar uma linha de posicionamento da Corte Distrital apta a responder os questionamentos colocados na audiência pública proposta no decorrer do REsp nº 1.559.264/RJ.

» **PALAVRAS-CHAVE:** RÁDIO. *STREAMING*. *WEBCASTING*. *SIMULCASTING*. ECAD.

ABSTRACT

The pursuing of copyright payment in case of internet music transmission, by streaming – webcasting and simulcasting, will return to the judgement agenda of the Superior Tribunal de Justiça *this semester, in reason of an appeal presented by* Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. *With the present study, in which we will analyze ECAD's legitimacy and the concept of public execution in the pursuing of copyright payment in case of internet transmission, bound to the concepts of Webcasting, Simulcating, Streaming and technology, we intend to delimit a line of thinking of the* TJDFT *able to respond the questioning proposed in the public hearing proposed in the REsp nº 1.559.264/RJ.*

» ***KEYWORDS****: RADIO. STREAMING. WEBCASTING. SIMULCASTING. ECAD.*

INTRODUÇÃO

A cobrança de direitos autorais em virtude da transmissão de músicas pela internet, via tecnologia *streaming*, deve retornar à pauta de julgamento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2016, em razão do Recurso Especial (REsp) nº 1.559.264/RJ, interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). O julgamento foi iniciado no dia 8 de junho de 2016, após realização de audiência pública proposta pelo Ministro Relator Villas Bôas Cueva, já tendo sido computados dois votos favoráveis ao provimento do recurso interposto (do próprio Relator e do Ministro Marco Buzzi), seguidos de pedido de vista (do Ministro Marco Aurélio Bellizze).

A audiência pública, realizada em 14 de dezembro de 2015, teve como intuito fornecer fundamentos à apreciação dos Ministros votantes e possibilitou a participação de entidades interessadas com experiência no

tema[1], para responder se: (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*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a ensejar 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.

A amplitude dos interessados no tema, comercial e intelectualmente, demonstra sua importância, o que se dá não apenas pela dificuldade em compreender como a sociedade reage à inserção de tecnologias, ou seus aprimoramentos[2], mas também pelas obrigações acessórias que estas geram, como é o caso dos direitos autorais, sendo estes últimos o objeto do estudo que se propõe por meio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Com o intuito de fornecer linhas gerais do que seriam as respostas da Corte Distrital aos quesitos postos na audiência pública, considerando que não há julgados do TJDFT sobre o tema específico de transmissão de músicas pela internet via tecnologia *streaming*, realizar-se-á a análise por dois enfoques distintos. Primeiramente, verificar-se-á a jurisprudência do Tribunal sobre o papel do ECAD em relação aos usuários de obras musicais, para compreender a legitimidade dada a esta instituição, a fim de, num segundo momento, entendendo o conceito de execução pública, traçar um posicionamento da Corte sobre os conceitos de *webcasting*, *simulcasting* e *streaming*.

Delineado o caminho que se pretende seguir, há de se pontuarem os elementos que servirão, em conjunto com os acórdãos, como fundamento para o presente estudo: leis que tratam sobre direitos autorais – Leis nº 5.988/73, nº 9.610/98 e nº 12.853/13; os Códigos Civis de 1916 e 2002; os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, as declarações de representantes de entidades e órgãos públicos; além da base jurisprudencial dos Tribunais Superiores e de informações obtidas de sítios eletrônicos e doutrina autorizada.

1 DO SUMÁRIO TÉCNICO: AS DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA

A ementa proferida no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em razão do qual se interpôs o Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, traz definições dos modelos de transmissão (*webcasting, simulcasting* e *streaming)* baseados em literatura especializada, as quais devem ser ressaltadas para o adequado entendimento sobre o tema:

> 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 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.[3]

A ementa em questão define o *streaming* como uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores. Explica, de outra feita, que a transmissão é feita de modo dedicado entre o *site* da internet e o computador do usuário.

Em termos mais simples, equivale a dizer que o usuário não conseguirá utilizar o arquivo de dados que contém a música sem o suporte do *site* ou do aplicativo em que, primeiramente, fez a solicitação. Ademais, o arquivo de dados é armazenado em uma memória provisória, de modo que, uma vez desconectado do sítio eletrônico (ou aplicativo), não será possível acessá-lo.

Em termos jurídicos, equivale a dizer que o arquivo de dados em questão entra apenas na esfera de uso do usuário, não chegando a ingressar na sua esfera de disponibilidade. Concede-se, dessa feita, uma licença provisória que pode ser usada enquanto o usuário está conectado e que, por impossibilidade de procedimentos, não poderá ser repassada a outrem ou, mesmo, armazenada na memória definitiva do dispositivo.[4] Sendo assim, não seria possível ao usuário dispor do arquivo de dados para transferi-lo, gratuita ou onerosamente, a outros usuários (por meio de conexões P2P – *peer-to-peer*[5], por exemplo).

Definir-se-ia o *streaming*, portanto, como uma transmissão de dados armazenada em memória provisória, que concede ao usuário apenas o uso, não havendo a possibilidade de dispor dos dados sem o suporte do *site* ou do aplicativo em que originalmente se iniciou o envio.

Estipuladas essas características, também é necessário definir o que são *webcasting* e *simulcasting*. Ambas são transmissões de dados por meio de *streaming*, que se diferenciam pelo conteúdo. Enquanto o *webcasting* oferece uma transmissão de dados limitada a um conteúdo específico, escolhido pelo usuário, o *simulcasting* oferece uma transmissão de dados ininterrupta do conteúdo que já está sendo transmitido por radiodifusão, em relação ao qual o usuário não faz escolha alguma (ou o faz de forma limitada).[6] A diferença básica, portanto, está no conteúdo e na possibilidade de sua modulação pelo usuário.

Outra definição importante para a compreensão da controvérsia é a de tecnologia. Isso, porque, apesar de o acórdão questionado por meio do Recurso Especial e de a decisão que ordenou a realização da audiência pública tratarem o *streaming* como nova tecnologia, não parece ser esse o caso. E não se analisa pelo viés conceitual, mas pela própria definição da Lei de Direitos Autorais, que se utiliza da expressão "meio" para qualificar as tecnologias de transmissão e emissão, de comunicação ao público e de reprodução.

Em relação ao dispositivo da Lei que trata da reprodução, cabe ressaltar a expressão "qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido". Os meios de fixação conhecidos são os cilindros do fonógrafo; os discos planos; os discos gravados em vinil; a fita cassete; o *Compact Disc* (CD) e os dispositivos de dados. Necessário frisar que o *Compact Disc* já armazenava dados digitais de áudio, os quais poderiam ser reproduzidos com o auxílio de um computador pessoal ou de um dispositivo de áudio com leitor de CD.

Os dispositivos que reproduzem dados digitais podem ser portáteis como *Ipods*, leitores mp3 ou aparelhos celulares. Esses são, portanto, os meios de fixação dos dados digitais para reprodução. O que a conexão via internet (seja *streaming*, P2P, *torrent* ou *download*) possibilitou foi a ausência de um suporte físico para transmissão desses dados.

Assim, a transmissão de dados digitais segue sendo no mesmo meio, ou seja, a mesma tecnologia de quando foi desenvolvida – é uma transmissão de dados digitais sem a necessidade de meio de fixação. Os únicos aprimoramentos que ocorreram, portanto, foram em relação à origem e ao destino dos dados.

No caso da conexão P2P (*peer-to-peer)*, os dados digitais são repassados da memória permanente de um usuário diretamente a outro. No caso do *torrent*, os dados digitais são repassados da memória permanente de vários usuários para a memória permanente de um usuário que os solicita. No caso do *download* convencional vinculado a um *site*, os dados digitais são repassados de um servidor central para a memória permanente de um usuário que os solicita. E no caso do *streaming*, em vez de os dados digitais serem direcionados para a memória permanente dos dispositivos dos usuários, o são para a memória provisória. Não há, por essa análise, qualquer caracterização de nova tecnologia, consideração que será de grande valia para responder os questionamentos a que se cingem as controvérsias.

Explicitadas as definições das modalidades de transmissão e realizada essa digressão quanto ao termo tecnologia, prosseguir-se-á na análise jurisprudencial do TJDFT sobre o alcance da legitimidade do ECAD e sobre a execução pública, dois temas muito caros à resolução dos quesitos propostos na audiência pública.

2 O PAPEL DO ECAD E A JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

Considerando os questionamentos postos na audiência pública, necessário compreender a jurisprudência do Tribunal Distrital sobre a atuação do ECAD e sua legitimidade frente à sociedade para a cobrança de direitos autorais. Tal entendimento é essencial, haja vista o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ser a parte recorrente do REsp nº 1.559.264/RJ, do qual derivou a audiência pública.

Vale frisar, em um primeiro momento, que a legitimidade do ECAD para atuar em juízo, postulando direitos autorais, decorre dos artigos 98 e 99, § 2º, ambos da Lei nº 9.610/98, podendo a

entidade postular em seu próprio nome ou como substituto processual dos titulares a ela vinculados. A base legal anterior, que estava presente no artigo 104 da Lei nº 5.988/73, não era tão expressa, dispondo que, com a filiação, as associações se tornavam mandatárias dos seus associados. A legitimidade de atuar representando seus associados, definida nas leis de direitos autorais, não chegou a ser ponto de divergência na jurisprudência do TJDFT, sendo o seu alcance uma das questões que se colocava na década de 90.

Era a necessidade de comprovação pelo próprio ECAD da filiação dos titulares dos direitos autorais a alguma das associações que o compunham o principal ponto de divergência na jurisprudência da Corte, em análise. Há acórdãos históricos que entenderam que, para promover ação de cobrança de direitos autorais, caberia ao ECAD comprovar quais as obras cuja execução havia deixado de ser paga e se os titulares dessas obras estavam vinculados a uma das associações que o compunham:

> AÇÃO DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – 1. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO ECAD PARA ESTAR EM JUÍZO EM NOME DE SUBSTITUÍDOS PROCESSUAIS SEM PROVA DA FILIAÇÃO DESTES A UMA ASSOCIAÇÃO QUE O ORGANIZOU – O ART. 104 DA LEI 5.988/73 DISPÕE QUE, COM O ATO DE FILIAÇÃO, AS ASSOCIAÇÕES SE TORNAM MANDATÁRIAS DOS SEUS ASSOCIADOS – O MANDATO SE CONCRETIZA COM A FILIAÇÃO – SEM A PROVA DESTA, NÃO HÁ MANDATO – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSEGURA AO CIDADÃO A LIBERDADE DE ASSOCIAR-SE OU DE PERMANECER ASSOCIADO (ART. QUINTO, XX) – COROLÁRIO LÓGICO É A FACULDADE DE O TITULAR DE OBRAS MUSICAIS COBRAR PESSOALMENTE EM JUÍZO OS SEUS DIREITOS – O ECAD É UM ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS ORGANIZADO PELAS ASSOCIAÇÕES DE TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS (ART. 115) – PARA EXIGIR EM JUÍZO EM NOME PRÓPRIO DIREITOS ALHEIOS, O ECAD CARECE DA PROVA DA VINCULAÇÃO DOS AUTORES MUSICAIS A UMA DAS ASSOCIAÇÕES QUE O ORGANIZOU – DEMONSTRAÇÃO FACTÍVEL ANTE A OBRIGAÇÃO DE REMETER AO CNDA ATÉ O MÊS DE MARÇO DE CADA ANO DA RELAÇÃO DAS QUANTIAS DISTRIBUÍDAS AOS ASSOCIADOS (ART. 114, III)[7].

Tal entendimento da necessidade de comprovar a filiação nunca foi majoritário, tendo sido elidido pela pacificação da jurisprudência proposta pelo STJ, que definiu ser do réu o ônus de comprovar que os direitos autorais em cobrança judicial são de titularidade de autor não filiado às associações que compõem o ECAD.

Tanto é assim que o Escritório Central não precisa identificar, no caso de apontar execução pública, sequer quais músicas estão sendo objeto de cobrança e, por conseguinte, quais são seus autores. No Acórdão nº 872.326, o Desembargador Relator Héctor Valverde esclarece o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> Em que pesem as alegações do apelante acerca da ausência de comprovação de execução de obras autorais sem a prévia autorização e recolhimento dos valores devidos, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobranças dos direitos autorais devidos (...)[8]

No mesmo caso, o Desembargador Revisor, Jair Soares, aclara a questão, trazendo a informação de que entende o STJ que "é desnecessária a identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais"[9]. Ambos citam, nas fundamentações de seus votos, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.174.097/RS, de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, da Terceira Turma do STJ, cuja ementa é a seguinte:

> AGRAVO REGIMENTAL. DIREITOS AUTORAIS. ESPETÁCULO AO VIVO. ECAD. INDICAÇÃO DAS OBRAS TIDAS POR VIOLADAS. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. 1. Cabível é o

> pagamento de direitos autorais relativos aos espetáculos realizados ao vivo, podendo o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD cobrá-los, independentemente do cachê recebido pelos artistas e da prova da filiação. 2. Não é necessário que seja feita identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos. Precedentes. 3. Agravo Regimental improvido.[10]

Essa jurisprudência foi pacificada na Corte Superior com base na natureza jurídica *sui generis*[11] do ECAD e na compreensão de que sua atuação está pautada na isonomia e na não discriminação, de igual forma vinculada à proporcionalidade do grau de utilização da obras e fonogramas – amostragem – e aos parâmetros previamente fixados para distribuição de valores a seus associados por meio de regulamento específico[12].

Há que se apontarem, todavia, as contradições decorrentes desse sistema de legitimidade e sujeição generalizada. Para tanto, afigura-se válido ressaltar três acórdãos, dois do Superior Tribunal de Justiça e um do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O primeiro caso a que se dá destaque trata-se de o intérprete ser o próprio autor da obra. Neste caso, a Terceira Turma do STJ entendeu, por maioria, que é cabível "o pagamento de direitos autorais em espetáculos realizados ao vivo, independentemente do cachê recebido pelos artistas, ainda que os intérpretes sejam os próprios autores da obra"[13]. O mesmo entendimento, em um segundo acórdão a que se dá destaque, foi registrado em caso de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual entendeu que o

> fato gerador da ação de cobrança proposta pelo ECAD teve como conteúdo patrimonial os direitos do autor – proteção da relação jurídica pelo trabalho intelectual na composição da obra musical – e não arrecadar a prestação pecuniária decorrente de sua execução musical, que é fato gerador advindo da interpretação do artista no espetáculo. Assim, independentemente do cachê recebido pelos artistas em contraprestação ao espetáculo realizado (direito conexo), é devido parcela pecuniária pela composição da obra musical (direito de autor). O autor pode cobrar *sponte sua* os seus direitos autorais, bem como doar ou autorizar o uso gratuito, dispondo de sua obra da forma como lhe aprouver, desde que, antes, comunique à associação de sua decisão, sob pena de não afastar a atribuição da gestão coletiva do órgão arrecadador.[14]

Conclui-se, portanto, como efeito colateral da legitimidade generalizada conferida ao ECAD, que, se o autor de uma obra musical pretende que não haja cobrança, este deverá informar antecipadamente sua cessão dos direitos, ainda que as obras sejam de sua titularidade.

Tal situação foi tratada em um terceiro acórdão emblemático do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferido em 2015, que tangenciou a cessão de direitos e o sistema *Creative Commons*. O voto do Relator, Desembargador Alfeu Machado, primeiramente delimita as garantias dadas aos titulares de direito autoral e traz um relato fático da situação posta:

> Pois bem. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXVIII, garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, assegurando, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas. Verifica-se, assim, que o direito autoral é expressamente protegido pela Constituição Federal, como conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações (...) Assim, toda pessoa física ou jurídica que utilize música publicamente deve solicitar ao ECAD autorização prévia, afinal essa reprodução tem reflexos diretos na atividade econômica desenvolvida, de modo que o pagamento da retribuição autoral pode

> ocorrer de forma mensal, caso a utilização seja frequente, ou eventual. *In casu*, o deslinde da controvérsia cinge-se a aferir o direito da parte autora recorrente, VILA MILAGRO PIZZARIA E RESTAURANTE LTDA., à execução de músicas em seu estabelecimento comercial sem a necessidade de recolhimento de contribuição ao réu apelado, ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD, sob a alegação de que os direitos autorais das obras executadas foram abdicados por seus titulares, por meio de licença concedida por organização sem fins lucrativos denominada "Creative Commons".[15]

Em seguida, o Desembargador Relator, ainda que reconhecendo a possibilidade de abdicação dos direitos autorais no sistema *Creative Commons*, vincula-se ao ônus da prova, justificando seu voto pela improcedência do fato de o réu não ter se desincumbido de comprovar a quais músicas – com licença de compartilhamento – se referia:

> Segundo a documentação juntada com a petição inicial (fls. 22-29), a "Creative Commons" é uma organização não governamental sem fins lucrativos com o objetivo de expandir a quantidade de obras criativas disponíveis, por meio de licenças que permitam o compartilhamento, a mixagem e a cópia de obra intelectual com menos restrições que o tradicional "todos direitos reservados". As licenças criadas pela organização permitem que seus detentores possam abdicar em favor do público de alguns dos direitos inerentes às suas criações, ainda que retenham outros. Sob esse panorama, conquanto a parte autora tenha afirmado que somente reproduz em seu estabelecimento comercial obras musicais cujos direitos autorais foram renunciados por seus titulares, para fins de se eximir do pagamento de contribuição mensal ao ECAD, fato é que não detalhou nos autos quais obras, abarcadas pela aludida licença, iria executar, consoante lhe incumbia (CPC, art. 333, I), tampouco excluiu a possibilidade de vir a executar obras não licenciadas, conforme item 25 de sua petição inicial (fl. 6). Dessa forma, não há como deferir, em abstrato, o pleito de isenção do pagamento da contribuição ao ECAD, porquanto não foi demonstrado que apenas músicas licenciadas na forma "Creative Commons" seriam executadas no estabelecimento comercial da autora recorrente (CPC, art. 333, I). (...)No caso em apreço, não se desincumbindo a parte autora recorrente do ônus de demonstrar a reprodução única e exclusivamente de obras musicais abarcadas pelo "Creative Commons", é medida imperativa a improcedência do pedido inicial, tal qual ocorrido em 1º grau.[16]

Com base nessas jurisprudências, pode-se verificar que o ônus de comprovação caberá sempre àquele que pretende utilizar qualquer obra ou fonograma, seja informando antecipadamente o Escritório Central, seja se resguardando para comprovação de fato extintivo ou modificativo da cobrança no caso de um processo judicial, como o do *Creative Commons.*

Retorna-se, portanto, ao questionamento inicial: qual o papel de atuação do ECAD na cobrança de direitos autorais? O próprio sítio eletrônico da entidade provê resposta possível – seu objetivo é

> centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical. Com gestão profissionalizada e premiada, a instituição é considerada referência na área em que atua e dispõe de um dos mais avançados modelos de arrecadação e distribuição de direitos autorais de execução pública do mundo[17].

A experiência jurisprudencial, todavia, principalmente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como já delineado, entendeu como plausível – provavelmente fundado no papel social que tal entidade exerce – conceder-lhe legitimidade extensiva para representar quaisquer titulares de direitos autorais, cabendo ao réu da ação de cobrança de direitos autorais comprovar que não há vinculação, seja pelo autor da obra, seja pelas próprias obras em si.

Tal interpretação extensiva, apesar do papel institucional que o ECAD exerce, deve ser sopesada em razão da garantia de liberdade de não associação prevista constitucionalmente (artigo 5º, XX, Constituição Federal) e do artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina o ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, motivo pelo qual se exalta o acórdão já ci-

tado, proferido pela Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual determinava ao ECAD a comprovação da vinculação dos titulares dos direitos às associações que o compõem.

Não se desconhece que há a utilização indevida de obras com direitos autorais e que argumentos como o de que as obras teriam licença aberta ou de que as obras seriam de criação própria teriam sido utilizados para tentar se esquivar do pagamento.

Por outro lado, conceder tal poder e proteção a uma instituição privada, ainda que *sui generis* e decorrente de lei, não parece razoável em razão da possibilidade de abusos, ainda que involuntários, bem-intencionados e vinculados à função social de proteção de direitos tão caros à cultura e à sociedade, como o são os direitos autorais. É o que diz Otávio Afonso (AFONSO, 2009), quando analisa o artigo 99 da Lei nº 9.610/98:

> Tal dispositivo, afirmam alguns estudiosos, limita o exercício da liberdade de associação prevista no texto Constitucional, uma vez que não há alternativa para o autor da obra: ou ele se filia a uma associação ou ele, em face da impossibilidade de realizar esses atos *per si*, não tem como auferir os benefícios econômicos oriundos da utilização pública de suas obras. Outro tema que é afeito à questão da gestão coletiva de direitos circunscreve-se à participação do Estado nesta seara. Tendo a lei conferido uma exclusividade ao Ecad, mesmo sem entrar na questão de que seja ou não um monopólio, merece um controle por parte do Estado que, com a redação oferecida pela atual lei autoral, retirou completamente a chamada Tutela Administrativa, ou seja, não há nenhum controle, do ponto de vista administrativo, sobre as atividades dessas entidades.

A ausência de Tutela Administrativa colide diretamente com os princípios de isonomia, eficiência e transparência apostos no § 2º do mesmo artigo 98 da Lei nº 9.610/98, ainda mais quando vinculada a uma modalidade de cobrança cujo valor se define por amostragem e critérios definidos por regulamento pela própria instituição, tais como: importância da música para a atividade ou estabelecimento – indispensável, necessária ou secundária; periodicidade da utilização – permanente ou eventual; e outros[18].

Não por outro motivo, após a CPI do ECAD, que apurou algumas dessas questões[19], houve mudança legislativa para a inclusão de disposições que as elidissem, dentre as quais se destacam os artigos 98-A, 98-B e 98-C, que definiram regras para o funcionamento das instituições de cobrança, critérios para o desempenho de suas funções e obrigatoriedade de prestação de contas. Tais questões, todavia, ainda não foram suscitadas para enfrentamento pelo Judiciário, motivo pelo qual não há jurisprudência disponível.

3 A EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS OU FONOGRAMAS E JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

Ultrapassado o papel do ECAD, necessário analisar a jurisprudência sobre a execução pública de obras ou fonogramas. Isso, porque, para o ECAD, o *webcasting* constituiria um novo meio de disponibilização de obra ao público, estando regulado pelos artigos 28, 29, X, e 31 da Lei nº 9.610/98, enquanto o *simulcasting* seria uma nova modalidade de execução pública. Mostra-se, portanto, muito caro à resolução da controvérsia demarcar o significado da expressão "execução pública" na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Necessário expor, primeiramente, que a maioria dos acórdãos do TJDFT se limita à definição legal de "execução pública", vinculada ao conceito de local de frequência coletiva. É o que se pode notar do caso de execução de obra em festa de casamento ocorrida em salão de eventos, no qual aduziu o Relator, Demetrius Gomes Cavalcanti, que

> em que pese o fato de uma festa de casamento se caracterizar, como um evento sem fins lucrativos, em que os convidados guardam vínculo de proximidade familiar ou de amizade com os noivos, não se pode desconsiderar, para efeito de aplicação da lei, o local da festa, no caso, um salão de eventos – "Mansão Casaflor", espaço alugado, que se enquadra no conceito de local de freqüência coletiva, nos termos do §3º do art. 68 da Lei nº 9.610/98. Cumpre salientar, também, que, no caso, o intuito de lucro se encontra caracterizado no fato de que os salões de festas, cada vez mais, modernizam suas instalações e sonorização para atrair seus clientes, oferecendo opções cada vez mais variadas de músicas, devendo, portanto, pagarem pela vantagem econômica que angariam, seja diretamente, seja através de sua clientela. Cuida-se, na hipótese, de ponderação de valores, de modo a permitir uma harmonização jurídica e social. De um lado, a autora defende a interpretação extensiva do termo recesso familiar (domicílio), e de outro, o ECAD, pugna pela proteção dos direitos autorais. A amplitude conferida à expressão "recesso familiar" não está em conformidade com a norma contida no art. 46, inc. VI, da Lei nº 9610/98. Nesta trilha, patente a violação do direito autoral noticiada nos autos, uma vez que o referido local deve ser considerado recinto público para fins de aplicação da Lei de Direito Autoral.[20]

Uma das ressalvas que a própria Lei de Direitos Autorais faz é o recesso familiar, hipótese levantada e rebatida no caso acima, o que se verifica em outros casos do TJDFT. Tal exceção à regra da cobrança de direitos autorais é, de igual forma, reconhecida por esta Corte, tendo sido delimitada, com esmero, pelo Desembargador Luciano Vasconcellos no Acórdão n° 327.376:

> Não vejo como se possa albergar as teses da recorrente. Evidente que não está ela nas exceções do artigo 46, inciso VI da Lei 9.610/98, que cuida de direitos autorais. Diz o texto lembrado: Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro. Não se pode ter execução de música em festas religiosas como sendo o mesmo que executadas no recesso familiar. Lê-se na Enciclopédia Saraiva de Direito: "Modernamente, podemos distinguir, na doutrina, três principais acepções da palavra família: amplíssima, ampla e restrita. A significação mais ampla, ou amplíssima, da família envolve o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, que se ligam, assim, a um mesmo tronco ancestral, descendendo uma das outras, como p. ex., os Oliveira, os Almeida, os Albuquerque, os Azevedo. Em sentido amplo, família quer dizer grupo de pessoas, compreendendo o casal, parentes e até estranhos, como os serviçais, mas que vivam todos sob o mesmo teto, no mesmo lar. Na acepção restrita, família significa os cônjuges e sua prole."(In Enciclopédia Saraiva de Direito, Editora Saraiva, São Paulo, Volume 36, Protesto Cambiário, pág.261)." Assim, por qualquer dos conceitos que se queira usar, festas de igreja não podem ser tidas como reuniões familiares. Logo, por estas razões, a cobrança pode se dar.[21]

Além do recesso familiar, há que se trazer à baila caso em que se delimitou a noção de "execução pública" com fundamento no número de pessoas alcançadas. É o caso do Acórdão n° 172.857, no qual a cobrança do ECAD feita contra um Condomínio foi julgada improcedente. Neste, o Desembargador Revisor, Sergio Bittencourt, elucidou, com base nos depoimentos tomados, a questão da execução pública:

> Compulsando os autos, verifico que não restou comprovada a execução "pública" não autorizada de música nas dependências do condomínio réu, conforme exigência do art. 68, § 2º, da Lei n.º 9.610/98, a ensejar pedido de cobrança de direitos autorais. Reputa-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais em locais de freqüência coletiva. No presente caso, observa-se através das declarações prestadas às fls. 152/159, inclusive pelo depoimento do próprio fiscal do apelante, que não se tratava de execução musical pública, tendo em vista que o som era propagado apenas no interior de uma sala pequena da administração do condomínio réu. Ou seja, a intensidade com que se ouvia o ruído era mínima, só o escutando quem se aproximava pelo corredor que dava para a referida sala. Outrossim, se o autor enquadra o réu como usuário permanente

> e, nesta categoria, encontram-se também terminais, shoppings, condomínios e edifícios (fl. 27), todos com propagação de músicas em áreas comuns de circulação, resta demonstrado que no caso em comento não se pode aplicar a lei invocada. Isto por que não houve a execução de músicas em local público, como, por exemplo, nos corredores do condomínio réu, onde circulam com freqüência um número considerável de pessoas que pudessem, de pronto, ouvi-las, mas somente, como já dito, no interior de uma sala. Ressalte-se, ainda, que conforme depoimento prestado à fl. 156, não havia sequer caixas de som nos corredores do condomínio. Desta forma, não há como acolher o pedido de cobrança de direito autoral, posto que ausente a comprovação de execução musical pública.[22]

Assim, ainda que o fiscal do ECAD tenha aduzido haver a execução pública, entendeu-se que a execução em local de baixa frequência, no caso, no interior de uma sala pequena da administração, não implica a viabilidade da cobrança de direitos autorais, questão de extrema importância para a análise proposta.

Por fim, há que se fazer menção ao Acórdão nº 912.293, julgado recentemente, de relatoria da Desembargadora Ana Cantarino, que trata da execução pública de músicas por meio do sítio eletrônico *Youtube*:

> Nesse contexto, o fato de a reprodução se realizar por intermédio do site YouTube não acarreta o afastamento da obrigação atinente à arrecadação devida a título de direitos autorais, visto ter ocorrido incontroversamente a execução, em caráter público, de obras musicais e literomusicais e de fonogramas. Desnecessário, ainda, constar dos contratos de representação recíproca firmados pelo ECAD com entidades internacionais de proteção a direitos autorais expressa e específica autorização acerca dos meios de reprodução aptos à cobrança, visto que o que se pretende é a proteção dos direitos autorais executados publicamente, independentemente do meio empregado. Em relação à cobrança efetuada, inexiste qualquer abusividade, visto encontrar-se amparada em parâmetros objetivos constantes do Regulamento de Arrecadação do ECAD.[23]

Antes de se concluir por um entendimento da Corte do Distrito Federal sobre a execução pública, parece válido analisar a jurisprudência do Tribunal em comento sobre a transmissão de dados via internet. O primeiro caso que se põe em análise trata do conhecimento por terceiros em relação à mensagem enviada por *site* de relacionamento.

No acórdão, entendeu o Desembargador Jair Soares que a mensagem "conquanto enviada em *site* de relacionamento, não chegou ao conhecimento de terceiros. Apenas a autora teve conhecimento dessa. Não houve consequências no âmbito social ou familiar da autora".[24] Dessa feita, entende-se que uma mensagem privada, enviada entre dois usuários, não tem o caráter público apenas por ter sido enviada pela internet.

Em outro caso, relacionado ao *site* de divulgação de anúncios Mercado Livre, já com o entendimento do Marco Civil da Internet[25], decidiu a Corte Distrital pela não responsabilização do sítio eletrônico, que atuou meramente como intermediador. O paralelo realizado pelo Desembargador J.J. Costa Carvalho entre o Mercado Livre e os classificados de jornais é válido para a compreensão de que o aprimoramento de um meio não necessariamente equivale a uma nova tecnologia, motivo pelo qual não há de se responsabilizar o *site*, como não se faz com os jornais.

> Da narrativa acima, na mesma linha de convicção adotada pelo julgador de piso, não vislumbro a pertinência subjetiva dos segundo e terceiro réus para figurarem na lide, haja vista não ser possível extrair dessa situação conflituosa, a necessária vinculação entre o autor, a pretensão trazida a juízo e os mencionados réus. A particularidade do caso em questão, segundo a narrativa feita pelo recorrente, deixa evidente que o Mercadolivre não atuou sequer como intermediador na transação havida, mas tão somente como uma

> espécie de divulgador, a exemplo do que ocorre nos classificados de jornais. Nesse rumo, mostra-se incabível perscrutar sua eventual responsabilidade pela veracidade de conteúdo publicado em ambiente virtual.[26]

Importante notar que esta Corte já inclui a aplicação do Marco Civil da Internet em sua jurisprudência, principalmente para reconhecer a impossibilidade fática e jurídica de as empresas vinculadas a serviços de internet cumprirem decisões que estão fora de seu alcance técnico. A Desembargadora Maria de Lourdes Abreu já, por duas ocasiões, trouxe o tema à análise.

> Insta ressaltar que, para instalar esses aplicativos, os usuários realizam o download a partir de uma loja online, como *Google* ou *Apple Store*, fornecendo seu email ou telefone e uma senha e apenas opcionalmente, para quem já for cadastrado no *Facebook*, se aceita sua inscrição mediante nome e senha para *login* no site www.facebook.com. Ademais, a Lei nº 12.965/2014, que trata sobre o "Marco Civil da Internet" dispõe que o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se tiver possibilidades técnicas de cumprir a decisão judicial, sendo incabível a responsabilização da plataforma de hospedagem por imagens publicadas sem sua ingerência, qualquer forma de controle ou vínculo obrigacional. Assim, diante da impossibilidade fática e jurídica da agravada em guardar, acessar ou fornecer informações sobre estes aplicativos, não é possível compelir o "*Facebook*" a disponibilizar as informações necessárias para que se possa identificar o responsável pela foto postada, já que não é proprietária, não é operadora destes aplicativos e não recebem deles informações capazes de identificar os autores das postagens.[27]
>
> A Lei nº 12.965/2014 dispôs que o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. É incabível a responsabilização da gerenciadora da plataforma de hospedagem pelo conteúdo confeccionado e publicado pelos usuários, cabendo ao ofendido, apurada a figura do lesante, pleitear eventual compensação por danos morais em feito autônomo no juízo competente.[28]

Colacionadas as jurisprudências da Corte Distrital sobre a execução pública e sobre a legitimidade do ECAD, serão analisadas as questões postas pelo eminente Ministro Villas Bôas Cueva como cerne da controvérsia.

4 DA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

A primeira questão que se coloca é: afigura-se devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting*?

Considerando que a noção de "execução pública" na jurisprudência do TJDFT se vincula, além de ao dispositivo legal, que é usado como regra, ao número de pessoas alcançadas pela emissão sonora, conforme demonstrado no caso do Condomínio, de relatoria da Desembargadora Andrighi e de revisão do Desembargador Sérgio Bittencourt (Acórdão nº 172.857 do TJDFT), há de se examinar o modo como são feitas as transmissões.

As definições das modalidades de execução musical, no caso, de transmissão de dados, diferenciam-se exatamente pelo número de usuários alcançados.

Isso, porque, no caso do *webcasting*, o usuário do *site* requisita o envio de cópia de uma obra para a memória provisória de seu dispositivo, em relação à qual poderá fazer o uso *per si* ou no recesso familiar. Trata-se, portanto, de uma cópia que será executada para emitir o áudio para um

usuário apenas. Ressalve-se, obviamente, a utilização do arquivo salvo na memória provisória para o uso em uma coletividade, situação semelhante à da jurisprudência que tratou do uso de áudio proveniente de *site* – *YouTube* – em que o usuário, por vontade própria e com outro fim que não o prazer pessoal (viés comercial), aumenta o alcance da emissão.

No sentido de que o *webcasting* não é execução pública, advoga Maria Rita Braga de Siqueira Neiva (NEIVA, 2014), ao citar e ao explicar acórdão do TJRJ sobre o tema:

> Confira-se nessa direção, recente acórdão proferido pela 10.ª Câmara Cível também do TJRJ, em outro caso versando sobre a colocação à disposição do público de obras musicais através do *streaming*, desta vez envolvendo o *site* de hospedagem Myspace e o Ecad. Neste caso, o Tribunal entendeu que tal disponibilização "constitui distribuição individualizada de fonograma, e não execução pública musical prevista no art. 68, § 2°, LDA"[29]

Em contrapartida, o *simulcasting* não trata do envio de cópia de uma obra, mas de emissão radiofônica completa, que, em seu âmago, já é direcionada a uma coletividade, o público da radiodifusão analógica. A emissão radiofônica é complexa e envolve diversos canais de som, dentre os quais se inserem as obras musicais em conjunto com anúncios e locução. A emissão radiofônica, todavia, converge todos estes elementos em um único canal de som, produzindo uma única faixa que é direcionada a todo o público. Assim, não há como negar o caráter de execução pública que tal emissão possui. Esse entendimento é avalizado, de igual forma, por Maria Rita Braga de Siqueira Neiva (NEIVA, 2014), ao afirmar:

> Por último, cabe analisar os casos de difusão de obras através de transmissão *simulcasting*, mediante a qual o provedor de conteúdo apena direciona o usuário aos canais de emissoras de rádio e televisão convencionais por meio de uma página na Internet. Nesse caso, a mesma programação da rádio ou televisão poderá ser acessada simultaneamente através do site específico, de modo que a transmissão será captada por todos os usuários que venham a acessar o site, configurando, desse modo, uma utilização coletiva e desprovida do caráter interativo. Nesse sentido, é possível entender que as transmissões do tipo *simulcasting* podem ser enquadradas no conceito tradicional de execução pública, pois nesses casos as transmissões de obras se equipariariam à radiodifusão, não obstante realizadas por meio digital.[30]

Diferenciadas as modalidades com base no conceito de execução pública proposto, cabe analisar se é devida a cobrança de direitos autorais.

Em se tratando do *webcasting*, poder-se-ia dizer, com base nos fundamentos expostos, que constitui uma modalidade de transmissão de dados, nos termos do disposto no art. 5° da Lei de Direitos Autorais, em que, conjuntamente com o artigo 29 do mesmo diploma, se permite a cobrança de direitos autorais. Conforme o exposto, todavia, não se considera que houve a invenção de uma nova modalidade de transmissão de dados, tratando-se apenas de um aprimoramento que permitiu o armazenamento em uma memória provisória, cuja consequência é a limitação na esfera de disposição do usuário sobre o conteúdo.

No caso do *simulcasting*, em sendo a transmissão de dados referente à mesma emissão, sem alteração qualquer nos anúncios ou na locução, não parece viável uma segunda cobrança de direitos autorais (além daquela já cobrada na emissão radiofônica). Isso, porque, como já defendido, não se considera o *streaming* uma nova tecnologia *per si*, apenas uma forma alternativa de transmissão de

dados permitida pelo cabeamento da Banda Larga ADSL junto à linha telefônica convencional, como o é a transmissão de áudio pelas ondas sonoras.

Cobrar-se em duplicidade pela mesma emissão, no caso do *webcasting*, seria o clássico exemplo de incidência do princípio *bis in idem*, hipótese que deve ser evitada sob pena de enriquecimento ilícito e abuso do poder concedido ao ECAD. É esse o entendimento também de Maria Rita Braga de Siqueira Neiva (NEIVA, 2014):

> Assim, conclui-se, que ainda que as transmissões via *simulcasting* das programações das rádios convencionais sejam consideradas uma forma de execução pública com características semelhantes à radiodifusão, a utilização de dois veículos de transmissão não descaracteriza o fato de se tratar de um único ato de execução pública e que, portanto, só poderia ser objeto de cobrança do Ecad uma única vez.[31]

Acrescente-se a esse entendimento esposado acima que, apesar de não configurar nova execução pública apta a propiciar a cobrança de direitos autorais de forma direta, pode, de acordo com a jurisprudência da mesma Corte Distrital, ensejar outro tipo de pagamento ao ECAD, por meio da obtenção indireta de lucros. A justificativa está fundamentada no acórdão que trata da festa de casamento (Acórdão nº 575.559 do TJDFT). Saliente-se que, no caso, não se imputa o pagamento dos direitos autorais de forma direta, mas com base no intuito de lucro que o *site* em questão pretende com a possibilidade de execução musical *on demand* ou mesmo pela transmissão da rádio *on line*.

Frise-se que a realização de campanhas publicitárias pela internet é fonte de renda de diversos *sites*, principalmente daqueles com alto grau de acesso. Além disso, necessário verificar-se que a coleta de dados dos usuários permite uma publicidade mais direcionada, que, logicamente, pode ser viabilizada a um custo mais alto pelo provedor que detém esses acessos. São diversas as formas de lucro indireto que a internet propicia, motivo pelo qual parece razoável, de acordo com o precedente do TJDFT citado, a cobrança de direitos autorais no caso de transmissão de obras musicais/fonogramas via *webcasting* ou *simulcasting*.

Inegável que o intuito de lucro nos *sites* está ligado ao número de pessoas que alcança e à possibilidade de publicidade direta e personalizada, motivo pelo qual parece cabível o pagamento de valor de retribuição aos titulares de direitos autorais. Tal valor, todavia, em razão da facilidade e da exatidão na apuração de dados, deve ser calculado proporcionalmente aos acessos, podendo ser pago aos próprios titulares de direitos autorais (no caso *on demand – webcasting*) ou ao próprio ECAD (no caso do *simulcasting*).

A possibilidade que essa exatidão proporciona obriga à desvinculação da gestão coletiva de direitos autorais, que é feita por amostragem, sendo necessário um novo regulamento para o cálculo de retribuição vinculada à execução em tal modalidade, o que, em síntese, é a resposta ao segundo questionamento posto pelo Ministro Villas Bôas Cueva – se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a ensejar pagamento ao ECAD.

Por fim, em relação ao terceiro questionamento, se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autôno-

mo de uso de obra intelectual, esse já se mostra respondido negativamente pelos fundamentos das respostas às duas outras questões e pelo conceito de tecnologia aposto nos antecedentes teóricos.

É que, de acordo com as definições a que se propôs, a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da "tecnologia" *streaming* não é um meio autônomo de uso de obra intelectual. O *streaming*, como já se argumentou, não passaria de um aprimoramento na transmissão de dados, o que não constitui, sequer, ao que dispõe a própria Lei de Direitos Autorais, um novo meio.

Sendo assim, por estar vinculado ao conceito de transmissão de dados que já está estabelecido, este não constitui novo fato gerador, seguindo a sorte do que já se definiu para a transmissão de dados via internet.

CONCLUSÃO

Passada essa análise, parece inegável que a atuação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal é adequada e fundamentada, de modo a se desvincular dos anseios dos titulares de direitos autorais e, principalmente, dos titulares de direito conexos – gravadoras –, os quais influenciam diretamente o cenário cultural e a própria legislação.

Jurisprudência como a que definiu a necessidade de comprovação de vínculo ao ECAD, substituída posteriormente pelo entendimento majoritário adotado no STJ; e acórdão como o que negou a existência de execução pública com base no número de pessoas alcançadas; além da deferência aos dispositivos legais que protegem o usuário, como o é a exceção do recesso familiar, são de extrema importância para a manutenção do respeito aos direitos autorais e a seus titulares em consonância com os usos apropriados pela sociedade, razão pela qual devem ser exaltados.

Ademais, o reconhecimento de lucro indireto, mesmo nos casos de transmissão digital, é, de igual forma, importante para traçar linhas no uso da transmissão de dados via internet, haja vista seu potencial (publicitários, econômico e social). Nas palavras de Cláudio Lins de Vasconcelos (VASCONCELOS, 2010):

> Apropriado para objetivos acadêmicos, este modelo de sociabilidade afeta hoje todas as esferas de relacionamento humano em seus múltiplos objetivos, que incluem comunicação, entretenimento, aprendizado, suporte criativo, negócios, etc., sendo talvez a característica mais marcante do que se convencionou chamar de "sociedade da informação". Portanto se impõe, técnica e mercadologicamente, também as indústrias midiáticas, cada vez mais atreladas operacionalmente à plataforma *web*. Hoje talvez sequer faça sentido conceber qualquer comunicação midiática isolada do contexto e da linguagem digital; ao menos não em escala industrial. A penetração das tecnologias digitais foi tão rápida e tão transformadora dos comportamentos sociais em todo o mundo que, para alguns, trata-se não apenas de uma nova realidade social, mas de uma nova civilização.[32]

Espera-se, finalmente, que o Superior Tribunal de Justiça, fundado na participação popular, delimite com cautela tais usos, sopesando a utilização direta e indireta para fomentar o pagamento aos titulares e aos seus representantes, de modo a harmonizar a atuação do ECAD com a internet, desafio digno de um maestro de orquestra sinfônica. Conclui-se, com as palavras de Renato Borusso, que, em

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 51. BRASÍLIA. 107 (2). P. 240-256 / JAN- JUN 2016

1984, escreveu o seguinte (BORUSSO, 1984): "se o jurista se recusar a aceitar o computador, que formula um novo modo de pensar, o mundo, que certamente não dispensará a máquina, dispensará o jurista"[33].

Aprovado: 8/7/2016. Recebido: 12/3/2016.

NOTAS

[1] A audiência pública decorrente da discussão do processo em questão envolveu as seguintes entidades: ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição; Oi Móvel S.A. Incorporador do TNL PCS S.A.; MPF – Ministério Público Federal; ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes; DDI – Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura; ACAERT – Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão; ABDA – Associação Brasileira de Direitos Autorais; ABRATEL – Associação Brasileira de Rádio e Televisão; AESP – Associação de Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo; EBC – Empresa Brasil de Comunicação S.A.; NAPSTER – Serviço de Música por Assinatura; Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional; CQ Rights Gestão de Direito Autoral; ABPD – Associação Brasileira de Produtores de Discos; SINDTUR SERRA GAÚCHA – Sindicato de Hotelaria, Restaurantes, Bares e Similares da Região das Hortências e Planalto das Araucárias; CETUC/PUC-RIO – Centro de Estudos em Telecomunicações da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; UBC – União Brasileira de Compositores; CISAC – Confederação Internacional de Sociedade de Autores e Compositores; ABRANET – Associação Brasileira de Internet; OAB ESA – Escola Superior de Advocacia da OAB; LATIN ARTISTS – Federação Ibero-Americana das Associações de Gestão Coletiva de Artistas e Intérpretes do Audiovisual do Brasil; ILDC – Instituto Latino de Direito e Cultura; AMIRT – Associação Mineira de Rádio e Televisão; SERTPR – Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Paraná; MIX Rádio; AMAR-SOMBRÁS – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes/Sociedade Musical Brasileira; e o Professor Titular da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro – Gustavo Tepedino.

[2] "O grande desafio para o direito autoral está no avanço da tecnologia, que faz com que haja uma multiplicidade de utilização da obra protegida, numa rapidez incontrolável. O desafio está em adaptar-se este desenvolvimento tecnológico, por meio de leis modernas, que garantam categorias específicas de proteção ao direito autoral, bem como prevejam disposições que protejam os autores no exercício dos seus direitos autorais." (AFONSO, Otávio. Direito Autoral: conceitos essenciais/ Otávio Afonso. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 9).

[3] Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=53772071&num_registro=201302654647&data=20151026&formato=PDF> Acesso em: 11/03/2016.

[4] Ressalta-se, neste ponto, que, por meio de programas que efetuam a gravação do áudio que é reproduzido no próprio computador, seria possível efetuar uma reprodução do conteúdo musical (não sem perda de alguma qualidade). Este tipo de contrafação, todavia, não é privilégio da tecnologia *streaming*; em uma análise integral dos meios disponíveis, sempre foi possível efetuar a gravação do conteúdo de um disco, de um LP, de uma fita K7, ou mesmo das mídias tocadas por meio de difusões radiofônicas. O conteúdo de um *streaming*, no caso do presente estudo, é o som, e como qualquer com, pode ser gravado.

[5] "Uma conexão *peer-to-peer* é aquela na qual o conteúdo está sendo fornecido não por um único servidor central, mas por outras máquinas iguais, ou "parceiras", as quais estão ligadas através de uma rede." *Tradução livre.* (LESSIG, Lawrence. The future of ideas: the fate of the commons in a connected world / Lawrence Lessig. Vintage Books – A division of Random House, Inc. Neew York, 2001. p. 134).

[6] Faz-se essa ressalva porque o usuário do *simulcasting* pode se utilizar dos meios de comunicação tradicionais para solicitar conteúdo ao emissor de radiodifusão (chamadas por telefone, envio de SMS ou, mesmo, envio de mensagens por e-mail ou aplicativos de comunicação). Tal solicitação é bem mais limitada e pode ser acolhida ou não pelo emissor do conteúdo.

[7] TJDFT. Terceira Turma. Acórdão nº 69.087. Relator Desembargador Campos Amaral. DJ: 28/02/1994. Publicado em 06/04/1994.

[8] TJDFT. 6ª Turma Cível. Acórdão nº 872.326. Relator Desembargador Héctor Valverde Santana. DJ: 03/06/2015. Publicado em 16/06/2015.

[9] *Op. Cit.*

[10] STJ. AgRg no REsp 1.174.097/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 07/11/2011.

[11] "O escritório central de que trata a lei é uma entidade de direito privado *sui generis*, a começar porque sua organização e constituição não decorrem da *affectio societatis*. Sua natureza jurídica foi bem apreciada pelo Judiciário, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 79.329/DF, em que foi relator o ministro Armando Rollemberg. Consignou o magistrado em seu voto: *em primeiro lugar cabe acentuar que no sentido do texto brasileiro, associação é toda coligação voluntária de algumas ou muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar fins (lícitos) sob direção unificante* (Pontos de Miranda – *Com. à Const. de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969).* E logo adiante:

> *Não está em causa a personalidade, nem sequer certa incapacidade de direito (Friedrich Giese, 267.S) como a de receber benefícios (e.g.)* ***modus****. Por outro lado, não pode invocar o princípio constitucional a pessoa jurídica que se proponha a associar-se a outras pessoas jurídicas, ou a pessoas físicas, nem a que deseja aderir ao negócio jurídico da associação* (ob. e loc. cits.). *No caso do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição não se trata de associação criada voluntariamente, e sim por determinação legal (...)".* (SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito Autoral: legislação básica / Carlos Fernando Mathias de Souza. 2. ed. 2003 – Brasília, DF: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 72/73).

[12] Disponível em <http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/Documents/Regulamento%20da%20Arrecada%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf> Acesso em: 11/03/2016.

[13] STJ. REsp 1.207.447, Rel. Ministro Paulo Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12.06.2012, DJe 29.6.2012.

[14] STJ. REsp 1.114.817, Rel. Ministro Luis Felipe, Quarta Turma, julgado em 3.12.2013, DJ 17.12.2013.

[15] TJDFT. Terceira Turma. Acórdão nº 869668. Relator Desembargador Alfeu Machado. DJ: 27/05/2015. Publicado em 01/06/2015.

[16] *Op. Cit.*

[17] Disponível em <http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/Paginas/default.aspx> Acesso em: 10/03/2016.

[18] "O ECAD calcula os valores que devem ser pagos pelos usuários de música de acordo com os critérios do Regulamento de Arrecadação, desenvolvido pelos próprios titulares, através de suas associações musicais. O que o escritório denomina como sendo usuários nada mais é do que as pessoas físicas ou jurídicas que utilizam obras musicais publicamente. Os usuários mais comuns de obras musicais são aqueles mencionados como *locais de frequência coletiva*, presentes no § 3° do art. 68, da lei autoral brasileira. A elaboração do regulamento possui vários elementos que devem combinar entre si, por exemplo, o regulamento classifica o nível de importância da música para a atividade ou estabelecimento, como indispensável, necessário ou secundária. Por outro lado, leva em consideração o aspecto da periodicidade da utilização (se permanente ou eventual) e se a apresentação é feita por música mecânica ou ao vivo, com ou sem dança. Todos esses elementos terminam por classificar o usuário e determinar a quantia por ele a ser paga pelo uso da obra musical." (AFONSO, Otávio. Direito Autoral: conceitos essenciais/ Otávio Afonso. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 104).

[19] "Ao longo de um ano de trabalho e depois de reunir milhares de páginas de documentos e depoimentos de titulares de direitos autorais, de usuários e de autoridades públicas, a Comissão formou a robusta convicção de que o surgimento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais – Ecad, em 1973, representou uma grande conquista dos autores brasileiros. Mas, em seus 40 anos de existência, o Ecad se degenerou. De órgão meramente executivo de arrecadação e distribuição, tornou-se uma instituição poderosa, que está a desafiar alguns princípios elementares do Estado Democrático de Direito. De instituição, que deveria ser um meio pelo qual os titulares de direitos autorais perceberiam o que lhe é devido, o Ecad tornou-se um fim em si mesmo. Voltado para seu próprio umbigo – e para os interesses de seus controladores e dirigentes – o Ecad transmudou-se em cartel, pernicioso para a ordem econômica brasileira, e muito distante do que reivindica a classe artística, protagonizando toda sorte de desvios e ilícitos. Formado por nove associações, sendo sete associações efetivas (UBC, ABRAMUS, AMAR, ASSIM, SBACEM, SICAM, e SOCINPRO) e duas associações administrada (ABRAC e SADEMBRA), o Ecad arrecadou R$ 540,5 milhões e 2011. Esses recursos são recebidos não em seu próprio nome, mas em nome dos associados das sociedades que compõem o ECAD (artistas, compositores e demais titulares de direitos autorais). O ECAD e as associações, como depositárias destes recursos, possuem deveres fiduciários tanto com relação ao grupo difuso que a elas contribui, quanto com o grupo difuso que dela devem receber. Dessa relação fiduciária emerge a necessidade de regulação do sistema de gestão coletiva. Esta é principal conclusão desta CPI." Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951&tp=1> Acesso em: 05/06/2016.

[20] TJDFT. 1ªTurma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Acórdão n° 575.559. Relator Juiz Demetrius Gomes Cavalcanti. DJ: 27/02/2012. Publicado em 28/03/2012.

[21] TJDFT. 5ª Turma Cível. Acórdão n° 327376. Relator Desembargador Luciano Vasconcellos. DJ: 22/10/2008. Publicado em 06/11/2008.

[22] TJDFT. 4ª Turma Cível. Acórdão n° 172857. Relatora Desembargadora Vera Andrighi. DJ: 24/02/2003. Publicado em 21/05/2003.

[23] TJDFT. 3ª Turma Cível. Acórdão n° 912293. Relator Desembargadora Ana Cantarino. DJ: 16/12/2015. Publicado em 25/01/2016.

[24] TJDFT. 6ª Turma Cível. Acórdão n° 877869. Relator Desembargador Jair Soares. DJ: 01/07/2015. Publicado em 07/07/2015.

[25] Lei n° 12.965/2014, cujo objetivo foi estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

[26] TJDFT. 2ª Turma Cível. Acórdão n° 874067. Relator Desembargador J.J. Costa Carvalho. DJ: 03/06/2015. Publicado em 18/06/2015.

[27] TJDFT. 5ª Turma Cível. Acórdão n° 882317. Relator Desembargadora Maria de Lourdes Abreu. DJ: 24/06/2015. Publicado em 22/07/2015.

[28] TJDFT. 5ª Turma Cível. Acórdão n.855664. Relator Desembargador Carlos Rodrigues, Revisora Desembargadora Maria de Lourdes Abreu. DJ: 04/03/2015. Publicado em 23/03/2015.

[29] NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência. Revista de Direito das Comunicações. Vol. 8/2014. p. 63-88. Jul-Dez/2014. p. 82.

[30] NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência. Revista de Direito das Comunicações. Vol. 8/2014. p. 63-88. Jul-Dez/2014. p. 85.

[31] NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência. Revista de Direito das Comunicações. Vol. 8/2014. p. 63-88. Jul-Dez/2014. p. 85/86.

[32] VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um Modelo em Transformação. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 110.

[33] BORRUSO, Renato. Computer e Diritto: Analisis Giuridica del Computer. Milano: Giuffr Editore, 1984, p. 29.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimídia. *In*: **Direito da sociedade da informação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BORRUSO, Renato. ***Computer e Diritto: Analisis Giuridica del Computer***. *Milano*: Giuffr Editore, 1984.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 69087. Relator Desembargador Campos Amaral, 1994. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 872326. Rel. Desembargador Hector Valverde Santana, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1174097/RS. Rel. Ministro Sidnei Benetti, 2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.207.447. Rel. Ministro Paulo Sanseverino, 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.114.817. Rel. Ministro Luis Felipe, 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 869668. Rel. Desembargador Alfeu Machado, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 575559. Rel. Juiz Demetrius Gomes Cavalcanti, 2012. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 327376. Rel. Desembargador Luciano Vasconcellos, 2008. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 172857. Rel.a: Desembargadora Vera Andrighi, 2003. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 912293. Rel. Desembargadora Ana Cantarino, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 877869. Rel. Desembargador Jair Soares, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 874067. Rel. Desembargador J.J. Costa Carvalho, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 882317. Rel. Desembargadora Maria de Lourdes Abreu, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n° 855664. Rel. Desembargador Carlos Rodrigues, 2015. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/ Acesso em: 08/03/2016.

LESSIG, Lawrence. ***Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world***. *New York*: Random House, 2001.

NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência. **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 8/2014. p. 63-88. Jul-Dez/2014.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e Propriedade Intelectual – A crônica de um Modelo em Transformação**. Rio de Janeiro:Editora Lumen Juris, 2010.

WU, Tim. *The broadband debate, a user's guide*. ***Journal of Telecommunications and High Technology Law***, Colorado, v. 3, n. 69, 2004.

Rogério Alves Vilela

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino.
Pós-Graduado em Direito Internacional do Comércio pela Fundação Getúlio Vargas.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Advogado.

Chules, Vilela & Gomes Rocha Advocacia
SRTVS 701, Bl. O, Ed. Multiempresarial, Sala 495
Brasília/DF
CEP 70340-907
rogerio@lawdf.com.br