

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 6

OUT/DEZ 2015

Doutrina Nacional / Aline de Miranda Valverde Terra / Daniela de Carvalho Mucilo / Daniel Bucar/ Luciano L. Figueiredo/ Paula Greco Bandeira / Rafael Ferreira Bizelli

Doutrina Estrangeira / Lorenzo Mezzasoma

Pareceres / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Heloisa Helena Barboza

PARECER

A COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE AS OBRAS MUSICAIS E FONOGRAMAS TRANSMITIDOS VIA INTERNET

Copyrights on Music and Phonograms Transmitted via Internet

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Sócio fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados

Resumo: As tecnologias ampliaram os meios de disponibilização de obras artísticas. A despeito da diversidade estrutural das novas modalidades de transmissão tecnológica, tais ferramentas desempenham a mesma função das modalidades tradicionais de radiodifusão. Incide, em consequência, o art. 29 da Lei 9.610/98, deflagrando-se, após a autorização prévia e expressa do autor, a cobrança de direitos autorais como forma de remuneração pela utilização de sua obra. Com efeito, 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 alcance potencial de número indeterminado de pessoas.

Palavras-chave: Direitos autorais; Internet; Execução pública.

Abstract: The technologies have expanded the ways of providing artistic works. Despite the structural diversity of new technological forms of transmission, these tools perform the same function of traditional forms of broadcasting. Therefore, art. 29 of Law 9.610/98 must be applied, protecting copyright after the prior written consent of the author, as compensation for the use of his work. Indeed, what characterizes the public performance of musical works over the Internet is making it available due to the transmission itself considered, given the scope of potential unknown number of people.

Keywords: Copyrights; Internet; Public performance.

Sumário: 1. Síntese – 2. A evolução dos bens jurídicos e as novas tecnologias. Identidade de função dos bens jurídicos: incidência da mesma disciplina jurídica. Transmissão e potencial retransmissão, via internet, das obras musicais, alcançando público indeterminado e superior às mídias tradicionais – 3. Os direitos autorais como forma de proteção à personalidade do autor. Necessidade de proteção nas variadas formas de manifestação. Interpretação do art. 68, §§ 2º e 3º, Lei 9.610/98. Evolução dos conceitos de execução pública e local de frequência coletiva. Possibilidade de cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet – 4. Resposta aos quesitos.

Honra-nos ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD, solicitando OPINIÃO DOUTRINÁRIA acerca de sua legitimidade para a cobrança de direitos autorais com relação às obras musicais e fonogramas transmitidos via internet, por meio de diferentes tecnologias, tais como *webcasting*, *simulcasting*, *streaming* e *podcasting*.

A partir da indagação apresentada, o Consultante formula os seguintes quesitos:

- 1. Como se caracteriza a execução pública musical na internet?**
- 2. A internet é um ambiente de frequência coletiva?**
- 3. Há transmissão na execução pública musical na internet?**
- 4. Como o Marco Civil da Internet aprovado em 23 de abril de 2014 definiu a internet?**
- 5. A transmissão de obras musicais e fonogramas na internet configuram execução pública?**
- 6. Comparativamente aos meios convencionais de radiodifusão, a utilização de obras musicais e fonogramas no ambiente de internet atinge um público indeterminado potencialmente maior do que o de telespectadores e de ouvintes de rádio?**
- 7. A transmissão de obras musicais via internet depende de licença exclusiva e autônoma dos respectivos titulares independentemente de licenciamentos concedidos para efeito de transmissões por TV e rádio convencionais tal como eram conhecidos e funcionavam antes do advento da internet?**

Para responder a tais quesitos, desenvolveu-se a seguir a presente OPINIÃO DOUTRINÁRIA em dois eixos temáticos, cujas conclusões se encontram sintetizadas em ementa, após a qual se seguirão seu desenvolvimento e as respostas específicas aos quesitos formulados.

1. Síntese

As tecnologias ampliaram os meios de disponibilização de obras artísticas. A despeito da diversidade estrutural das novas modalidades de transmissão tecnológica, tais ferramentas desempenham a mesma função das modalidades tradicionais de radiodifusão. Incide, em consequência, o art. 29 da Lei 9.610/98, deflagrando-se, após a autorização prévia e expressa do autor, a cobrança de direitos autorais como forma de remuneração pela utilização de sua obra, consistindo os direitos autorais em direito fundamental dos autores em razão da execução pública e transmissão de sua criação artística na internet, *locus* público de frequência coletiva, que se projeta para número indeterminado de pessoas.

Além disso, a hipótese de transmissão simultânea em múltiplos ambientes propiciados pela internet não gera duplicidade de cobrança sobre o mesmo fato gerador (*bis in idem*) tendo em conta a diversidade dos ambientes de execução, assim como ocorre nas mídias tradicionais retransmitidas por pluralidade de meios de difusão (art. 31, Lei 9.610/98). Em consequência, para cada modalidade de utilização deve haver uma autorização específica.

Por outro lado, não se confundindo a linguagem técnico-jurídica com a vulgar, deve o intérprete atribuir ao texto legislativo o sentido próprio dos conceitos jurídicos, em que a noção de publicidade da obra intelectual não é dada pelo (maior ou menor) número de pessoas atingidas. Nessa esteira, a audição privada por uma única pessoa em seu computador pessoal, ou, em contrapartida, o compartilhamento coletivo da transmissão não serve de critério diferenciador da incidência normativa, já que o fato gerador do direito autoral é a comunicação ao público (*rectius*, execução pública) estabelecida com a transmissão, exposta a público indeterminado em local de frequência coletiva (internet). Trata-se do mesmo substrato gerador da Súmula 63 do STJ, segundo a qual “são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”, independentemente de ter sido a programação transmitida, percebida ou escutada por um único ouvinte. Mostra-se, pois, irrelevante, no sistema jurídico brasileiro, o quantitativo de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a caracterização de local de frequência coletiva, bastando que se possa, potencialmente, atingir uma coletividade de pessoas.

Em definitivo, 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 alcance potencial de número indeterminado de pessoas.

2. A evolução dos bens jurídicos e as novas tecnologias. Identidade de função dos bens jurídicos: incidência da mesma disciplina jurídica. Transmissão e potencial retransmissão, via internet, das obras musicais, alcançando público indeterminado e superior às mídias tradicionais

A transmissão das obras musicais e fonogramas via internet e suas repercussões para o direito brasileiro situam-se, do ponto de vista dogmático, no âmbito do debate doutrinário acerca da evolução dos bens jurídicos. Tradicionalmente, sob a perspectiva estrutural dos fatos jurídicos que por muitos anos preponderou na teoria dos bens, associava-se o conceito de bem à sua fruição de forma exclusiva, a traduzir direito subjetivo atribuído a determinado titular em caráter privativo. Nesta esteira, apenas o proprietário tinha direitos exclusivos sobre as coisas, em regime de pertinência que lhe propiciava amplos poderes de disposição, uso e gozo, sem qualquer atribuição de deveres ou ônus em razão de sua titularidade. Em uma palavra, a coisa objeto do domínio servia tão somente a certa pessoa, que dela extraía todas as suas utilidades. Construiu-se, dessa maneira, a doutrina do direito autoral a partir da propriedade (de coisa imaterial), tendo por paradigma o dono da obra. Os bens jurídicos, por outro lado, como as criações artísticas e intelectuais, eram descritos de forma estática, com classificações rígidas que desconheciam o contexto fático em que se encontravam e a função a que se destinavam.

Entretanto, com o desenvolvimento do perfil dinâmico da relação jurídica, constatou-se que a noção de bem pressupõe a sua aptidão funcional para constituir objeto de direitos.¹

Diante desta premissa dogmática, o bem não se identifica com a coisa em sentido material (ou não jurídico). Resulta, necessariamente, de processo de individuação, de modo a determinar, no campo da realidade objetiva, parcela autônoma e unitária sobre a qual recaia interesse subjetivo cuja tutela justifique sua qualificação como bem jurídico. A partir de tal individuação, o bem, extraído da realidade tangível

¹ Nesta perspectiva, seja consentido remeter a Gustavo Tepedino, *Regime Jurídico dos Bens no Código Civil*. In: Sílvio de Salvo Venosa *et al.*, *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

(suporte fático de incidência do direito), assume conteúdo e contornos inteiramente diversos da realidade material, compatíveis com a função a que se destina.² Pela mesma razão, o bem jurídico pode representar coisas imateriais, incorpóreas³ ou intangíveis, a exemplo das obras musicais, dos direitos autorais, da clientela, da marca, da informação, dentre outras. Nessa perspectiva finalística devem ser analisadas as tecnologias de difusão, transmissão e reprodução de obras musicais, com as novas mídias que a cada dia se multiplicam e se renovam no espaço virtual. Cuida-se de bens jurídicos destinados não somente à reprodução, execução, transmissão e retransmissão, como também à recepção, difusão e publicização da liberdade de expressão, para o compartilhamento, em dimensão geográfica ilimitada, de obras artísticas. Assim como as redes sociais e os chamados sites de relacionamento congregam multidões a partir do recesso privado de cada um dos participantes, sem aglomeração física do público, também a publicidade de obras intelectuais ocorre sem a presença da multidão de outrora, por meio de sítios virtuais que asseguram a publicidade da execução para número indeterminado de pessoas sem contato físico.

Diante da mutação funcional dos centros de interesse, novos bens jurídicos adquiriram papel preponderante na contemporaneidade, substituindo outros que, ao longo do tempo, desapareceram do mercado de consumo. A Revolução Tecnológica permitiu, a um só tempo, o surgimento de novos (i) bens imateriais, como as criações intelectuais, a informação, o *know-how*, os interesses difusos, os *e-books* e as redes sociais⁴; e (ii) meios técnico-científicos de veiculação destes bens imateriais, dentre os

² Sobre o tema, Alberto Auricchio inicia o mais profundo estudo sobre a matéria (*La individuazione dei beni immobili*, Napoli: Jovene, 1960) reproduzindo indagação frequente na manualística alemã: “Tício tem uma fazenda que se compõe de uma casa colonial, um jardim, quatro campos, duas pastagens e um bosque: quantos bens tem Tício?”. Em termos práticos, assim como a existência física de uma porção territorial, materialmente dividida em diversos sítios, e intermediada por vias de acesso, pode conter, juridicamente, um condomínio, um loteamento, ou uma propriedade única, o livro do qual se arrancam folhas, pode resultar em bens distintos, ou em uma resma de papel diversa de obra literária. Salvatore Pugliatti alude a obra clássica de Giuseppe Raimondi, em que o ancião cortava suas próprias unhas, recolhendo os pedacinhos “com afetuoso escrúpulo”, colocando-os em uma caixinha “daquelas que mantinham as mulheres para as recordações de família”. Motivado pelo “estranho afeto”, acrescenta Pugliatti, o universo recolhido “constituía uma coisa em sentido jurídico, um bem de sua propriedade” (*Cosa in senso giuridico (b – teoria generale)*), in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1962, v. XI, p. 58).

³ Sobre a problemática dos bens incorpóreos, v. Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, Milano: Casa Editrice Guiseppe Principato, 1934, pp. 300-301.

⁴ Gustavo Tepedino, *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*, in *Temas de direito civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138. Cf., ainda, Pietro Perlingieri e Francesco Ruscello, *Manuale di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 170: “Em uma sociedade com tecnologia avançada, em contínua evolução, dominada pela indústria e pelo comércio, pelos serviços e pelas ideias, novos bens se individualizam de modo cada vez mais frequente: o *software* (programas para computadores), o *know-how* (procedimentos e conhecimentos empresariais não abrangidos por

quais se destaca a *Internet*, que permitiu conectar os computadores em todo o mundo, propiciando a troca de dados e informações em todos os recantos do planeta. Na definição da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da internet, que objetivou disciplinar os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil⁵, a internet consiste em “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (art. 5º, D).

Na mesma esteira, a legislação estrangeira buscou definir o conceito de internet, ressaltando traduzir-se em meio de transmissão de dados em rede de computadores de alcance ilimitado, a qual qualquer cidadão pode se integrar, a denotar a publicidade das informações veiculadas. Confira-se a definição do 31 U.S. Code § 5362: “Internet – O termo ‘Internet’ significa a rede internacional de computadores de interoperáveis redes de pacotes de dados comutados”.⁶

Ainda na esfera internacional, o caráter público das informações transmitidas via internet é ressaltado pelo trabalho publicado pela CISAC, Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores, que, ao conceituar “performing rights”, ou seja, o direito de comunicar ao público obras protegidas pelos direitos autorais, sublinha que esta execução pública poderá se efetivar pela transmissão da obra via plataformas digitais, com recurso, portanto, à internet. Veja-se a definição: “Direitos de

particulares), a informação em si mesma”. No original: “In una società a tecnologia avanzata, in continua evoluzione, dominata dall’industria e dal commercio, dai servizi e dalle idee, sempre più di frequente si individuano nuovi beni: il *software* (programmi per gli elaboratori), il *know-how* (procedimenti e conoscenze aziendali non coperti da private), l’informazione in sé”.

⁵ Sobre os objetivos da Lei conhecida como Marco Civil da internet, registrou-se em outra sede: “(...) Destina-se a regular tormentosos problemas surgidos pela evolução tecnológica, contrapondo liberdade e responsabilidade. Quatro questões fundamentais tornam-se objeto da nova legislação: (i) a privacidade dos usuários; (ii) o tratamento de dados pessoais; (iii) a responsabilidade civil dos provedores de aplicação ou de conteúdo; (iv) a neutralidade da rede” (Gustavo Tepedino, *Marco civil da internet e os novos problemas do direito privado*. In: *Revista Tridimensional de Direito Civil*, vol. 52, out./dez. 2012, p. v). Como sublinhado pelo relator do Projeto de Lei, Alessandro Molon: “Nosso objetivo, assim, é que o Marco Civil da Internet, ao preservar os direitos de todos os cidadãos e as características básicas da Internet, proteja a liberdade de expressão e a privacidade do usuário, garanta a neutralidade da rede e promova a inovação, além de impedir propostas autoritárias que venham a desfigurar a natureza aberta, não proprietária, descentralizada e distribuída da Internet, para a promoção do desenvolvimento social e econômico do Brasil” (Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli, *A lei 12.962/2014: o Marco Civil da Internet*. In: *Revista de Direito das Comunicações*, vol. 7, jan. 2014, p. 291 e ss.). V. tb. Marcus A. Martins, *Do telégrafo à internet: o histórico da legislação das comunicações do Brasil*. In: *Revista de Direito das Comunicações*, vol. 7, jan. 2014, p. 13 e ss.; Geraldo Frazão de Aquino Júnior, *A responsabilidade civil no âmbito do Marco Civil da Internet*. In: *Revista dos Tribunais Nordeste*, vol. 5, mai./jun. 2014, pp. 257-277.

⁶ Tradução livre. No original: “Internet - The term “Internet” means the international computer network of interoperable packet switched data networks”.

execução. O direito de comunicar o trabalho protegido pelo direito autoral ao público, seja pela apresentação ao vivo, transmissão de rádio, transmissão a cabo ou disseminação por meio de *plataformas digitais, como o streaming*” (grifou-se).⁷

Deste modo, o conceito de internet pressupõe a publicidade das informações transmitidas, que alcança público irrestrito e ilimitado, de modo a permitir a comunicação e a transmissão de dados intangíveis entre todos os computadores integrados à rede mundial.

Neste cenário, os bens imateriais passam a constituir, de modo cada vez mais frequente, objeto das mais variadas relações jurídicas; e, ao mesmo tempo, em razão de sua imaterialidade, são transmitidos para número indeterminado de pessoas via internet, de modo a reclamar imediata tutela jurídica.

Observa-se, assim, o redimensionamento da noção de bens – relativa e mutável, de acordo com o contexto socioeconômico,⁸ – os quais compõem o patrimônio dos sujeitos e consistem em objeto de múltiplo aproveitamento econômico, requerendo o mesmo grau de proteção outrora dispensado aos bens corpóreos ou materiais.⁹ Deste modo, a disciplina das coisas não se afigura estática e imutável, mas varia segundo o bem

e a relação jurídica na qual se insere. O ordenamento jurídico oferece, portanto, mecanismos de tutela diferenciados consoante não apenas o bem, mas o conjunto de interesses (ou finalidade) ao qual se refere e que identifica a disciplina jurídica aplicável.¹⁰

Nesse panorama de extraordinária transformação, os bens jurídicos, independentemente de sua forma de exteriorização e de seu modo de veiculação, hão de

⁷ No original: “Performing rights. The right to communicate a copyright work to the public, whether by way of live performance, radio broadcast, cable transmission or dissemination via digital platforms such as streaming”.

⁸ Acerca da mutabilidade e dinamicidade do conceito de bem, anota Francisco Amaral: “O conceito de bem é histórico e relativo. Histórico, porque a ideia de utilidade tem variado de acordo com as diversas épocas da cultura humana, e relativo porque tal variação se verifica em face das necessidades diversas por que o homem tem passado” (*Direito civil: introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 347).

⁹ Registra, ao propósito, Francesco Ferrara: “Quais bens são juridicamente protegidos depende da determinação das normas positivas em conexão com as condições de civilização. Por isso o conceito de coisa é relativo e mutável. Na vida moderna, a investigação dos bens se alargou, porque ao lado de simples objetos corporais surgiram criações intelectuais (produtos científicos, literários, artísticos) capazes de uma autônoma existência e desfrute econômico. O conceito de coisa se espiritualizou e de simples objeto corporal se elevou a elemento impalpável e suprassensível de nosso patrimônio”. No original: “Quali beni siano giuridicamente protetti, dipende dalle norme positive il determinare, in connessione alle condizioni di civiltà. Perciò il concetto de cosa è relativo e mutevole. Nella vita moderna la cerchia dei beni s’è allargata, perchè a canto a semplici oggetti corporali sono entrate delle creazioni intellettuali (prodotti scientifici, letterari, artistici) come capaci d’un’autonoma esistenza e sfruttamento economico. Il concetto di cosa si è spiritualizzato, e da semplice oggetto corporale si è elevato ad elemento impalpabile e soprassensibile del nostro patrimonio” (*Trattato di diritto civile*, vol. I, Roma: Athenaeum, 1921, p. 730).

¹⁰ Pietro Perlingieri e Francesco Ruscello, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 171.

ser disciplinados pelas normas jurídicas identificadas a partir da função que desempenham. Por outras palavras, por meio da função qualificam-se os bens jurídicos, determinando-se, por conseguinte, a disciplina jurídica aplicável. Para cada bem, o ordenamento reserva regime jurídico que o singulariza de acordo com sua específica destinação, finalidade e função. No caso dos direitos de autor, devem ser protegidos como expressão da personalidade e da dignidade humana, valor máximo do ordenamento, a prescindir do modo de expressão ou de exteriorização da obra artística ou intelectual.¹¹ À guisa de exemplo, o livro eletrônico ou *e-book*, acessível por meio de algum serviço *online*, e não mais por edição impressa, há de ser caracterizado como livro em razão de seu conteúdo (obra literária) que desempenha idêntica função do formato físico, independentemente da alteração do modo pelo qual é veiculado.¹²

Assim também ocorre com as obras musicais e fonogramas, os quais, veiculados anteriormente apenas por mecanismos de radiodifusão (rádio e televisão aberta), passaram a ser transmitidos pela televisão por assinatura, desenvolvidos posteriormente com o surgimento dos videocliques, e hoje são transmitidos pela internet, que consiste no meio de transmissão mais eficaz da atualidade, atingindo formidável número de pessoas, das mais variadas formas. Pode-se mesmo afirmar que a internet consiste no meio capaz de atingir maior número de usuários relativamente a qualquer outro mecanismo presente na contemporaneidade.

Nesta esteira, destaca-se o *streaming* como modo de transmissão das obras musicais e fonogramas via internet, sendo a tecnologia que permite disponibilizar conteúdos de livro, música, vídeo, ao vivo ou a pedido na internet. Transmite-se ao vivo e em tempo real os dados em áudio e vídeo pela internet, sem download de conteúdo.¹³ O

¹¹ Sobre o tema, v., por todos, Antônio Chaves, *Direito de Autor: princípios fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 6-7.

¹² Para o desenvolvimento pormenorizado da matéria, v. Gustavo Tepedino, *Da incidência da imunidade tributária sobre livro eletrônico*. In: *Soluções práticas de direito*, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 166-168. Cf., ainda, José de Oliveira Ascensão, *Direito da internet e da sociedade da informação*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99.

¹³ A Comissão Europeia, em seu manual de internet, conceitua o streaming como: “(...) a tecnologia de transmissão ao vivo de imagens e sons na web. (...) web streaming permite às pessoas participar de reuniões, conferências, workshop etc. no conforto de seus escritórios ou de suas casas usando o seu computador”. No original: “(...) a technology to deliver live images and sound on the web (Internet or intranet) (...) Web streaming allows people to follow a meeting, conference, workshop, etc. from the comfort of their own offices or homes using their PC” (disponível em: http://ec.europa.eu/ipg/services/web_streaming/index_en.htm; acesso em 29.4.2015). A definição pode ser também encontrada no *Code of Federal Regulations* (CFR), publicação anual lançada pelo Governo Americano acerca de temas sujeitos à regulamentação federal, na parte relativa aos direitos autorais, nos seguintes termos: “Stream significa a transmissão digital de uma gravação de som de uma obra musical para um usuário final (1) Para permitir que o usuário final escute a gravação de som, enquanto mantém a

streaming funciona tal como a televisão, diferenciando-se apenas quanto à tecnologia de transmissão. Como modalidades de utilização da tecnologia *streaming*, situam-se (i) o *simulcasting*, que traduz a transmissão simultânea de programas ou eventos de difusão em mais de um meio, ou de mais de um serviço ao mesmo tempo, como a transmissão do mesmo programa em várias línguas ou na rádio e na internet, a multiplicar, quase que ilimitadamente, os ambientes alcançados; e o (ii) *webcasting*, que consiste na transmissão de sons ou imagens pela internet.¹⁴ Há, ainda, o *podcasting*, que consubstancia modalidade de publicação de arquivos de mídia digital (áudio, vídeo, foto, PPS, etc.) pela internet, mediante o feed RSS, que permite aos utilizadores acompanhar a sua atualização. Com isso, torna-se possível o acompanhamento e/ou download automático do conteúdo do *podcast*.¹⁵

Da mesma forma, os meios de comercialização das músicas se reinventaram, sendo possível hoje adquirir esses bens imateriais em lojas *online*, de modo que os CDs e DVDs se tornam, cada vez mais, meios obsoletos de acesso à obra musical. Assim sendo, as mídias rígidas vão cedendo lugar à denominada nuvem,¹⁶ meio

conexão de rede ao vivo para o serviço de transmissão, substancialmente no momento da transmissão, exceto na medida em que a gravação de som permanece acessível para futura escuta de uma reprodução de streaming cache; (2) Usando a tecnologia que é projetada de tal forma que a gravação de som não permanece acessível para ouvir no futuro, salvo na medida em que a gravação de som permanece acessível para futura escuta de uma reprodução de streaming cache; e (3) que também está sujeita a licenciamento como execução pública da obra musical”. No original: “Stream means the digital transmission of a sound recording of a musical work to an end user— (1) To allow the end user to listen to the sound recording, while maintaining a live network connection to the transmitting service, substantially at the time of transmission, except to the extent that the sound recording remains accessible for future listening from a streaming cache reproduction; (2) Using technology that is designed such that the sound recording does not remain accessible for future listening, except to the extent that the sound recording remains accessible for future listening from a streaming cache reproduction; and (3) That is also subject to licensing as a public performance of the musical work” (disponível em http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=d564f6d8537f945250af4a991a36ee21&mc=true&node=se37.1.385_111&rgn=div8; acesso em 29.4.2015).

¹⁴ Na definição do dicionário Merriam-Webster, *webcasting* consiste na “transmissão de sons e imagens (tal como de um evento) por meio da *World Wide Web*”. No original: “a transmission of sound and images (as of an event) via the *World Wide Web*” (disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/webcast>; acesso em 29.4.2015).

¹⁵ “Podcasting é um meio simples de entrega de arquivos de mídia por meio de seu download após a solicitação do usuário. O arquivo baixado pode ser executado no computador ou transferido para ampla gama de tocadores de mídia portáteis, dos quais o ipod é o mais conhecido exemplo. O áudio de MP3 é provavelmente o formato mais conhecido, mas o podcasting não é limitado ao áudio, qualquer arquivo pode ser entregue desta maneira” (disponível em http://reports.is.ed.ac.uk/areas/itservices/media/podcasting/service_definition.shtml; acesso em 29.4.2015). No original: “Podcasting is a simple means of delivering a media file by downloading it after a user requests it. The downloaded file can then be played on a PC, or transferred to a wide range of portable media players, of which the iPod is the best known example. MP3 audio is probably the most well known file format, but podcasting is not limited to audio, any file can be delivered in this manner”.

¹⁶ O *National Institute of Standards and Technology* (NIST) do governo norteamericano, com o intuito de uniformizar os conceitos, define Cloud computing como “o modelo para permitir o onipresente e

tecnologicamente mais avançado de armazenamento de informações na rede via internet. Na mesma linha de inovação tecnológica, possibilita-se ao artista ou compositor disponibilizar suas músicas diretamente, com o objetivo de ampliar a divulgação de sua obra para público potencialmente ilimitado.

Nessa esteira, ao se constatar que a música veiculada seja por rádio, seja pela internet, constitui rigorosamente o mesmo bem jurídico imaterial *obra musical ou fonograma*, por evidente identidade de função, diferenciando-se apenas na forma tecnologicamente mais avançada de transmissão, há de se aplicar, como decorrência necessária, idêntica disciplina jurídica.

De fato, a obra musical traduz bem imaterial que expressa determinada composição derivada do intelecto humano, expressão da atividade artística e cultural de determinado sujeito, a constituir a extensão de sua personalidade. A sua finalidade ou função consiste em divulgar a criação artística ou intelectual de certa pessoa ao público. Tal como na rádio, a música veiculada pela internet, por diversos meios de transmissão, como o *webcasting*, *simulcasting* ou *podcasting*, expressa a mesma criação intelectual, atingindo, inclusive, maior número de pessoas. Por outras palavras, a música transmitida pela rádio ou pela internet não se altera, a despeito da diversidade de ferramentas e mecanismos de transmissão.

Em consequência, por se tratar de idêntico bem jurídico – obra musical ou fonograma –, com identidade de função, distinguindo-se apenas nos meios ou formas de divulgação (via rádio, televisão ou internet), há de incidir a mesma disciplina jurídica prevista no ordenamento brasileiro para o tratamento dos direitos, deveres e das relações jurídicas pertinentes aos bens jurídicos obra musical e fonograma.

3. Os direitos autorais como forma de proteção à personalidade do autor. Necessidade de proteção nas variadas formas de manifestação. Interpretação do art. 68, §§ 2º e 3º, Lei 9.610/98. Evolução dos conceitos de execução pública e local de

conveniente acesso à rede sob demanda a um pool compartilhado de recursos computacionais configuráveis (p. ex. redes, servidores, armazenamento, aplicações e serviços), os quais podem ser rapidamente fornecidos e liberados com um esforço mínimo de gerenciamento ou interação com o provedor de serviços. Esse modelo de nuvem é composto por cinco características essenciais, três modelos de serviços e quatro modelos de implantação” (disponível em <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>; acesso em 29.4.2015). No original: “a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model is composed of five essential characteristics, three service models, and four deployment models”.

frequência coletiva. Possibilidade de cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet

No âmbito específico da disciplina jurídica pertinente aos bens musicais, a proteção da autoria da obra é direito fundamental do autor destinado a preservar a sua criação, como decorrência da tutela à sua personalidade.

Por outras palavras, atribui-se aos direitos autorais caráter dúplice correspondente ao direito da personalidade (atributo moral) e ao direito patrimonial relacionado à exploração econômica da obra. O elemento moral exprime a criação intelectual do autor, ao passo que o elemento patrimonial representa a contrapartida econômica pela produção intelectual, permitindo ao autor auferir lucros decorrentes da exploração de sua obra.¹⁷

Deste modo, os direitos autorais, disciplinados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, têm por função ou finalidade, a um só tempo, (i) proteger as criações intelectuais, nos campos literário, artístico e científico, assegurando ao autor da obra os seus direitos morais (direitos de paternidade, integridade, etc.), enumerados no art. 24¹⁸, Lei 9.610/98; e (ii) garantir ao criador da obra seus direitos patrimoniais de autor em razão da exploração econômica da obra. No caso específico das obras musicais, a exploração econômica se opera a partir da execução pública musical em local de frequência coletiva.¹⁹

Na seara dos direitos patrimoniais do autor, a exploração econômica da obra pode se verificar diretamente pelo seu autor ou por terceiros, mediante sua

¹⁷ Sobre o caráter híbrido dos direitos autorais, como direito da personalidade – pelo atributo moral – e como direito patrimonial – quanto ao aproveitamento econômico da obra, v., por todos, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

¹⁸ “Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”.

¹⁹ Na dicção do art. 22, Lei 9.610/98: “Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

autorização, a teor do disposto no art. 29, *caput*,²⁰ Lei 9.610/98. O mesmo dispositivo enumera, em caráter exemplificativo²¹, as modalidades de utilização da obra, dentre as quais se destacam “VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: (...) i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;” e “X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”.²²

Dentre tais modalidades possíveis de exploração das obras, inclui-se, de modo inequívoco, a internet, meio utilizado com mais frequência no Brasil posteriormente à edição da Lei 9.610/98, o qual, mediante a utilização de cabos de fibra ótica, permite a troca de dados e informações em todos os lugares do mundo, criando rede apta a conectar número extraordinário de computadores. Em consequência, as obras que sejam exploradas pelo autor ou por terceiro por meio da internet hão de receber a mesma proteção jurídica prevista no ordenamento para os direitos autorais.

No que concerne especificamente às obras musicais, na atualidade, como se viu, existem diversas formas de exploração da obra musical na internet, dentre as quais o *webcasting*, o *simulcasting* e o *podcasting*, a atrair, por conseguinte, a incidência da Lei 9.610/98. Tais tecnologias enquadram-se nos requisitos de incidência

²⁰ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...)”.

²¹ Esclarece José de Oliveira Ascensão, em comentário ao dispositivo, tratar-se de enumeração meramente exemplificativa (*Direito da internet e da sociedade da informação*, cit., p. 7). Na mesma direção: “Deve ser observado que, de acordo com o discurso tradicional dos direitos autorais, os direitos patrimoniais do autor sobre a sua obra não se esgotam na enumeração trazida pela Lei n. 9.610/98. Ou seja, as possibilidades de utilização econômica da obra não são limitadas pela legislação, pois o rol de modalidades de utilização indicado pela Lei não é taxativo” (Sérgio Said Staut Júnior, *Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*, Curitiba: Moinho do Verbo, 2006, pp. 84-86).

²² Vejam-se, ainda, os demais meios de exploração da obra indicados, em caráter exemplificativo, pela norma em questão: “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; 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: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; 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; 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”.

normativa, caracterizando as modalidades contemporâneas de exploração econômica das obras musicais, executadas publicamente e disponibilizadas a público indeterminado.

Ao propósito do caráter público das informações e dados (aí incluídos, à evidência, as obras musicais e fonogramas) transmitidos pela internet e de seu alcance a público irrestrito, destaca a doutrina especializada:

Hoje o ciberespaço compõe o espaço público e seus sujeitos são todos aqueles que tenham um computador ou celular com acesso à Internet. Cada novo internauta pode ser produtor ou emissor de informações e reorganizar por conta própria parte da conectividade global. (...) No ciberespaço é possível uma comunicação direta, interativa e coletiva, sem intermediários para o acesso a textos, música, e mundo virtual de cada um. (...) Como visto, a Internet estabeleceu uma nova maneira de relacionamento social e nova estrutura comunicacional, ao mudar a forma de aquisição, transferência e uso da informação. O acesso a essa estrutura passou a então significar o acesso ao espaço público, que, no regime democrático instituído pelo texto constitucional, deve ser permitido a todos.²³

Na mesma direção, a jurisprudência, embora ainda não tenha enfrentado com profundidade as repercussões da internet no espaço público e privado, já reconheceu o seu caráter público e irrestrito:

Os provedores de pesquisa virtual realizam suas buscas dentro de um *universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito*, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, *fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores* e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. (...) 5. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, *sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa* (STJ, Rcl 5072/AC, 2ª S., Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Julg. 11.12.2013; grifou-se).

Além disso, os provedores de pesquisa realizam buscas no âmbito da world wide web, um sistema de documentos em hipermídia que são

²³ Régis Fernandes de Oliveira, *Liberdade de Expressão e Internet*. In: Revista de Direito das Comunicações, vol. 4, jul. 2011, p. 27 e ss.

interligados e executados na Internet, cujo acesso é público e irrestrito. Dessa feita, sua função é restrita à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação é livremente veiculado. Afinal, nos termos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) a liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento é um dos princípios que disciplinam o uso da Internet em nosso país (TJPR, AI 1235733-8, 11ª CC, Rel. Min. Gamaliel Seme Scaff, Julg. 15.4.2014; grifou-se).

Portanto, no que se refere especificamente à função de execução e transmissão de obras musicais e fonogramas, não há diferença entre as novas e as antigas ferramentas, que se distinguem, evidentemente, pela tecnologia utilizada. Desta sorte, verificada a execução da obra musical na internet, legitima-se a cobrança dos direitos autorais.

Três questões fundamentais surgem do exame da legitimidade da cobrança de direitos autorais na execução pública musical promovida por essas novas tecnologias: (i) se tal utilização da obra depende de prévia e expressa autorização do autor, enquadrando-se em uma das modalidades previstas no art. 29 da Lei 9.610/98; (ii) se haveria execução pública em local de frequência coletiva, tal como previsto pelo art. 68, §§ 2º e 3º, Lei 9.610/98; e (iii) se haveria modalidade autônoma de transmissão, nos termos do art. 31 da mesma Lei 9.610/98.

Como se sabe, o legislador da Lei 9.610/98, informado certamente pelas tendências que se consolidavam na literatura mundial da propriedade intelectual no final do Século passado, antecipou-se à Revolução Tecnológica que se lhe seguiria, e em diversos dispositivos mostrou-se deliberadamente abrangente, para abrigar as novas modalidades de comunicação ao público (ou execução pública das obras).

Com esse propósito, já em suas disposições preliminares, conceitua, para efeitos de aplicação da Lei, “publicação” e “comunicação ao público”, denotando a preocupação do legislador em estender o campo de abrangência das normas de direitos autorais a todas as hipóteses em que efetivamente ocorra a exploração da obra, mediante sua publicação ou comunicação ao público. Consoante dispõe o art. 5º, Lei 9.610/98:

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

I - *publicação* - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

(...) 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;
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;

A dicção do dispositivo destina-se a alcançar todas as possíveis circunstâncias em que a obra é comunicada ao público.²⁴ Coerentemente com tal diretriz normativa, o art. 7º da Lei 9.610/98 conceitua como obras intelectuais protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) XII - os programas de computador”. Vale dizer, o legislador pretendeu que quaisquer modalidades de criação que viessem a ser inventadas deveriam estar sujeitas à proteção autoral.²⁵

Já o art. 68, Lei 9.610/98 em seus §§2º e 3º, conceitua, respectivamente, “execução pública” e “locais de frequência coletiva”, *in verbis*:

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

²⁴ Sobre o objetivo da Lei 9.610/98, registrou-se em doutrina: “(...) todo o sistema de proteção dos direitos autorais se funda na defesa do autor e na não utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento. O fundamento principal é a importância de fornecer ao autor mecanismos de proteção à sua obra de modo a permitir que seja o autor devidamente remunerado e possa, diante dos proventos auferidos com a exploração comercial de sua obra, seguir produzindo intelectualmente” (Sérgio Vieira Branco Júnior, *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 1-2). Ressalta o autor que as duas preocupações centrais nessa proteção consistem em: “(i) enfatizar a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada; (ii) minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa. De fato, é relevante mencionar que serão protegidas apenas as obras que tenham sido exteriorizadas. As ideias não são protegíveis por direitos autorais. No entanto, o meio em que a obra é expresso tem pouco ou nenhuma importância, exceto para se produzir prova de sua criação ou de sua anterioridade, já que não se exige a exteriorização da obra em determinado meio específico para que a partir daí nasça o direito autoral” (pp. 42-46).

²⁵ “Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) XII - os programas de computador.”

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 (grifou-se).

A tais dispositivos agrega-se o art. 31, que assegura independência a cada meio de utilização, para fins de autorização concedida pelo autor, e o art. 4º, que impõe interpretação restritiva aos negócios sobre direitos autorais, justamente no sentido de ampliar a proteção do autor da obra artística ou intelectual.²⁶

Atendendo-se à finalidade da Lei 9.610/98 de proteger, de forma efetiva, os direitos autorais do criador da obra, o legislador considera execução pública²⁷ a “transmissão por qualquer modalidade”, incluindo-se, assim, a execução de composições musicais e fonogramas pela internet, que constitui atualmente o mais relevante meio de transmissão das obras musicais e fonogramas²⁸.

Da mesma forma, a referência a *local de frequência coletiva*²⁹ indica circunstância espacial apta ao compartilhamento da representação, execução, ou transmissão de obras musicais, figurando a internet, por excelência, como local de frequência coletiva, em que se permite a conexão em rede dos computadores existentes em todas as partes do mundo, transmitindo quantidade significativa de obras musicais e fonogramas.

Confirma-se, desse modo, a conclusão de que, assim como os bens jurídicos se afiguram suscetíveis de contínua evolução, também os conceitos de execução

²⁶ Eis o teor do art. 4º: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”; e do 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”.

²⁷ Tradicionalmente, caracterizava-se a execução pública como “uso de composições musicais (obra musical – obra artística) com ou sem letra, em fonogramas, em obras audiovisuais (autorização de inclusão da obra musical – sincronização, e a exibição propriamente dita da obra audiovisual com a obra musical inserida), na radiodifusão (a emissão por rádio/televisão, é a retransmissão), em show, em música ao vivo (gerando nestes últimos casos o direito para o músico acompanhante)” (Eduardo Pimenta, *Princípios de Direitos Autorais: um século de proteção autoral no Brasil*, livro 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 376).

²⁸ “O desenvolvimento tecnológico, aliado ao avanço da sociedade de informação, alterou profundamente a maneira de se ouvir e consumir música, onde foi massificada a utilização das obras autorais sem autorização dos titulares de seus direitos autorais e os meios digitais ganharam papel de destaque. Mais do que isso, houve uma grande facilitação ao acesso e produção das obras autorais” (Marcos Wachowicz e Guilherme Coutinho Silva, *Novos moinhos de vento: direitos autorais musicais e sociedades informacionais*. In: Marcos Wachowicz, *Direito da sociedade da informação & propriedade intelectual*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 357). Na mesma direção, Patrícia Scorzelli, *O Regime do Direito do Autor em Ambiente Digital*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 76.

²⁹ Vale ressaltar que a referência a locais de frequência coletiva pela lei considera-se meramente enunciativa (Eduardo Monteiro de Castro Casassanta, *Gestão coletiva dos direitos autorais: análise da Lei nº 9.610/98*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 56). Nessa mesma direção, v., na jurisprudência, STJ, REsp 524.873, 2ª S., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 22.10.2003.

pública e de local de frequência coletiva alteram-se radicalmente com a Revolução Tecnológica, justificando-se, nessa perspectiva, a adoção de hermenêutica destinada a preservar a finalidade de proteção dos direitos autorais. Daí a enumeração exemplificativa do § 3º do art. 68, Lei 9.610/98, acima transcrito, que se antecipa aos avanços tecnológicos, de modo a tutelar os direitos autorais, na linguagem do legislador, “*onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas*”.

Mostra-se eloquente, nessa linha de raciocínio, a ampliação jurisprudencial da noção de *local de frequência coletiva*, afastando a sua caracterização da necessidade de aglomeração popular, o que permitiu incluir no conceito hotéis, motéis e seus aposentos, lojas comerciais, considerando-se, portanto, a transmissão da música nestes estabelecimentos como execução pública, para fins de recolhimento dos direitos autorais. Como bem sublinhado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, na linha da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 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 equívoco que o legislador não cometeu. Basta a leitura do art. 68 da Lei 9.610/98 para espantar essa dificuldade. Lá estão bem claros os conceitos de representação pública, execução pública e de frequência coletiva. E neste último estão incluídos os hotéis e motéis, espreado 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.³⁰

³⁰ Confirma-se a ementa do aludido acórdão: “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 (...). Não se trata mais de criar a diferença do modo de retransmissão, tal o substrato da antiga jurisprudência. Agora o que importa é que exista a transmissão em local de frequência coletiva, isto é, naqueles locais que a Lei indicou como tal, incluídos os motéis e os hotéis. Demais disso, não se pode imaginar que, por exemplo, as televisões estejam nos quartos exclusivamente para a transmissão dos canais abertos, mas, também, incluem, e nos motéis necessariamente, a transmissão de fitas de vídeo, para diversão dos hóspedes. Aqui está a utilização da obra de titular de direito autoral sem o pagamento devido. O mesmo se diga para os aparelhos de rádio, considerando que transmitem obras musicais, particularmente nos motéis e hotéis com o objetivo de entretenimento dos hóspedes” (STJ, RESP 556340/MG, 2ª S., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julg. 28.4.2004). O mesmo já se julgou a respeito de execução de músicas em supermercado (STJ, REsp 1.152.820, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julg. 5.6.2014) e em clínica médica (STJ, REsp 1.067.706/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julg. 8.5.2012).

O mesmíssimo raciocínio permite considerar a transmissão da obra musical e fonogramas via internet como execução pública e a internet como novo *locus* público de frequência coletiva, por conta do alcance potencial de extraordinário número de pessoas, às quais são transmitidas diuturnamente composições musicais, com uso de aplicativos, redes sociais, rádios *online*, por meio de variadas tecnologias, tais como o *simulcasting* e o *streaming*, independentemente de eventual download de conteúdo.

Tal qual consolidado na jurisprudência construída para os meios tradicionais de radiodifusão, o caráter público da execução independe do fato de o destinatário da transmissão encontrar-se no recesso doméstico ou em ambiente que se sabe privado. Ou, analogamente, como já decidiram os tribunais, pouco importa, para fins de caracterização da execução pública, que a transmissão se opere por televisão aberta ou fechada,³¹ discutindo-se, neste particular, apenas o preço, não já a cobrança dos direitos autorais em si considerada. Tampouco importa o fato de a execução depender de iniciativa individual, isto é, de o usuário acessar a internet. Nesse particular, a conexão com os meios digitais equivale ao prosaico gesto de ligar a TV ou o rádio. Afinal, a iniciativa individual de conexão com a rede de internet tem por premissa a execução pública do conteúdo na rede mundial.³²

No caso da transmissão simultânea de obras musicais na rádio e na internet (*simulcasting*), os fatos geradores dos direitos autorais consistem em duas transmissões distintas (via rádio e internet) autônomas, que alcançam públicos

³¹ Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Não resta dúvida, pois, que em face do disposto nos arts. 5º, II e V, 28, 29, VIII, letras “d” e “e”, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.610, de 19.2.1998, e a partir de 20.6.1998, são devidamente exigíveis os direitos autorais dos estabelecimentos hoteleiros pela disponibilização nos seus aposentos de rádio receptor e de aparelho de TV, inclusive de TV a cabo” (STJ, REsp 329.860, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, Julg. 9.11.2004). No âmbito dos tribunais inferiores, confira-se a seguinte decisão: “(...) Esta legislação deve ser observada também pelas operadoras de TV a cabo, como é o caso da ré, que necessita de autorização prévia ou do pagamento de contraprestação pecuniária para execução pública de obras musicais inseridas nas obras audiovisuais que transmite, sendo irrelevante que a transmissão se dê por canal aberto ou fechado. O fato de distribuir sinais ou programas produzidos por terceiros não exime a operadora de TV a cabo de observar a legislação de direito autoral [art. 30, I e parágrafo único da Lei 8.977/95]. Aliás, a transmissão representa forma específica de utilização da obra, que depende de autorização prévia ou contraprestação pecuniária, podendo a execução musical ser relativa a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em obras audiovisuais [art. 86 da Lei de Direitos Autorais]” (TJSP, Ap. Civ. 0145427-44.2008.8.26.0100, 4ª CDPriv., Rel. Des. Enio Zuliani, Julg. 7.3.2013).

³² Discussão análoga consiste na definição da noção de “público” na era digital: “Perguntou-se se esta colocação não iria alterar a noção de público, vigente nos instrumentos internacionais sobre direito de autor. Isto porque levaria a considerar como ‘público’ pessoas que acederiam às obras em lugares e tempos diferentes, ao contrário do que acontece na própria radiodifusão, em que as pessoas estão dispersas mas a recepção é simultânea. (...) Não obstante, pode sustentar-se uma similitude entre a obra disponível em rede e a obra publicada, dada a disponibilidade geral e permanente da obra” (José de Oliveira Ascensão, *Direito da internet e da sociedade da informação*, cit., pp. 107-109).

potencialmente diversos, a justificar finalisticamente a proteção autoral, pela exponencial ampliação de destinatários. Cada mídia se dirige a seu público próprio, dando azo à específica autorização pelo autor, como previsto no art. 31 da Lei 9.610/98 e amplamente praticado nas transmissões e retransmissões tradicionais, em que o mesmo programa, transmitido na rádio e na televisão, requer autorizações distintas, pagamentos de direitos autorais autônomos, diversos contratos de publicidade e assim por diante.

Além disso, não se afasta a cobrança de direitos autorais pelo fato de os músicos espontaneamente oferecerem suas composições e projetarem sua imagem, em favor de seu interesse pessoal, a partir das redes sociais. Ao propósito, seria materialmente impossível ao legislador e ao judiciário avaliarem, caso a caso, as circunstâncias fáticas das transmissões, para fins de recolhimento de direitos autorais, os quais, no sistema adotado pelo Brasil e por diversos países do mundo, opera-se de maneira coletiva, sempre que inexista autorização expressa do autor. Por tal motivo, a renúncia da cobrança deste direito fundamental, na esteira da jurisprudência consolidada, há de ser comunicada previamente ao ECAD, sob pena da exigibilidade dos direitos autorais pelo órgão arrecadador, em benefício do conjunto dos compositores.³³

Diante de nova e autônoma hipótese de incidência dos direitos autorais, o ECAD, a associação das associações de titulares de obras musicais e fonogramas, responsável pela arrecadação unificada dos direitos autorais, encontra-se legitimado, consoante o disposto no art. 99,³⁴ Lei 9.610/98, para efetuar, nos termos da lei, a cobrança

³³ V., exemplificativamente, o seguinte precedente do STJ: “No mérito, foi reconhecido pelo acórdão recorrido que, no evento em questão, os próprios autores das músicas eram os artistas contratados, não sendo, por isso, devidos os direitos autorais. Merece reforma essa orientação, pois o cachê recebido pelo cantor intérprete e a retribuição pelo uso da obra são parcelas inconfundíveis, decorrentes de situações jurídicas bastante distintas, embora possa existir, eventualmente, confusão em relação aos sujeitos que as titulam. A primeira parcela é direito conexo ao direito de autor, porquanto a atividade do intérprete caracteriza-se pela execução de obras musicais. Decorre, porém, de uma relação negocial de prestação de serviços, em que o cantor se obriga a realizar uma apresentação musical em troca de determinada contraprestação pecuniária. Ao seu turno, a retribuição pelo uso da obra, atinente ao conteúdo patrimonial do direito de autor, à sua dimensão econômica, constitui uma forma específica de se remunerar o trabalho intelectual na área das letras e das artes – um ‘salário diferido’, como se costuma denominar (...). Destarte, independentemente do cachê recebido pelos artistas em contraprestação ao espetáculo realizado (direito conexo), é devido o pagamento da remuneração pela execução das músicas (direito de autor)” (STJ, REsp 1207447/RS, 3ª T., Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 12.6.2012). Na mesma direção, destacou o STJ em outro precedente que “(...) 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” (STJ, REsp 1114817/MG, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3.12.2013). V. tb. STJ, REsp 1.404.258/RS, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 11.3.2014.

³⁴ “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

dos direitos autorais em caso de execução pública musical de obras musicais e fonogramas via internet, incluindo-se aí o *webcasting*, o *simulcasting* e o *podcasting*.³⁵

Em síntese, constatada a finalidade de proteção dos direitos autorais como direitos fundamentais, também na transmissão das obras musicais e fonogramas via internet há de se aplicar a disciplina jurídica prevista no ordenamento para as conhecidas hipóteses de execução pública das músicas, com o conseqüente recolhimento de direitos autorais na veiculação de obras musicais e fonogramas pela internet, independentemente da tecnologia de transmissão adotada.

4. Resposta aos quesitos

1. Como se caracteriza a execução pública musical na internet?

Resposta: A execução pública musical na internet se caracteriza pela disponibilização, transmissão e reprodução de obras musicais e fonogramas na rede mundial de computadores, a caracterizar local de frequência coletiva, vez que a internet permite a transmissão de dados a público irrestrito e indeterminado, conectado a esta rede. Pode-se mesmo afirmar que a internet consiste no meio capaz de atingir maior número de usuários relativamente a qualquer outro mecanismo presente na contemporaneidade, estabelecendo a transmissão de dados 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”.

³⁵ Confira-se o seguinte precedente do TJSC: “Direito autoral. Reprodução simultânea em mais de um meio de propagação sonora. Rádio tradicional e internet. Suposta cobrança em duplicata. Não ocorrência. Necessidade de autorização prévia e expressa para qualquer das modalidades existentes. Proteção às verbas decorrentes das criações. Agravo conhecido e desprovido. Havendo reprodução de obra de direito autoral por duplicidade de veículos, simultaneamente (AM/FM e internet), e dependendo da autorização do autor a propagação em qualquer das modalidades, aparenta ser correta a exigência de remuneração por um e pelo outro meio de difusão” (TJSC, AI 2011.000771-6, 6ª CC, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Julg. 14.7.2011). Prossegue o relator no inteiro teor do acórdão: “Importante ressaltar que, por questão de obviedade, o público que ouve a emissora pela via tradicional não se confunde com o outro grupo de pessoas que, de seus computadores, recebem a propagação sonora via internet. Veja-se, destarte, que seria incoerente exigir o pagamento dos valores apenas sobre o conteúdo difundido pela rádio AM/FM, se outros usuários, diferentes dos primeiros, também são beneficiários da execução musical. Fica aparentemente evidente que os criadores das obras autorais também têm seus trabalhos divulgados pela internet, modalidade de utilização que de igual maneira depende de autorização. Ainda que assim não fosse, observa-se pontual a afirmação proferida pela Magistrada, segundo a qual ‘embora em tempo simultâneo, cujo formato denomina de *simulcasting*, as mesmas obras são disponibilizadas ao público por dois meios de transmissão completamente distintos”.

informações. Desse modo, ao transmitir obras musicais e fonogramas a todos os computadores em rede, a internet opera a execução pública musical.

2. A internet é um ambiente de frequência coletiva?

Resposta: Sim. Assim como ocorre com os bens jurídicos sujeitos à contínua evolução, os conceitos de execução pública e local de frequência coletiva, referidos nos §§ 2º e 3º do art. 68, Lei 9.610/98, alteram-se radicalmente, justificando-se, nessa perspectiva, a intervenção legislativa destinada a preservar a finalidade de proteção dos direitos autorais. Daí a enumeração exemplificativa do § 3º do art. 68, que se antecipa aos avanços tecnológicos, de modo a tutelar os direitos autorais, na linguagem do legislador, “*onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas*”.

Nessa direção, a internet consiste em local de frequência coletiva por excelência, com acesso a público irrestrito, que permite a conexão em rede dos computadores existentes em todas as partes do mundo, transmitindo quantidade significativa de obras musicais e fonogramas às pessoas conectadas nesta rede mundial. De outra parte, afasta-se da noção de local de frequência coletiva a necessidade de aglomeração popular. Tal qual consolidado na jurisprudência construída para os meios tradicionais de radiodifusão, o caráter público da execução independe do fato de o destinatário da transmissão encontrar-se no recesso doméstico ou em ambiente que se sabe privado; ou, ainda, de a execução depender de iniciativa individual, isto é, de o usuário acessar a internet, tendo em conta que a iniciativa individual de conexão com a rede de internet, exercida em ambiente privado, tem por premissa a execução pública do conteúdo na rede mundial.

3. Há transmissão na execução pública musical na internet?

Resposta: Sim. Ao propiciar a troca de dados e informações em todos os computadores integrados em rede, a internet estabelece

a transmissão destes dados. No que concerne às obras e musicais e fonogramas, a internet permite a sua transmissão, atingindo público indeterminado de pessoas, a configurar a execução pública musical via internet. E o conceito de transmissão na Lei Autoral brasileira está adstrito à definição da execução pública musical e da representação, ou seja, modalidades de comunicação ao público.

4. Como o Marco Civil da Internet aprovado em 23 de abril de 2014 definiu a internet?

Resposta: O Marco Civil da Internet, regulamentado pela Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, definiu a internet, em seu art. 5º, I, como “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Tal conceito, portanto, pressupõe a publicidade das informações transmitidas, alcançando público irrestrito, de modo a permitir a comunicação e transmissão de dados entre todos os computadores integrados à rede.

5. A transmissão de obras musicais e fonogramas na internet configuram execução pública?

Resposta: Sim. A transmissão de obras musicais e fonogramas na internet, tecnicamente, corresponde à transmissão desses dados a público potencialmente ilimitado, representado portodos os computadores em rede. Em consequência, a transmissão de obras musicais e fonogramas via internet configura execução pública, nos termos da Lei 9.610/98, a deflagrar o licenciamento específico dos direitos autorais de execução pública musical e a consequente cobrança da devida retribuição. a cobrança de direitos autorais.

6. Comparativamente aos meios convencionais de radiodifusão, a utilização de obras musicais e fonogramas no ambiente de internet atinge um público indeterminado potencialmente maior do que o de telespectadores e de ouvintes de rádio?

Resposta: Sim. A internet permite a troca de dados e informações em todos os lugares do mundo, criando rede apta a conectar portentoso número de computadores. Deste modo, a internet constitui novo *locus* público de frequência coletiva, por conta do alcance potencial a colossal número de pessoas, às quais são transmitidas diuturnamente composições musicais, com uso de aplicativos, redes sociais, rádios online, por meio de variadas tecnologias, tais como o *webcasting*, *simulcasting* e o *podcasting*, de sorte a atingir, comparativamente aos meios tradicionais de radiodifusão, público potencialmente maior do que o de telespectadores e de ouvintes de rádio.

7. A transmissão de obras musicais via internet depende de licença exclusiva e autônoma dos respectivos titulares independentemente de licenciamentos concedidos para efeito de transmissões por TV e rádio convencionais tal como eram conhecidos e funcionavam antes do advento da internet?

Resposta: Sim. A transmissão de obras musicais via internet dirige-se a público próprio, exigindo específica autorização do seu titular, como previsto no arts. 29 e 31 da Lei 9.610/98. Por conseguinte, requer licença exclusiva e autônoma dos titulares da obra musical independentemente dos licenciamentos concedidos para as transmissões por TV ou rádio convencionais, com o pagamento de direitos autorais autônomos, diversos contratos de publicidade e assim por diante.