

ANA LUÍZA DE FARIA CANASSA

STREAMING E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Antonio Carlos Morato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

ANA LUÍZA DE FARIA CANASSA

STREAMING E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Antonio Carlos Morato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Canassa, Ana Luíza de Faria
Streaming e função social do direito autoral ; Ana
Luíza de Faria Canassa ; orientador Antonio Carlos
Morato -- São Paulo, 2020.
326
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2020.

1. Streaming. 2. Mercado Musical. 3. Direitos
Autorais. 4. Função Social. I. Morato, Antonio
Carlos, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Antonio Carlos Morato, primeiramente pela oportunidade, e mais do que isso pelos ensinamentos, pela atenção, apoio e suporte durante os três anos de estudos.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelas oportunidades de aprendizagem, ensino e formação acadêmica.

Aos meus amigos e familiares, pelo estímulo, pela paciência e pela confiança durante todo o processo de elaboração do presente trabalho.

RESUMO

CANASSA, Ana Luíza de Faria Canassa. *Streaming e a função social do direito autoral*. 2020. 326 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O *streaming* é uma tecnologia que revolucionou o mercado musical ao inaugurar um modelo de negócio que estimulou o consumo pago e lícito de música, em meio a um contexto marcado pela disseminação da pirataria, a partir do advento da Internet. O *streaming* compreende um fluxo de transmissão de dados, através da rede, que permite a emissão e a recepção simultâneas desses dados, sem que haja armazenamento de conteúdo na memória do computador do usuário. A partir dos anos 2000, foram criadas plataformas, baseadas nessa tecnologia, que oferecem catálogos amplos e diversificados de conteúdos musicais, cujos direitos autorais e conexos são previamente negociados com seus titulares, a um preço acessível ao consumidor. A popularização desses serviços gerou expectativas de diminuição da pirataria, maior acesso à cultura pelo público e de viabilizar a desintermediação do mercado musical, possibilitando a negociação direta das plataformas com autores e artistas, garantindo melhores remunerações a estes, o que ocasionaria na derrocada da indústria fonográfica. O *streaming* surge com a proposta de garantir um equilíbrio entre interesses dos autores e artistas e da coletividade, no mercado musical, atendendo aos anseios da função social do direito autoral. Para avaliar se essas expectativas foram atendidas, utilizou-se do método dialético, partindo de uma abordagem do contexto da Sociedade da Informação, dentro do qual foram analisados os avanços tecnológicos que proporcionaram a difusão de obras musicais desde os primórdios, até alcançar o *streaming*; os desafios enfrentados pela indústria fonográfica com o advento da Internet e com a expansão da pirataria; o surgimento, as características, as modalidades, o histórico, as discussões envolvendo a sua natureza jurídica e alguns aspectos práticos de mercado relacionados ao *streaming*. O objetivo é compreender a dinâmica dessa tecnologia, dentro de uma multiplicidade de contextos (econômico, jurídico, político, social) e, com base nessa abordagem, promover o estudo do par dialético: proteção autoral e acesso à cultura. No campo da análise jurídica do *streaming*, o método indutivo foi utilizado, partindo da análise de tratados internacionais; legislações estrangeiras; do texto legal, de alguns posicionamentos doutrinários e de decisões judiciais brasileiras, com o intuito de sugerir a melhor classificação jurídica dessa tecnologia no ordenamento jurídico pátrio. A partir de todo esse estudo, concluiu-se que, embora o *streaming* tenha dado passos importantes no sentido de atender às expectativas da função social do direito autoral, a tecnologia ainda enfrenta problemas que a afastam desses anseios, principalmente por estar muito atrelada à estrutura tradicional da indústria fonográfica, o que corrobora com o receio de que o direito autoral se torne um direito da empresa intermediária.

PALAVRAS-CHAVE: *Streaming*; Mercado Musical; Direitos Autorais; Função Social.

ABSTRACT

CANASSA, Ana Luíza de Faria Canassa. *Streaming e a função social do direito autoral*. 2020. 326 p. Thesis (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

Streaming is a technology that has revolutionized the music market by inaugurating a business model that has stimulated the paid and lawful consumption of music, in a context marked by the spread of piracy, since the advent of the Internet. Streaming comprises a data transmission flow over the network that allows simultaneous transmission and reception of data without storing it in the user's computer memory. Starting in the 2000s, platforms based on this technology were created, offering broad and diversified catalogues of musical content, whose copyright and related rights were previously negotiated with their owners, at an affordable price to the consumer. The popularization of these services created expectations of reducing piracy, offering greater access to culture for the public and enabling the disintermediation of the music market, by the direct negotiation of platforms with authors and artists, ensuring better remuneration for them, which would lead to the collapse of the phonographic industry. Streaming came with the proposal of assuring a balance between the interests of authors and artists and the society, in the context of music market, complying with the aspirations of the social function of copyright. To evaluate whether these expectations were answered, the dialectical method was used, beginning by making an approach to the context of the Information Society, within which the following aspects were analyzed: the technological advances that provided the diffusion of musical works from the earliest times until the dawn of streaming; the challenges faced by the phonographic industry with the advent of the Internet and the spread of piracy; the emergence, characteristics, modalities, history, discussions involving its legal nature and some practical market aspects related to streaming. The objective of that analysis was to understand the dynamics of this technology, within a multiplicity of contexts (economic, legal, political, social) and, based on this approach, to promote the study of the dialectical pair: copyright protection and access to culture. In the field of streaming legal aspects, the inductive method was used to analyze international treaties; foreign laws; national law, doctrinal positions and judicial decisions, in order to suggest the best legal classification of this technology in the national legal system. From this study, it was concluded that, although streaming has taken important steps towards answering the expectations of the social function of copyright, the technology still faces problems that keep it away from such expectations, mainly because it is still very attached to the traditional structure of the recording industry, which corroborates the fear that copyright will become a right of intermediaries.

KEYWORDS: Streaming; Music Market; Copyright; Social Function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TECNOLOGIAS E OS PROBLEMAS JURÍDICOS	13
1.1 AS TECNOLOGIAS E A DIFUSÃO DE OBRAS MUSICAIS.....	16
1.2 OS CASOS MAIS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO TECNOLOGIA E AS INDÚSTRIAS MUSICAL E AUDIOVISUAL	29
1.3 O SURGIMENTO DA INTERNET E SEUS IMPACTOS	53
1.4 OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	69
2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL.....	84
2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO	84
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL	94
3 A TECNOLOGIA DO STREAMING	125
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS NA OBRA MUSICAL.....	125
3.2 ASPECTOS GERAIS DO STREAMING.....	131
3.2.1 <i>Características e modalidades.....</i>	<i>131</i>
3.2.2 <i>Breve histórico e algumas das principais plataformas</i>	<i>138</i>
3.3 STREAMING E DIREITOS AUTORAIS	151
3.3.1 <i>Os direitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público.....</i>	<i>151</i>
3.3.2 <i>Natureza jurídica do streaming</i>	<i>172</i>
3.3.2.1 <i>Breves considerações sobre o contexto internacional.....</i>	<i>172</i>
3.3.2.1 <i>O streaming no contexto nacional</i>	<i>213</i>
3.4 ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O STREAMING	250
3.5 DIAGNÓSTICO DO STREAMING.....	274
CONCLUSÕES	286
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	300
APÊNDICES	322

INTRODUÇÃO

A Internet foi, provavelmente, uma das maiores invenções da humanidade e representou um dos maiores avanços no ramo da tecnologia dos últimos tempos. Pode-se afirmar que o seu surgimento causou mudanças profundas na dinâmica das sociedades e inaugurou um novo período histórico que ficou conhecido como a Revolução da Tecnologia da Informação. O que a diferencia das demais revoluções vivenciadas pela humanidade – a exemplo da Revolução Industrial – é o fato de que a sua fonte de produtividade deriva do investimento em tecnologia de geração de conhecimentos e de processamento de informações. Nesse novo cenário proporcionado pela evolução das redes, a informação e a comunicação desta assumem papéis de destaque.

A Internet, portanto, ressignificou a noção básica de acesso ao transpor barreiras de ordem temporal, material e espacial. Se hoje um indivíduo é capaz de acessar, em tempo real, as informações sobre os acontecimentos de qualquer lugar do mundo, à distância de um clique no seu computador ou celular, dentro do conforto de sua casa, isso só foi possível graças ao desenvolvimento da Internet. Ocorre que, junto com as vantagens proporcionadas pela tecnologia, ela também vem acompanhada de desafios e esse cenário não foi diferente com a criação da rede mundial de computadores. Segurança, privacidade, manipulação de dados pessoais, pirataria são apenas alguns exemplos de questões afetadas pelo ambiente digital e que, por sua vez, provocaram a atuação do Direito com o intuito de discipliná-las.

Dentre essas questões que chamaram a atenção para uma disciplina jurídica está o surgimento dos serviços de *streaming*, tecnologia viabilizada pelos avanços na Internet e que possibilitou a oferta de amplos catálogos de música, a preços acessíveis ao público, funcionando na base da legalidade, ao conseguir negociar direitos autorais e conexos com seus respectivos titulares. Em meio a um contexto marcado pela explosão do fenômeno da pirataria e pela construção de uma mentalidade popular de que a Internet era um espaço livre do Direito, em que todo e qualquer conteúdo nela disponibilizado poderia e deveria ser acessado de forma ampla, irrestrita e gratuita, o *streaming* floresceu como um modelo de negócios juridicamente lícito, oferecendo ao público um serviço barato, de boa qualidade e com um conteúdo musical diversificado.

Relata-se que, em meados da década de 1990, a Internet tornou-se comercial e alcançou o público em geral. Isso impulsionou o desenvolvimento de *sites* de compartilhamento de conteúdos *online*, o que resultou na criação dos *softwares* de

compartilhamento *peer-to-peer* (ponto a ponto), tecnologia que possibilitou a troca de conteúdos entre os usuários, sem que aludidos conteúdos fossem armazenados nos servidores dessas plataformas. Esses *sites* facilitaram sobremaneira a permuta ilícita de materiais entre os internautas, e um dos mercados mais afetados por essas práticas foi o mercado musical.

Combinado com a popularização do formato compacto do MP3, os *downloads* gratuitos e ilegais de música se tornaram um hábito dos usuários da Internet no final da década de 1990 e, com isso, a indústria fonográfica enfrentou uma queda vertiginosa nas receitas com as vendas de formatos físicos (CDs, DVDs, entre outros). As primeiras atitudes tomadas por essa indústria, na tentativa de frear o crescimento dos compartilhamentos ilícitos, foi através de processos judiciais movidos contra os *sites peer-to-peer*. Embora a indústria tenha logrado êxito na maioria desses processos, na prática, essas vitórias não produziram os efeitos esperados: os *sites* estavam sempre modificando os seus *softwares* e se reinventando para continuar a operar.

A criação do modelo de venda digital de músicas, com o lançamento do iTunes pela Apple, em 2003, representou a primeira fagulha de esperança da sobrevivência dos direitos autorais e conexos sobre as obras musicais, no ambiente da Internet. No entanto, foi somente com o desenvolvimento da tecnologia do *streaming*, na segunda metade dos anos de 1990 e com o lançamento das plataformas baseadas nessa tecnologia a partir dos anos 2000, especialmente na segunda metade desse período, que a sobrevivência desses direitos restou efetivamente garantida.

O *streaming* surgiu com a intenção de resgatar os usuários dominados pela “cultura do grátis” e reinseri-los no campo da legalidade. No tocante a esse aspecto, a tecnologia foi relativamente bem-sucedida, conforme será melhor demonstrado ao longo deste trabalho. Ademais, o desenvolvimento desse modelo de negócios criou uma expectativa de que autores e artistas conseguiriam negociar os seus direitos diretamente com as plataformas, sem a necessidade da intermediação dos grandes personagens da indústria fonográfica, quais sejam, as editoras e as gravadoras, o que, por via de consequência, proporcionaria melhores condições contratuais e melhores remunerações a esses autores e artistas. A esperança era de que os serviços de *streaming* possibilitariam a desintermediação do mercado musical, levando à derrocada da indústria fonográfica, o que, para os críticos da estrutura marcadamente concentrada dessa indústria, representaria uma vitória aos titulares originários dos direitos autorais e conexos, especialmente autores, intérpretes e músicos executantes. Na prática, não foi bem isso que aconteceu.

Resta evidenciado, portanto, que a criação dos serviços de *streaming* é acompanhada por algumas propostas que vão ao encontro dos anseios da função social do direito autoral. Isso porque se, de um lado, essas plataformas conseguissem atrair os usuários da rede para o consumo de música através de assinaturas pagas dos seus serviços, a preços baixos e acessíveis ao público, e com a oferta de um amplo e diversificado catálogo de conteúdos musicais e, de outro, elas fossem capazes remunerar melhor os autores e artistas, pelo uso de suas obras, interpretações e execuções, oferecendo melhores condições negociais a eles, esses serviços atingiriam um ponto de equilíbrio ideal entre os interesses dos titulares de direitos e os interesses da coletividade.

Contudo, o que pôde ser verificado ao longo desta pesquisa foi que o *streaming* encontrou muitas dificuldades que o impediram de alcançar todos os objetivos almejados inicialmente. Ainda assim, é importante destacar que esse modelo de negócios se instaurou no mercado de música digital e tem conseguido, paulatinamente, obter alguns resultados positivos, que se coadunam com os anseios da função social do direito autoral, a despeito dos desafios enfrentados. Para chegar a essas conclusões, alguns caminhos precisaram ser percorridos neste trabalho.

O primeiro deles foi um estudo sobre as principais tecnologias que proporcionaram a gradual difusão de obras musicais, a começar pelas caixinhas de música no século XVIII e pela criação do fonógrafo em 1877, passando pelos vários formatos de discos que foram desenvolvidos ao longo dos anos, como o LP, o *laserdisc*, o CD, o DVD e o Blu-ray, até alcançar os compartilhamentos de conteúdos musicais via *download*, especialmente através dos *softwares peer-to-peer*, e os novos modelos de negócios inaugurados com a era digital, a exemplo das plataformas de vendas digitais e dos serviços de *streaming*. A ideia, nesse primeiro momento, foi apresentar as tecnologias que viabilizaram a estruturação do mercado musical e possibilitaram a formação da indústria fonográfica, compreendendo também, no decorrer desse processo, a maneira com que o mercado foi reagindo ao constante aumento do fenômeno da pirataria, sendo este resultante também dos avanços tecnológicos.

Em face da repercussão atingida pela pirataria com o surgimento dos *sites* de compartilhamento *peer-to-peer*, optou-se por dedicar um tópico para tratar dos aprimoramentos realizados nos *softwares* dessas plataformas, a fim de eximi-las da responsabilização pelo compartilhamento ilícito de conteúdos protegidos por direitos autorais entre os internautas. Conforme comentado anteriormente, muitos foram os

processos judiciais sofridos pelos desenvolvedores dessas tecnologias, geralmente iniciados por representantes da indústria fonográfica, que foi bastante afetada por essas práticas ilegais. O andamento e os resultados desses processos também foram objeto de análise nessa primeira parte do trabalho, demonstrando as primeiras medidas tomadas por aludida indústria, com o objetivo de eliminar mencionadas práticas, o que não surtiu os efeitos esperados.

De outra sorte, um dos temas que se entendeu relevante para o escopo desta pesquisa foi o estudo sobre a invenção da Internet e sobre os gradativos aprimoramentos efetuados na rede que possibilitaram a sua expansão a nível global, bem como o aumento da velocidade de conexão e as melhorias nas suas funcionalidades. A importância dessa temática decorre do fato de que sem esses avanços, a estrutura da rede não seria capaz de comportar o desenvolvimento dos serviços de *streaming*. Alguns pontos específicos da história da Internet são fundamentais para o surgimento dessa tecnologia.

O primeiro capítulo é, então, finalizado com uma análise geral das características da Sociedade da Informação a que se vivencia no momento – graças ao advento da Internet –, e dos desafios lançados pela Revolução da Tecnologia da Informação à propriedade intelectual, com foco para as discussões envolvendo os direitos autorais. Um dos objetivos desse tópico é ponderar os movimentos da indústria cultural, face aos avanços tecnológicos, no sentido de pressionar os países a aumentarem o escopo de proteção dos bens intelectuais, como forma de tutelar o investimento das empresas que compõem essa indústria. A intenção é introduzir a preocupação de que o direito autoral esteja se transformando no direito da empresa intermediária.

A parte final desse primeiro capítulo faz conexão com os aspectos abordados ao longo do segundo capítulo. Este, por sua vez, buscou traçar quais são os anseios e as expectativas da função social do direito autoral, ponto de base deste trabalho para viabilizar a posterior leitura que se propõe dos serviços de *streaming*. Nessa perspectiva, optou-se por dividir o capítulo em dois patamares. O primeiro deles, de índole mais genérica, apresentou a forma com que foi desenvolvido o entendimento de que o Direito atende a uma função social, a partir do estudo da passagem do Estado Liberal para o Estado Social e da análise dos movimentos constitucionalistas que marcaram o século XX e proporcionaram as evoluções dos textos constitucionais nesse período, com o intuito de consagrar essa função social. Já a segunda parte do capítulo foi voltada a extrair o princípio da função social do direito autoral do ordenamento jurídico brasileiro, com base no estudo de vários documentos jurídicos, cujas previsões evidenciam a existência e a importância do atendimento a esse

princípio.

O terceiro e último capítulo da pesquisa dedicou-se a uma análise pormenorizada da tecnologia do *streaming*, bem como da estrutura do mercado musical, com o intuito de, ao final, traçar um diagnóstico dos serviços de *streaming* de música, sob o olhar da função social do direito autoral, apresentada no capítulo anterior. Para que esse estudo fosse concluído de maneira satisfatória, foi necessário percorrer o seguinte caminho:

Primeiramente, foi explicado, de forma sucinta, a quem se destina a proteção autoral pelo uso de obras musicais e fonogramas, isto é, quem são os titulares dos direitos autorais e conexos sobre esses bens intelectuais tutelados pela lei e quais são os direitos básicos a que esses titulares fazem jus. Entende-se que essa introdução do assunto foi relevante para compreender a dinâmica do mercado musical. Na sequência, foram apresentados alguns aspectos gerais sobre o *streaming*, tais como a sua definição, as suas características e modalidades e um breve histórico do seu surgimento, contendo também algumas informações sobre as principais plataformas que oferecem esse tipo de serviço atualmente.

Feito esse apanhado geral a respeito do mercado musical e da tecnologia do *streaming*, passou-se à abordagem jurídica do tema. Nesse sentido, entendeu-se pela relevância em apresentar, *a priori*, os três principais direitos envolvidos nas discussões acerca da natureza jurídica do *streaming*, quais sejam, os direitos de reprodução, de distribuição e de comunicação ao público, bem como as previsões da legislação brasileira em torno da disciplina desses direitos. O objetivo foi criar um substrato para embasar os debates que se seguiram no tocante a aludida natureza jurídica dos serviços de *streaming*.

No tocante à análise jurídica dessa tecnologia, optou-se por dividir o estudo em duas frentes. A primeira delas cuidou de apresentar o tratamento jurídico internacional do assunto e, para tanto, analisaram-se os dois tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual elaborados com o intuito de disciplinar os direitos autorais no ambiente digital. Na sequência foram abordadas as maneiras com que a União Europeia e os Estados Unidos receberam esses tratados nos seus ordenamentos jurídicos internos. Especificamente em relação à União Europeia, utilizou-se o exemplo da legislação francesa para ilustrar a forma de incorporação dos documentos comunitários pelos países europeus. Essa primeira parte do estudo jurídico foi importante porque permitiu adotar alguns parâmetros sobre como outros países vinham lidando com a questão do *streaming*.

Já a segunda parte se dedicou a trabalhar com o contexto nacional. Para este

tópico, além da leitura da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que enfrentou o assunto em questão, foi realizado um levantamento jurisprudencial nos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça Estaduais (incluindo o do Distrito Federal e Territórios), utilizando-se como critérios de busca as palavras-chave “*simulcasting*” e “*webcasting*”, modalidades de *streaming* que foram objeto de contendas judiciais. Conjugada à análise da jurisprudência pátria, bem como dos dispositivos legais discutidos nesses processos, também foram apresentados alguns posicionamentos doutrinários sobre a temática, a fim de subsidiar uma conclusão a respeito das possíveis formas de recepção da tecnologia do *streaming* pela legislação autoral brasileira. Ao final deste tópico, foram feitas algumas sugestões de modificações de alguns dispositivos legais, com o objetivo de eliminar as dúvidas que ainda pairam sobre o assunto.

Compreendidos os principais debates jurídicos em torno do *streaming*, foi possível abordar alguns aspectos práticos sobre essa tecnologia, especialmente no tocante aos caracteres mercadológicos das plataformas que prestam serviços na área musical. Nessa perspectiva, foram analisados dados que apontam o crescimento e a representatividade dessas plataformas no mercado musical; as características das formas de negociações de direitos autorais e conexos empreendidas por esses serviços; os percentuais de repasse dos *royalties* aos titulares desses direitos; as dificuldades enfrentadas na instalação desses serviços; a dinâmica da indústria fonográfica perante essas plataformas; alguns problemas que levaram à insatisfação da classe artística em relação a esse modelo de negócios; dentre outros elementos que envolvem o funcionamento dos serviços de *streaming* de música.

A partir de todo esse caminho trilhado ao longo dos capítulos, o tópico final da pesquisa se dedicou a apresentar um diagnóstico do *streaming*, amparado nos aspectos práticos e jurídicos relacionados com essa tecnologia, a fim de avaliar se os serviços de *streaming* de música foram capazes de garantir um equilíbrio entre os interesses de autores e artistas, de um lado, e os da coletividade, de outro, atingindo, nesse sentido, as expectativas criadas pela função social do direito autoral em face a essa tecnologia. Esse é o propósito principal do trabalho que se desenvolve nas próximas páginas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TECNOLOGIAS E OS PROBLEMAS JURÍDICOS

O surgimento e a evolução do direito autoral sempre estiveram ligados, em certa medida, ao desenvolvimento da tecnologia. Isso porque as origens dos sistemas de proteção autoral, tanto o “*droit d’auteur*” francês quanto o “*copyright*” inglês, remontam à invenção da imprensa no século XV, quando foi possível, pela primeira vez na história, produzir cópias dos manuscritos em grande escala, suscitando, por conseguinte, o interesse na proteção de impressores e autores¹.

A partir do século XV, com o desenvolvimento da máquina de impressão e a consequente maior facilidade em produzir cópias, paralelamente se verificou o crescimento da pirataria, o que, já na ocasião, tornou-se uma grande ameaça aos editores e aos vendedores de livros. O resultado foi a adoção do sistema de privilégios, precursor do direito autoral, que consistia na concessão pelos monarcas de um direito de monopólio sobre a reprodução e sobre a distribuição de algumas obras aos editores/impressores, por um tempo limitado, o que possibilitava que referidos monarcas controlassem tanto a imprensa, em uma espécie de censura, quanto a pirataria².

Esse regime de privilégios aos editores/impressores só tem fim no século XVIII, quando surgem as primeiras legislações que se preocuparam com garantir proteção aos autores, tratando-os como proprietários, titulares dos direitos exclusivos de publicação e de distribuição de suas obras. Dentre essas leis, é possível citar o Estatuto da Rainha Ana de 1710, as leis francesas de 1791, sobre entretenimento e de 1793, sobre os direitos de propriedade de autores e o primeiro “*Copyright Act*” norte-americano, de 1790³.

Em resumo, conforme observa Guilherme Carboni⁴, o direito de autor surge mais

¹ BERTRAND, Maître André. ‘Droit d’auteur’, ‘copyright’ and neighbouring rights at the crossroads. In: Debate on the challenges facing the concept of copyright at the turn of the millennium, 1992, Paris. *Anais...* Paris: UNESCO, 1992. p. 1-13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000932/093215EB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017. p. 1.

² CHINNI, Christine L. Droit d’auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017. p. 161-162.

³ Ibid., p. 162-163. BERTRAND, Maître André, op. cit., p. 1. CADAVID, Jhonny Antonio Pabón. Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 13, p. 59-104, 2009. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/436>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 67-69.

⁴ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.

“como uma política do governo para concessão de um monopólio bastante restrito voltado à comercialização temporária de determinadas criações intelectuais”, do que um direito de propriedade do autor, classificação da qual ele só vai se aproximar com o surgimento dos tratados internacionais e das legislações nacionais dos diversos países, sendo considerado, inclusive, por ocasião da Revolução Francesa, no século XVIII, a mais sagrada das propriedades⁵.

Não se pode deixar de mencionar que, com o passar do tempo, os direitos morais de autor foram sendo reconhecidos dentro do escopo de proteção autoral, ao lado dos direitos patrimoniais, de modo que, a despeito das inúmeras teorias que surgiram ao longo dos anos, ora aproximando-o dos direitos reais, ora dos direitos da personalidade, atualmente, a doutrina tende a classificá-lo como um direito *sui generis*, justamente por causa dessa dupla faceta que o caracteriza. Nesse sentido se posicionam, por exemplo, Carlos Alberto Bittar⁶, Eduardo Salles Pimenta e Eduardo Salles Pimenta Filho⁷. De outro lado, autores como José de Oliveira Ascensão⁸ e Sérgio Branco⁹ preferem denominá-lo como um direito de exclusivo.

De qualquer sorte e a despeito da classificação conferida aos direitos autorais na atualidade, o que se pode observar do que foi relatado é um forte interesse, já nos primórdios da proteção autoral, em tutelar a empresa, os investimentos¹⁰. Este interesse, por sua vez, foi sendo absorvido pelas instituições comerciais que passaram, ao longo dos anos, a se beneficiar com a exploração comercial de obras intelectuais, também conhecida como indústria dos bens intelectuais, que, por via de consequência, começou a se mobilizar no sentido de ampliar o objeto de proteção do direito de autor, a exemplo da tutela do *software*,

⁵ José de Oliveira Ascensão relata que, diante da pretensão da Revolução Francesa de abolir os antigos privilégios, a solução adotada foi a de “afirmação de uma propriedade do autor sobre a obra, aproveitando a sacralização que àquele direito se outorgara. O direito de autor seria até a mais sagrada de todas as propriedades”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 29-30.

⁷ PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. A limitação dos direitos autorais e a sua função social. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos Autorais: Estudos em homenagem a Otávio Afonso Santos*. São Paulo: RT, 2007. p. 80-81.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 612-616.

⁹ BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, p. 18-26, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 25-26.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 4.

e de prolongar os prazos de proteção desse direito¹¹. Nessa perspectiva, Carboni¹² identifica a incolumidade da forma de proteção às obras intelectuais, frente às transformações sociais, como “uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria”.

Por outro lado, urge destacar que, ao longo dos anos, muitos foram os avanços tecnológicos que se sucederam e que impactaram os diversos ramos da arte (música, fotografia, audiovisual, literatura, entre outros). Mas de acordo com o que destaca Eliane Y. Abrão¹³, em termos de importância, a máquina de imprensa só foi superada pela invenção da Internet, cerca de quinhentos anos depois. Inicialmente concebida para viabilizar a troca global de informações, mas de maneira individual e privada, com o tempo, ela foi sendo reestruturada para possibilitar a conquista de novos mercados e, conseqüentemente, fomentar o consumo, resvalando, nessa perspectiva, na difusão de obras intelectuais. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, cuja obra foi revista, atualizada e ampliada por Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁴:

(...) menos como invenção e mais como inovação cultural, a imprensa de Gutemberg tem sua estimativa como uma decorrência das conseqüências de sua introdução no contexto do amplexo cultural ocidental. Algo semelhante se processa hodiernamente, na medida em que a cultura digital substitui a cultura da impressão, permitindo que no anonimato gigantesco da rede web se multipliquem e se amplifiquem os espaços de aparição e de socialização cibernética da fé de inúmeras redes de interesses, que vão da mera socialização ao comércio eletrônico e às eleições presidenciais.

Acontece que o Direito não consegue acompanhar a dinamicidade desses avanços e dos seus efeitos na sociedade. Isso acontece por causa da própria estrutura do processo de criação das leis, do funcionamento do poder judiciário, atuando na interpretação e na aplicação dessas leis, em parceria com o trabalho da doutrina, todas tarefas que demandam um tempo mais alongado de estudo e reflexão se comparado com o tempo dinâmico dos avanços tecnológicos. Isso não pode significar, no entanto, um desamparo dos

¹¹ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32. Conforme relata Arthur Coelho Bezerra, “[n]os Estados Unidos, por exemplo, o governo estendeu 11 vezes o prazo de proteção nos últimos cinquenta anos (LESSIG, 2004, p. 121)”. BEZERRA, Arthur Coelho. Direitos autorais e cultura da cópia na Era Digital. *Revista Logos – Ética e Autoria* [online], v. 20, n. 2, p. 6-18, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/6197/7170>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 14.

¹² CARBONI, Guilherme, op. cit., p. 33.

¹³ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 48.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 16.

autores frente aos novos desafios lançados pela tecnologia, conforme destaca Antonio Carlos Morato¹⁵, de modo que aludidos avanços devem caminhar no compasso possível com a proteção autoral, como por exemplo, por meio da adequação dos institutos jurídicos já existentes às novas realidades estabelecidas pelas inovações tecnológicas.

É exatamente neste contexto que se inserem as discussões envolvendo o *streaming* e a proteção autoral, com especial foco para o mercado musical, onde mencionada tecnologia melhor se estabeleceu e se consagrou, agora também alcançando o mercado audiovisual. Contudo, antes de analisar propriamente o tema em questão, é relevante explorar as tecnologias que precederam o advento do *streaming*, especialmente aquelas que viabilizaram a difusão de obras musicais, bem como os desafios por elas lançados ao direito autoral, assunto que será objeto dos tópicos subsequentes.

1.1 AS TECNOLOGIAS E A DIFUSÃO DE OBRAS MUSICAIS

Ainda que a história da música possa ser considerada tão antiga quanto a humanidade, o seu registro documentado não é tão primitivo assim¹⁶. Em especial, a fixação de som em um suporte material é relativamente recente, tendo em vista que, somente no final do século XVIII, surgem as primeiras caixinhas de música, inicialmente como um mecanismo acoplado a relógios e joias, e a partir do século XIX, como objetos independentes¹⁷.

O ano que, de fato, marcou a história da gravação sonora foi 1877, ano em que o fonógrafo foi patenteado por Thomas Edison. De acordo com Daniel M. Gohn¹⁸, o fonógrafo foi “o primeiro aparelho que registrava e tocava o som gravado, usando folhas de estanho sobre um cilindro como o meio no qual sulcos eram cortados por uma agulha”. Ainda que mencionado aparelho tenha se popularizado na época, suas limitações, como a impossibilidade de fazer cópias das gravações (cada cilindro era considerado uma peça única, em termos de conteúdo) e a baixa durabilidade do material utilizado dificultaram a

¹⁵ MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livres-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 78-79.

¹⁶ GOHN, Daniel M. A tecnologia na música. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XXIV, 2001, Campo Grande. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2001. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2001/papers/NP6GOHN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 2.

¹⁷ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 2.

¹⁸ GOHN, Daniel M., op. cit., p. 3.

formação de uma indústria no âmbito musical¹⁹.

Em 1888, o problema das cópias é resolvido com a invenção do gramofone pelo alemão Émile Berliner. Nesse novo sistema, a gravação da música em objeto de formato cilíndrico é substituída pela gravação em discos, com sulcos em apenas uma de suas laterais²⁰. A novidade trazida com esse sistema era a possibilidade de duplicação dos discos, a partir da gravação do material em uma “máster”, que era uma espécie de molde, de onde outras cópias poderiam ser retiradas²¹. Ao mesmo tempo em que se instaura uma especialização das funções de gravação e reprodução²², já que o gramofone somente emitia os sons, mas não os gravava – os discos eram pré-gravados antes de serem vendidos e portanto, o foco deixa de ser a venda de suportes para gravação doméstica –, também se inaugura a indústria fonográfica nos moldes em que é conhecida atualmente, especialmente após o surgimento do disco de face dupla, com gravações em ambos os lados²³.

De outra sorte, os avanços no campo da eletricidade proporcionaram uma série de inovações especialmente relacionadas com a indústria da música, dentre as quais, conjugado com “o descobrimento das ondas hertzianas²⁴ no final do século XIX”, ocasionaram o surgimento da rádio²⁵. Especialmente a partir da Primeira Guerra Mundial, os aparelhos de rádio se tornaram bens de uso doméstico concorrentes dos gramofones.

¹⁹ MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017. p. 7.

²⁰ *Ibid.*, p. 8.

²¹ GOHN, Daniel M. A tecnologia na música. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XXIV, 2001, Campo Grande. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2001. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2001/papers/NP6GOHN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 4.

²² Ressalta-se que, nesse primeiro momento histórico da pesquisa, o termo “reprodução” não está sendo utilizado na sua acepção técnico-jurídica, conforme define o art. 5º, inciso VI, da Lei n. 9.610/1998, no sentido de cópia, mas sim com a ideia de emissão de sons por meio de um aparelho.

²³ MARCHI, Leonardo de, op. cit., p. 8.

²⁴ Conforme relata Marcelo Sacrini, “em 1884, o alemão Henrich Hertz demonstrou que os sinais elétricos poderiam realmente se propagar pelo espaço, quando criou um equipamento composto de duas espirais de arame desconectadas sendo que uma era fonte de ondas eletromagnéticas e, a outra, capaz de captar a oscilação da anterior, o que geraria corrente elétrica. Em 1886, Guglielmo Marconi sintetizou a descoberta de Hertz na concepção de telégrafo criada por Samuel Morse. Essas transmissões pioneiras foram realizadas por Marconi ao conseguir enviar os primeiros sinais sonoros (áudio) convertidos em ondas eletromagnéticas, sem a utilização de fios, a uma distância de aproximadamente três quilômetros”. SACRINI, Marcelo. *Televisão digital: atributos tecnológicos e princípios pedagógicos para implementação no contexto escolar*. 2008. 318 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 80.

²⁵ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 3.

Ainda no início do século XX, Leonardo de Marchi²⁶ aponta um movimento de convergência entre a indústria cinematográfica e o setor radiofônico. Conforme destacado pelo autor, grandes empresas de radiodifusão, como a RCA, a CBS e a NBC, interessadas no controle dos direitos sobre as obras musicais que iriam compor as produções audiovisuais, passaram a investir nesse tipo de matéria-prima, comprando as companhias de discos, as quais, por sua vez, tornaram-se subsetores da indústria cinematográfica. Essa união possibilitou o investimento em materiais e em processos de gravação, a fim de ampliar os lucros, contudo, novos formatos mais atrativos surgiram apenas após a Segunda Guerra Mundial.

Um exemplo disso é o surgimento do LP (Long-Play), lançado em meados de 1948, com capacidade de armazenamento²⁷ de cerca de 23 (vinte e três) minutos de gravação em cada lado do disco²⁸. Executado em um aparelho conhecido como “toca-discos”, o LP é responsável por inaugurar uma nova lógica de consumo na indústria fonográfica, em que a cadeia de gravação, produção, distribuição e divulgação de discos e artistas ganha relevo. A própria estética dos álbuns realça o caráter de “obras artísticas” dos discos que, por sua vez, alcançam o *status* de objeto cultural, passando a ser consumidos como livros, passíveis de colecionamento em discotecas privadas²⁹. Nas palavras de Carolina Gomes, Rosiane França, Taís Barros e Riverson Rios³⁰, “[a]s pessoas deixam de apenas *ouvir* música para *consumir* música, no sentido comercial”.

Com o surgimento do LP e dessa nova lógica de consumo, a indústria fonográfica, já em meados da década de 1950, passa a assumir uma estrutura oligopolista que, inclusive, perdurou ao longo dos anos. Essa estrutura implica em um modelo vertical de negócio, em que as etapas de elaboração de um álbum se concentram nas mãos de algumas empresas, as grandes produtoras que, desde mencionada época, atuam tanto na busca por novos artistas, quanto nos processos de gravação, distribuição, divulgação e comercialização

²⁶ MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017. p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 10.

²⁸ GOHN, Daniel M. A tecnologia na música. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XXIV, 2001, Campo Grande. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2001. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2001/papers/NP6GOHN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 5.

²⁹ MARCHI, Leonardo de, op. cit., p. 10.

²⁹ GOHN, Daniel M., op. cit., p. 13.

³⁰ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 3.

da música. Em outras palavras, o controle concentrado da indústria fonográfica, nos moldes em que se tem conhecimento na atualidade, surge já com o advento do LP na década de 1950³¹.

Por sua vez, a década de 1960 é marcada pelo início da popularização da pirataria com o advento dos discos piratas ou *bootleg records*, dentre os quais estavam incluídos os LPs. Acontece que nesse primeiro momento, aludidos discos piratas não tinham como foco principal a cópia de discos oficiais, mas sim de faixas exclusivas, como a gravação de concertos musicais que, muitas vezes, não eram lançados oficialmente pelas bandas ou artistas. Tratava-se de um produto de exclusividade, mais do que meramente uma questão comercial de produzir álbuns já existentes a um custo baixo, o que caracterizava essa primeira fase da pirataria mais como um movimento de contracultura, em que as “gravações, segundo seus entusiastas, eram trabalhos onde o artista podia ser apreciado sem o gerenciamento das gravadoras e sem a contaminação do mercado em sua criação”³².

Noutro passo, em 1963, a Philips Company lança a fita cassete no mercado. Idealizada para garantir a portabilidade, permitindo que as pessoas gravassem músicas das rádios e as ouvissem em um aparelho portátil, a fita cassete também possibilitou um incipiente cenário de independência das grandes produtoras, tendo em vista que bandas independentes eram capazes de gravar suas próprias canções nessas fitas e posteriormente comercializá-las informalmente. No entanto, a baixa qualidade técnica dessas fitas, conjugada com a dificuldade de distribuição em larga escala, não foram suficientes para criar um mercado competitivo em relação às grandes produtoras³³.

De outra sorte, antes do surgimento do DVD – que gerou impactos não só no mercado audiovisual, como também no fonográfico, com a comercialização de shows, por exemplo –, as empresas Philips e Pioneer lançaram um formato de disco reproduzidor de vídeos, em 1978, que ficou popularmente conhecido como *laserdisc*. Tratava-se de discos de polímero (não mais de cera) que proporcionavam uma imagem colorida analógica excepcional para a época, cuja leitura do disco era feita por meio de *laser*. Esse formato foi

³¹ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 3.

³² PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 117-118.

³³ GOMES, Carolina et. al., op. cit., p. 3.

disponibilizado ao mercado doméstico em 1979, quando a MCA (*Music Corporation of America*) introduziu o produto *laserdisc* sob a marca Disco Vision. Dois anos depois a empresa RCA (*Radio Corporation of America*) lançou um produto competidor, sob a marca *Selecta Vision*, que ficou conhecido como CED (*capacitance electronic disc*), cuja leitura era feita pelo contato direto do disco com uma agulha de diamante – semelhante ao que acontecia com disco de vinil³⁴. No entanto, esses formatos não se popularizaram tanto no mercado como o DVD.

Já na década de 1980, a Sony criou o *Walkman*³⁵, aparelho que possibilitou o consumo móvel de gravações musicais nas fitas cassetes, inclusive, fora dos domínios do lar, como era a praxe até então, em outras palavras, garantindo a portabilidade, o que proporcionou ainda mais visibilidade à fita cassete. Esta, por sua vez, popularizou as gravações domésticas de músicas, permitindo que o usuário criasse uma *playlist* própria nesse suporte e introduzindo a primeira ideia de personalização, que vai ficar mais evidente com o surgimento do MP3, a partir de 1990³⁶. Em contrapartida, a praticidade para a realização de cópias nesse suporte também contribuiu para o aumento da pirataria³⁷.

Cumprir destacar que a década de 1980 também é marcada pela ascensão da tecnologia digital, tendo como seu primeiro expoente o CD (*compact-disc*), lançado em 1983. Trata-se de um suporte digital de reprodução, feito com material de alumínio, menor e mais leve do que o LP, com gravações só de um lado do disco e com capacidade de armazenamento de conteúdo deveras maior, de aproximadamente setenta minutos. Apesar dessas inovações, o padrão de consumo do CD foi muito parecido com o padrão de

³⁴ TAYLOR, Jim et. al. *Blu-ray disc demystified* [e-book]. [S.l]: McGraw Hill Profession, 2008. p. 1 – 2.

³⁵ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 4.

³⁶ Nessa perspectiva relata José Eduardo Ribeiro de Paiva: “O primeiro suporte de gravações que se tornou massivo foi a fita magnética cassete, que entre os anos como 1960 e o início dos anos 1990 fez com que os usuários passassem a produzir suas próprias gravações, gravações não entendidas aqui como registro de performances musicais, mas sim como organização e/ou seleção de músicas para comporem uma *playlist* de acordo com o desejado pelo seu proprietário. Não deve se esquecer que a mobilidade da escuta foi decorrência da fita cassete e do *Walkman* da Sony, o reproduzidor de gravações mais vendido da história”. PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 121.

³⁷ MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017. p. 12.

consumo do LP³⁸, com o diferencial de que o CD³⁹, assim com a fita cassete, também contou com um aparelho leitor portátil, o *Discman*⁴⁰. O consumidor, nesse momento, já poderia consumir música de forma individual, no tempo e local de sua escolha, mas ainda condicionado a uma ordem fixa de faixas determinada pela gravação do CD ou da fita⁴¹.

O surgimento da tecnologia digital levou à sofisticação dos discos piratas, tendo em vista que as cópias digitais apresentavam a mesma qualidade das versões originais encontradas nas lojas. O que antes tinha um caráter de exclusividade e contracultura, passa, nessa segunda fase da pirataria, a assumir a característica mais comercial, de venda a um baixo custo – tendo em vista a ausência de encargos fiscais, trabalhistas e de direitos autorais – de cópias idênticas às versões oficiais produzidas pela indústria fonográfica⁴².

Especialmente entre os anos de 1998 e 2006, com a popularização dos gravadores domésticos de CD, é possível identificar um crescimento significativo na pirataria baseada no suporte físico digital de CDs. Reitera-se que a lógica não é mais a aquisição de materiais inéditos ou desconhecidos de artistas, como acontecia com os *bootlegs*, mas sim a obtenção de lucro com a venda de CDs a um preço abaixo do preço de mercado, com a mesma qualidade dos originais e sem os custos de transação da produção legalizada⁴³.

A evolução da tecnologia digital também proporcionou o surgimento do DVD (*Digital Versatile Disc*), dispositivo criado no Japão em 1996 e lançado nos Estados Unidos em 1997, com capacidade de armazenamento de cerca de 4.7 GB (Gigabytes) de dados

³⁸ MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017. p. 13-14.

³⁹ Conforme destaca Daniel M. Gohn, “[o]utros formatos utilizando sistemas digitais foram posteriormente criados, como o DAT (*Digital Audio Tape*) em 1987, o DCC (*Digital Compact Cassette*) e o MD (*Mini Disc*) em 1991, mas nenhum destes obteve sucesso suficiente de modo a competir com o CD”. GOHN, Daniel M. A tecnologia na música. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XXIV, 2001, Campo Grande. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2001. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2001/papers/NP6GOHN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 5.

⁴⁰ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. p. 17.

⁴¹ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 4.

⁴² PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 119.

⁴³ *Ibid.*, p. 120.

(incluindo som e imagem), sem olvidar que os DVDs de dupla camada comportavam o dobro disso (9.4 GB)⁴⁴. Ademais, o aparelho leitor de DVD também proporcionou uma boa qualidade de som e imagem, isso sem deixar de mencionar que, mesmo que nos primórdios o aparelho de DVD não tenha sido comercializado com a funcionalidade de gravação de discos, essa função foi sendo agregada em versões mais modernas do aparelho⁴⁵. Acontece que, desde a sua criação, o DVD não sofreu grandes inovações, especialmente no tocante ao armazenamento, que manteve os 4.7 GB de dados, o que levou ao desenvolvimento de um novo suporte, com a pretensão de substituir o DVD: o Blu-ray⁴⁶.

Em 2003, a Sony lança o disco de Blu-ray, tendo como principal competidora a Toshiba, responsável pela criação do HD-DVD em 2004⁴⁷. Ambos os formatos de alta definição disputaram o espaço no mercado enquanto produto sucessor do DVD, tendo prevalecido o Blu-ray, que conseguiu mais apoio, especialmente de grandes estúdios cinematográficos. O Blu-ray consiste em um disco óptico, com capacidade de armazenamento de 25 GB nos discos de camada única e de 50 GB nos de camada dupla, que comporta “dados digitais de alta densidade e vídeos de alta definição”, cujo material é mais resistente do que o material do DVD, por apresentar um substrato protetor que evita arranhões e impressões digitais – muito comuns nos CDs e nos DVDs, gerando falhas na leitura destes⁴⁸. Ademais, “[a]o invés do tradicional laser vermelho, ele é gravado e reproduzido com laser azul-violeta, que devido a especificações técnicas, proporciona melhor qualidade”⁴⁹.

A despeito de todas essas vantagens em relação ao DVD, o Blu-ray não atingiu o mesmo sucesso mercadológico daquele. Primeiro porque esse novo formato é composto por uma tecnologia mais sofisticada para evitar cópias, o que acaba por encarecer o produto em questão. Ademais, para usufruir o melhor desempenho do aparelho de Blu-ray, seria necessário adquirir um televisor mais sofisticado, de modo que, “para o espectador provar

⁴⁴ PINHEIRO, Thiago Augusto. *Trajatória tecnológica do videocassete*. 2015. 46 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 39. HENRIQUES, Cintia. *Do videocassete ao blu-ray: as mudanças na forma de ver filmes e seriados*. Campinas: Unicamp, 2008/2009. Disponível em: <http://cintiahenriques.com.br/wp-content/uploads/2015/11/relatorio_final_cintia_final.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 5.

⁴⁵ SOUZA, Juliana de. Mudanças no ato de ir ao cinema e produzi-lo. *Revista Temática*, João Pessoa, v. 8, n. 11, p. 1-16, nov./2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/23158/12737>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 9. PINHEIRO, Thiago Augusto, op. cit., p. 41.

⁴⁶ SOUZA, Juliana de, op. cit., p. 9.

⁴⁷ TAYLOR, Jim et. al. *Blu-ray disc demystified* [e-book]. [S.l.]: McGraw Hill Profession, 2008. p. 1 – 15/1 – 16.

⁴⁸ HENRIQUES, Cintia, op. cit., p. 8-9.

⁴⁹ SOUZA, Juliana de, op. cit., p. 10.

de uma experiência completa que o equipamento proporciona, seria necessário um alto investimento para a aquisição de um televisor, bem como no aparelho de *Blu-ray*”, o que por si só já tornava o formato menos atrativo⁵⁰. Além disso, é possível notar que a demanda do público consumidor não tem se voltado tanto à resolução de imagem e som, mas sim à qualidade do conteúdo das obras, bem como à disponibilidade de maior conteúdo. Essa demanda, por sua vez, vem sendo suprida pelas inovações proporcionadas pela Internet, não só no que concerne à expansão da disponibilização de conteúdos, como também na qualidade da resolução destes⁵¹, o que, conseqüentemente, foi responsável por gerar menos visibilidade ao *Blu-ray*.

Não há que se olvidar, portanto, que o surgimento da Internet causou impactos relevantes para a indústria fonográfica. Nessa perspectiva, destaca-se que, a despeito de ter sido criada na década de 1960⁵², inicialmente para atender a demandas militares e universitárias, portanto, restritas, a Internet só alcança um crescimento exponencial na década de 1990, ocasião em que ela passa a ser utilizada com objetivos comerciais⁵³. Conjugado com essa expansão da Internet, o desenvolvimento da microinformática proporcionou o surgimento de um novo formato de arquivo digital compacto, que representava cerca de 1/12 (um doze avos) do tamanho do formato WAV utilizado nos CDs e ficou conhecido como MP3 (*Motion Picture Expert Group-Layer 3*)⁵⁴. Desenvolvido na Alemanha, no início dos anos de 1990, por uma equipe liderada pelo engenheiro de som

⁵⁰ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. p. 21.

⁵¹ SOUZA, Juliana de. Mudanças no ato de ir ao cinema e produzi-lo. *Revista Temática*, João Pessoa, v. 8, n. 11, p. 1-16, nov./2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/23158/12737>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 10-11.

⁵² Conforme relata Eliane Y. Abrão, “[t]odas as informações conhecidas remetem o nascimento da internet aos idos de 1960, a partir da necessidade do compartilhamento de informações militares sigilosas, até então concentrados em um único local físico, fato esse que tornavam vulneráveis as máquinas computadorizadas que as arquivavam. Daí o surgimento da ARPANET – *Advanced Research Projects Agency*, com o propósito de criar e unificar diferentes linguagens e equipamentos que armazenassem informações, inicialmente enviadas em bloco a um determinado endereço, contendo trechos de dados e instruções à parte para decodificação. Esse sistema começou a aperfeiçoar-se e a expandir-se a partir da troca de informações entre universidades. Carecia, no entanto, que as informações trafegassem de uma rede para outra, o que foi conseguido por meio do Protocolo Internet (IP), identificando cada aparelho em operação. No início da década de noventa, um cientista do CERN – *Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire*, o físico britânico Timothy John Berners Lee criou o *www* (*world wide web*), e, para enviar dados seguros pela rede, a empresa Netscape criou um sistema criptográfico, o protocolo *https* (*hyper text transfer protocol secure*)”. ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 593.

⁵³ FERNANDES, Maurício Gondran, op. cit., p. 11.

⁵⁴ MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017. p. 14.

Karlheinz Brandenburg e patentado pelo Instituto Fraunhofer, que havia financiado a pesquisa, o MP3 se popularizou com o lançamento do software Windows 95, pela Microsoft⁵⁵. Assim como aconteceu com a fita cassete e a posterior criação do *Walkman*, e com o CD, seguido do *Discman*, o formato de MP3 também trouxe à tona um aparelho leitor portátil conhecido como MP3 *Player*, que contribuiu para a disseminação desse novo formato⁵⁶.

Mas não é só. Essa estrutura compacta do MP3⁵⁷ facilitou a livre circulação de músicas pela rede mundial de computadores e uma das consequências disso foi o considerável aumento da pirataria, alçada a um patamar em que as barreiras materiais passaram a ser irrelevantes, pela desnecessidade de um suporte físico, como acontecia com os CDs⁵⁸. O consumo nessa nova era é caracterizado pela sua personalização: o usuário é aquele que determina quais faixas ou álbuns deseja ter acesso. Por outro lado, em certa medida, artistas independentes acabam ganhando espaço nesse novo mercado, tendo em vista a possibilidade de lançarem suas músicas na rede, sem a necessidade de intermediação

⁵⁵ Conforme explana Rodrigo Moraes Ferreira, “[u]m dos princípios da psicoacústica, área do conhecimento que estuda as sensações auditivas, é o de que o ouvido humano apresenta limitações e não funciona como um microfone. Há frequências de áudio imperceptíveis para o ouvido humano e que podem ser descartados sem que ocorra perda na qualidade sonora. A partir de premissas da psicoacústica e de uma linha de pesquisa que abrangia três gerações, Karlheinz Brandenburg foi o mentor intelectual do formato MP3. Foi Eberhard Zwicker quem mapeou as limitações do ouvido humano, mas quem conseguiu quantificá-las matematicamente foi Brandenburg. Este conseguiu descartar informações praticamente inaudíveis para a maioria dos seres humanos. A técnica utilizada é de mascaramento do ouvido humano (...). (...) Brandenburg orientara Bernhard Grill a programar um aplicativo para PC, para o sistema operacional DOS, capaz de codificar e executar arquivos *.mp3*. No final de 1993, foi lançado o *Level 3 encoder*, ou simplesmente *L3Enc*. O software cabia num único disquete de 3,5 polegadas. Os consumidores já podiam criar seus próprios arquivos *.mp3* e colocá-los nos seus PCs. O *L3Enc* foi distribuído gratuitamente, com a finalidade de promover o padrão MP3. Isso porque havia uma guerra entre o formato de áudio MP2 – que era da empresa Philips, a mesma que licenciava o formato CD – e o MP3 – do Instituto Fraunhofer. Em seguida, em 1995, Karlheinz Brandenburg pediu que Bernhard Grill fizesse um player de mp3 para o Windows 95. Foi aí que se popularizou a sigla MP3. O *WinPlay3* também cabia em um disquete de 3,5 polegadas”. FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 254-257.

⁵⁶ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. p. 17.

⁵⁷ Nesse sentido, explica William Sloan Coats et. al.: “not only can existing songs be downloaded over the Internet using MP3 technology, they can also be forwarded quickly to others. Users need only load a CD into their computer, and, using an MP3 translation program, ‘rip’ the wave files off the CD, convert them to the MP3 format, and then send the song over a standard internet connection to someone else or to a website”. COATS, William Sloan et. al. Streaming into the future: music and video online. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Los Angeles, v. 20, n. 2, p. 285-308, 2000. p. 289.

⁵⁸ Nos termos do que acentua Rodrigo Moraes Ferreira, “[e]ssa compressão de áudio, de maneira isolada, foi apenas uma novidade tecnológica. Mas, ao se juntar com o enorme potencial da rede mundial de computadores, o MP3 gerou uma verdadeira revolução. A música tornou-se uma sequência de *bits* que poderia viajar tranquilamente nas infovias. Os arquivos **.mp3** possibilitaram que o *download* e a transmissão de obras musicais pela rede fossem bem mais rápidos do que se não houvesse compressão. Vale lembrar que, na época, a velocidade da Internet e dos computadores era bem inferior à dos dias atuais”. FERREIRA, Rodrigo Moraes, op. cit., p. 256.

de uma gravadora⁵⁹.

No tocante às inovações proporcionadas pela Internet, a primeira modalidade de uso que se popularizou com o advento da rede foi o *download*. Nessa modalidade, o usuário copia completamente um arquivo disponibilizado na rede, em formatos compactos como o MP3, cópia esta que fica armazenada permanentemente no disco rígido (*hard drive*) do computador, de modo que o usuário possa acessá-la quando quiser. Ressalta-se que, nessa hipótese, o usuário só consegue ouvir a música ou assistir ao vídeo após totalmente completado o *download*⁶⁰.

Na forma mais simples de *download*, o conteúdo é enviado para a rede por um usuário, processo conhecido como *upload*, e fica hospedado (*hosted*) em um *site*, de forma que outros usuários possam acessar e “baixar”. No final dos anos 1990 e início dos anos 2000, surge o compartilhamento ponto a ponto, ou *peer-to-peer file sharing*, ou ainda P2P. Diferentemente do caso anterior, em que um *site* intermediário hospeda o conteúdo a ser baixado pelo usuário, no compartilhamento via P2P, o intermediário apenas possibilita que os usuários que tenham à disposição o *software* do P2P troquem e compartilhem entre si os arquivos⁶¹.

Conforme relata Lilian Edwards⁶², em pesquisa feita para a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) ou WIPO (*World Intellectual Property Organization*), existem três ou quatro (sendo uma delas praticamente uma subespécie de outra) gerações de sistemas P2P que, inclusive, geraram importantes discussões legais que serão melhor abordadas no tópico subsequente. Na primeira delas, o intermediário centraliza no seu *website* um índice dos documentos armazenados e disponíveis para *upload* nos computadores individuais dos usuários, o que facilita o processo de busca destes. Esse modelo foi usado pelo Napster, um *site* de compartilhamento de arquivos que foi processado nos Estados Unidos e condenado por violação a direitos autorais.

⁵⁹ GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 4. PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 121.

⁶⁰ JACKSON, Matt. From broadcast to webcast: Copyright Law and streaming media. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Austin, v. 11, n. 3, pp. 447-482, 2003. p. 450.

⁶¹ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 16.

⁶² *Ibid.*, p. 16-17.

A segunda geração, diferente da primeira, não apresentou aludido índice centralizado, como uma forma de tentar escapar da responsabilização suportada pelo Napster. Nessa segunda situação, cada usuário mantém um índice próprio dos arquivos armazenados no seu computador. Quando um indivíduo deseja ter acesso a determinado arquivo, ele envia um pedido que passa por cada usuário do *software* de P2P até encontrar uma resposta positiva de alguém que tenha o arquivo solicitado, ocasião em que o *download* é negociado pelo *software* diretamente entre quem fez o pedido e quem tem o arquivo. Trata-se de um modelo descentralizado, utilizado por serviços como KaZAa, Grokster, Ares, entre outros.

A terceira abordagem, que é uma variação da segunda, a despeito de também ser descentralizada, abarca conjuntos de supernós (*supernodes*) que são, basicamente, conjuntos de computadores de usuários que funcionam como servidores hospedando sub índices, em outras palavras, como se cada supernó fosse um sub-Napster, o que contribui para agilizar o tempo de busca.

A quarta situação, ou terceira geração é conhecida como abordagem ou protocolo do “*BitTorrent*”, originalmente concebido por Bram Cohen, em 2001. Ela combina o modelo descentralizado da segunda geração com a rapidez no *download*, tendo em vista que, nessa modalidade, o arquivo não é compartilhado na sua integralidade, mas sim por meio da sua divisão em pequenas partes (*bits*) que, por sua vez, são individualmente enviadas e baixadas por centenas de milhares de usuários, o que possibilita, inclusive, o compartilhamento de arquivos maiores, como formatos em alta definição (HD ou *high definition*). Além disso, nesse modelo, não existe apenas um *site* que fornece o *software* cliente disponível, mas sim vários *sites* que rodam aludido protocolo, o que significa dizer que mais de um endereço eletrônico fica disponível para o usuário acessar o *software*.

Conforme acentua Edwards, do ponto de vista jurídico, essa última abordagem é complexa, pois envolve uma série de partes, dentre as quais: o *site* que fornece o *software* cliente; o *site* que providencia os arquivos “*torrent*”, que, por sua vez, ajudam a localizar usuários que possuem o todo ou parte de arquivos desejados por outros usuários; o *site* rastreador que monitora a contribuição dos usuários para a transferência de arquivos e repassa os dados desses usuários para o *software* cliente; e a multidão de pessoas, milhares de usuários que usam o protocolo *BitTorrent* e contribuem com o conteúdo ou partes deste enviados para futuros *downloads*⁶³.

⁶³ No original: “It is a complicated protocol to analyze in legal context, involving several parties: the site which provides the client software; the site which provides “torrent” files which help locate other users who hold all

O que se pode extrair de toda essa análise é que, no final da década de 1990, surge essa modalidade de compartilhamento de arquivos, conhecida como *peer-to-peer*, responsável por conectar milhares de usuários que desejam fornecer e receber arquivos e que, diante de formatos compactos como o MP3, ganha especial visibilidade no setor musical, popularizando o compartilhamento de músicas via P2P, muitas vezes de forma ilegal, o que acaba por gerar uma série de discussões judiciais sobre o assunto⁶⁴.

Também no final da década de 1990 e início dos anos 2000, outra modalidade de uso de obras intelectuais tem sua origem a partir do advento da Internet: o *streaming*. O termo de origem da língua inglesa pode ser compreendido como um fluxo de transmissão, considerando que aludida tecnologia implica no “envio de informação multimídia através de pacotes, utilizando redes de computadores, em que a informação é continuamente recebida pelo usuário enquanto é enviada pelo emissor”⁶⁵. Diferentemente do *download*, através do *streaming*, não há armazenamento de conteúdo no disco rígido do computador do destinatário, de modo que o conteúdo “é reproduzido na medida em que o usuário o recebe”⁶⁶.

Um aspecto interessante dessa tecnologia é que ela surge com uma proposta, principalmente aos tradicionais agentes da indústria musical, de rivalidade ao compartilhamento gratuito e, muitas vezes, ilegal de obras intelectuais através dos sistemas de P2P. Isso porque, tendo em vista que as plataformas de *streaming*, em regra, não possibilitam o *download* do conteúdo disponibilizado aos seus usuários, elas conseguem manter um controle sobre aludido conteúdo, o que viabiliza que elas negociem os direitos

or parts of the file which a user seeks to download; the tracker site which monitors the users contributing to the file transfer and passes their data to the client software; and the “swarm”, one or more users (often in their thousands) also using the BitTorrent protocol, who join in uploading parts of the file sought (usually because they have themselves previously downloaded it)”. EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 17.

⁶⁴ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. p. 15-16.

⁶⁵ VAN HAANDEL, Johan Cavalcanti. Webcasting sonoro: noções para a criação de conteúdo em um processo de distribuição de áudio online. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXXIII., 2010, Caxias do Sul. *Anais...* São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2010. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2564-1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016. p. 3.

⁶⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 267.

autorais e conexos com autores, artistas, gravadoras, editoras, estúdios, tornando esse modelo de negócios atrativo para os consumidores e em conformidade com a legislação autoral, considerando a viabilidade de retorno financeiro para os titulares de direitos autorais e conexos⁶⁷.

Há que se ressaltar que o tema do *streaming* será abordado mais detalhadamente em capítulo subsequente da pesquisa. O que se pretendia com este tópico era apresentar uma breve evolução histórica das tecnologias que permearam, desde os primórdios, o mercado musical, sem pretensões de esgotar o tema, mas com o intuito de melhor compreender o contexto em que se inseriu o *streaming*.

O que se depreende da análise apresentada é uma busca constante da indústria musical em aprimorar os suportes físicos onde essas obras pudessem ser inseridas, com o objetivo de ampliar a difusão das mesmas. Nesse movimento, é possível notar que, enquanto os formatos dos suportes foram sendo reduzidos, a sua capacidade de armazenamento, bem como a qualidade de som e até mesmo de imagem foram sendo aumentadas. Se, de um lado, os avanços tecnológicos possibilitaram essas melhorias no consumo de obras intelectuais, de outro, eles também viabilizaram o crescimento da pirataria, de modo que as cópias ilegais se tornaram cada vez mais fiéis às versões originais em termos de qualidade, tudo isso a despeito do esforço dessa indústria em manter as proteções autorais sobre as obras.

A Internet, por sua vez, representou um marco nesse contexto, tendo em vista que ela rompeu com as barreiras físicas da distribuição de conteúdos e, conseqüentemente, alçou a pirataria a um patamar até então inimaginável. Com apenas alguns cliques, um usuário é capaz de acessar materiais disponibilizados nos mais diversos lugares do mundo, sem precisar se deslocar da sua casa e os custos para tanto são mínimos. O resultado disso foi que a Internet lançou um desafio ainda maior para os titulares de direitos autorais e conexos que, se antes da Internet já enfrentavam dificuldades para manter o controle sobre suas obras, agora então estavam diante de um fenômeno não só mundial, mas imaterial, que fugia ao alcance físico.

Isso não significa que aludidos titulares ficaram estáticos frente às novas dificuldades. Aliás, não só a indústria musical, como também a audiovisual que, da mesma forma, sofreu impactos com o advento de novas tecnológicas, sempre assumiu uma postura

⁶⁷ KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 305.

ativa no tocante à proteção dos direitos autorais e conexos, especialmente diante de “ameaças” criadas pela evolução das tecnologias, o que não foi diferente no contexto da Internet. Nessa perspectiva, alguns casos mais emblemáticos foram discutidos judicialmente, como resultado da movimentação dessas indústrias e geraram repercussões importantes para referidos mercados. O tópico que se segue objetiva analisar alguns desses casos.

1.2 OS CASOS MAIS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO TECNOLOGIA E AS INDÚSTRIAS MUSICAL E AUDIOVISUAL

Não há que se olvidar que, desde os primórdios da proteção autoral, a pirataria sempre esteve presente na sociedade. Conforme já comentado previamente, as origens do direito autoral estão atreladas à maior facilidade de fazer cópias dos livros proporcionada pelo surgimento da imprensa e da máquina de Gutenberg. Os avanços tecnológicos estimularam a reprodução de obras entre os países, ocasionando não só o aumento das práticas ilegais, como também a movimentação dos Estados para a criação de normativas internacionais que garantissem proteção autoral para além dos territórios nacionais.

É nesse contexto que surge a Convenção de Berna, em 1886, com o objetivo de tutelar internacionalmente os direitos autorais. Essa Convenção foi decorrente de uma iniciativa de autores europeus, mas principalmente franceses, que perceberam o uso de versões piratas de suas obras em outros países, sem a sua permissão e sem uma compensação pelas utilizações. Por outro lado, percebe-se uma resistência dos Estados Unidos de assinarem aludida Convenção, pelo fato de que a sua legislação, amparada no sistema de *copyright*, trazia garantias e proteções muito abaixo das exigidas pela Convenção⁶⁸. O resultado disso foi a sua adesão à União de Berna apenas em 1989⁶⁹.

Acontece que, ao longo do século XX, os Estados Unidos se destacaram na produção de tecnologia, gerando reflexos positivos para a indústria cultural norte-americana, como é possível verificar pelo breve histórico apresentado no tópico anterior. Isso, por sua

⁶⁸ CHINNI, Christine L. Droit d’auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em:

<<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017. p. 146-147.

⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d’auteur. *Videre*, Dourados, ano 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/971/pdf_48>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 113-114.

vez, estimulou uma postura mais ativa do país, no sentido de levantar a bandeira pela proteção dos direitos autorais⁷⁰. Essa mudança de postura vai ficar evidenciada em determinadas decisões das cortes americanas, no tocante ao surgimento de algumas tecnologias que interferiram na proliferação de obras intelectuais e que serão objeto de abordagem nos próximos parágrafos.

O primeiro caso que resultou em litígio judicial teve como objeto de discussão o aparelho Betamax. Lançado em 1975 pela Sony, o Betamax era um aparelho de videocassete⁷¹, capaz de gravar e reproduzir vídeos em uma fita de largura de meia polegada, com capacidade de gravação de uma hora. Além de reproduzir fitas pré-gravadas, inaugurando o mercado de *home vídeo*, o Betamax também possibilitava que o usuário gravasse conteúdos exibidos na televisão, inclusive, permitindo a gravação de um canal, enquanto se assistia a outro, além de viabilizar que o usuário pausasse as gravações para não incluir os comerciais nas mesmas⁷². Essas funcionalidades proporcionadas pelo Betamax causaram descontentamento nos estúdios audiovisuais norte-americanos que, por sua vez, moveram uma ação judicial contra a Sony, em 1976, acusando-a de violação a direitos autorais⁷³.

Ainda que não trate especificamente de um debate envolvendo o uso de obras musicais, mas sim audiovisuais, entende-se relevante a análise deste caso, tendo em vista que ele se tornou um importante precedente judicial nos Estados Unidos, servindo de referência para as discussões envolvendo os sites de compartilhamento *peer-to-peer*, conforme será melhor comentado ainda neste tópico.

Antes de analisar propriamente as nuances do processo, é importante contextualizar minimamente a situação do mercado audiovisual à época. Nessa perspectiva, não se pode deixar de considerar que os Estados Unidos, enquanto país de Common Law,

⁷⁰ Conforme destaca Carboni, “[n]os Estados Unidos da América, contribuíram para tanto os interesses das instituições comerciais que se beneficiavam do fortalecimento desse direito e do prolongamento do prazo de proteção de suas criações intelectuais. E o direito, como produto das forças políticas dominantes em uma determinada época, não pôde deixar de proteger o fruto intelectual dessa classe hegemônica, composta de importantes instituições comerciais na área do entretenimento e das telecomunicações”. CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.

⁷¹ SOUZA, Juliana de. Mudanças no ato de ir ao cinema e produzi-lo. *Revista Temática*, João Pessoa, v. 8, n. 11, p. 1-16, nov./2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/23158/12737>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 7.

⁷² PINHEIRO, Thiago Augusto. *Trajetória tecnológica do videocassete*. 2015. 46 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 14.

⁷³ MARQUES, Luma Teixeira. *Streaming: a nova modalidade de distribuição das obras audiovisuais e a Lei 9.610/98*. 2016. 53 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 14.

adota o sistema de *copyright*, com escopo mais patrimonialista e voltado para a proteção da obra, diferente do sistema do *droit d'auteur*, de origem francesa, cuja proteção abarca tanto o aspecto patrimonial, quanto o moral. O reflexo disso para a tutela das obras audiovisuais é que o sistema de *droit d'auteur* priorizou a proteção ao diretor, no chamado “cinema de autor”, enquanto o *copyright* conferiu maior destaque para a figura do produtor⁷⁴.

Em um breve resumo, apenas para ajudar a compreender as nuances do caso Betamax, no sistema norte-americano, os direitos autorais sobre as obras audiovisuais são conferidos ao produtor que, por sua vez, contrata uma série de artistas, dentre os quais roteiristas, atores, diretores, entre outros necessários para a elaboração do produto final audiovisual. Os contratos firmados com esses artistas são uma espécie de acordos de prestação de serviços sob encomenda, ou conforme denominação utilizada pelos norte-americanos, *work-for-hire agreements*, acordos que não conferem direitos autorais ou conexos aos artistas sobre a obra audiovisual, mas apenas uma remuneração pelos serviços prestados (cujos valores podem variar caso a caso)⁷⁵.

Por outro lado, é comum que esse produtor procure um estúdio para financiar e distribuir a obra⁷⁶. Isso porque, ainda que o sistema de estúdios hollywoodiano tenha sido supostamente abolido em 1948, a partir da decisão da Suprema Corte Americana no processo *United States v. Paramount Pictures Inc.*, ou como ficou conhecido o *Paramount Antitrust Case*, em que a Suprema Corte condenou as práticas abusivas e anticompetitivas dos grandes estúdios de Hollywood nos contratos firmados com os exibidores, especialmente aqueles independentes que tinham sua programação estabelecida por aludidos estúdios, não há que se olvidar que esses grandes estúdios ainda acabam por estabelecer, mesmo que indiretamente, as regras do mercado, o que demonstra a sua importância, inclusive, nos dias de hoje, em relação ao financiamento e à distribuição das obras audiovisuais⁷⁷. Nessa perspectiva, não é incomum que os produtores, na maioria das vezes pessoas jurídicas, sejam

⁷⁴ MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 39-40.

⁷⁵ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 3.4, The Subject Matter of Copyright: Audiovisual Works*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 27.01.2015. (8m16s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fNMuzM-C14c&t=187s>>. Acesso em: 09 fev. 2018. Vídeo B.

⁷⁶ *Ibid.*, Vídeo B.

⁷⁷ MORATO, Antonio Carlos, op. cit., p. 51-54. MATTA, João Paulo Rodrigues. Marcos histórico-estruturais da indústria cinematográfica: hegemonia norte-americana e convergência audiovisual. In: ENECULT - ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA, IV., 2008, Salvador. *Anais...* Salvador: Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14363-01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 7-9.

filiais ou subsidiárias de aludidos estúdios⁷⁸.

Nesse formato, o produtor geralmente firma um acordo global e perpétuo de distribuição do conteúdo audiovisual com um grande estúdio cinematográfico que, por sua vez, vai licenciar esse conteúdo para empresas que desejam levar a obra até o público. Há que se ressaltar que esses licenciamentos acompanham uma ordem cronológica de mercado, a fim de maximizar os lucros auferidos. Tendo isso em mente, e tomando como parâmetro a comercialização de um filme, os primeiros a receber o conteúdo para exibição são as salas de cinema, que pagam a licença aos estúdios a partir de um percentual nas receitas arrecadadas com as bilheterias⁷⁹.

Quando essas receitas provenientes das salas de cinema começam a declinar, os estúdios procuram companhias de televisão paga, linhas aéreas, entre outros, viabilizando que essas empresas exibam as obras para seus assinantes ou passageiros. Os terceiros nessa linha cronológica são as redes de televisão aberta, que transmitem o conteúdo para o público em geral, e auferem os rendimentos a serem repassados aos estúdios com publicidade. As companhias a cabo podem captar o sinal para retransmissão aos seus clientes, mas nesse caso, o pagamento é determinado por uma licença compulsória⁸⁰.

Ademais, o estúdio pode ainda explorar fontes de receitas acessórias, como licenças de direitos mecânicos a gravadoras para organização de CDs contendo a trilha sonora dos filmes, a produção de materiais de *merchandising*, como bonecas e mochilas, a elaboração de comerciais contendo trechos do filme, entre outros. Por fim, os estúdios ainda podem autorizar a venda de cópias do filme para lojas de vídeos e para distribuidores *online* que, por sua vez, irão vender ou locar aludidas cópias aos consumidores⁸¹. Todas essas empresas, em conformidade com os seus negócios, irão pagar montantes aos estúdios em contrapartida das licenças adquiridas.

O caso Betamax teve como escopo discutir um desses elos, que foi especialmente afetado pelo surgimento desse equipamento, qual seja, as redes de televisão aberta. Conforme relata William Fisher, na década de 1970, um montante significativo das receitas auferidas pelos estúdios norte-americanos derivava dos licenciamentos firmados com as redes de televisão aberta, licenciamentos que ocorriam cerca de dois anos após o lançamento

⁷⁸ FISHER, William. *CopyrightX*: Lecture 3.4, The Subject Matter of Copyright: Audiovisual Works. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 27.01.2015. (8m16s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fNMuzM-C14c&t=187s>>. Acesso em: 09 fev. 2018. Vídeo B.

⁷⁹ Ibid., Vídeo B.

⁸⁰ Ibid., Vídeo B.

⁸¹ Ibid., Vídeo B.

do filme nas salas de cinema. A rede de televisão, por sua vez, adequava o conteúdo para transmissão, removendo material inapropriado para o público em geral, e dividindo a obra em blocos de 10 (dez) minutos, com o intuito de inserir propagandas nos intervalos entre os blocos⁸².

Os telespectadores, de outra sorte, não pagavam nenhum valor diretamente nem para as redes de televisão, nem para os estúdios. Diferentemente, o que esses telespectadores consumissem dos produtos anunciados nos intervalos dos filmes iria gerar receita para os estúdios, porque os anunciantes pagavam um percentual das suas receitas para as redes de televisão, como uma espécie de cotas de propaganda, e essas redes quitavam uma porção dessas cotas aos estúdios, fechando um ciclo que, inclusive, funcionou muito bem por várias décadas⁸³.

Ocorre que, no final dos anos de 1970, essa cadeia foi afetada pelo surgimento dos gravadores de videocassete lançados pela Sony Corporation em 1975, conhecidos como VCRs. Uma das funcionalidades desse aparelho era a gravação da programação exibida nas redes de televisão, o que significa que os usuários estavam aptos a fazer cópias dos filmes transmitidos. Em uma primeira leitura, seria possível depreender que essa novidade poderia agradar as redes de televisão e os estúdios, pela visibilidade que isso gerava aos mercados dos shows e filmes. Mas a realidade é que os estúdios tinham receio de que esses aparelhos fossem utilizados pelos usuários de modo a evitar que eles assistissem as propagandas inseridas nos intervalos, seja pela possibilidade de avançar o vídeo nos momentos das propagandas, ao assistir o conteúdo gravado, seja pela possibilidade de pausar a gravação nos intervalos do programa, durante a transmissão ao vivo do mesmo⁸⁴.

Os anunciantes, temendo que esse comportamento diminuísse as suas receitas, ameaçaram diminuir os valores quitados às redes de televisão, que, por sua vez, ameaçaram diminuir os montantes pagos aos estúdios pela licença adquirida. Como consequência disso, dois estúdios, Disney e Universal, resolveram tomar uma atitude para evitar esses efeitos. Em teoria, eles poderiam ter acionado os usuários do equipamento, tendo em vista que estes estavam realizando cópias não autorizadas de obras audiovisuais, em outras palavras, violando o direito de reprodução dos autores, previsto no artigo 106.1 do Título 17 do *U.S.*

⁸² FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 9.1, Fair Use: The History of Fair Use*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 26.02.2015. (39m59s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KV8dj-7WA4o&list=PLZqQo3fwtGb-wTFBYO2JfTt4O1_t4hW1W>. Acesso em: 29 mar. 2018. Vídeo C.

⁸³ Ibid., Vídeo C.

⁸⁴ Ibid., Vídeo C.

Code. Ocorre que essa estratégia não só era inviável, considerando a quantidade de processos que deveriam ser movidos, face à quantidade de usuários que praticavam as cópias, como também os estúdios não desejavam criar atritos com esses usuários que eram consumidores das suas criações. Por essa razão, eles iniciaram uma ação contra a Sony, fabricante do aparelho que possibilitava as condutas infratoras⁸⁵.

Não há que se olvidar, contudo, que a Sony não estava realizando as cópias não autorizadas das obras, mas apenas indiretamente viabilizava esse comportamento pelos usuários, motivo pelo qual os estúdios não poderiam processá-la por violação direta ao direito de reprodução. Com base nisso, os estúdios adotaram como linha de argumentação, a responsabilidade contributiva ou *contributory liability*⁸⁶ da Sony, instituto próprio do direito norte-americano cujo princípio geral de base estabelece que aquele que contribui diretamente para um delito ou um dano deve ser considerado responsável junto com o delinquento ou causador do dano⁸⁷, em uma espécie de responsabilidade subsidiária. Em outras palavras, os estúdios acusaram a Sony de facilitar e encorajar o comportamento violador dos telespectadores⁸⁸.

O processo percorreu todas as instâncias do Poder Judiciário norte-americano até alcançar a Suprema Corte. Na primeira instância, conhecida como *Trial Court*, a decisão foi em favor da Sony, entendimento que, por sua vez, foi revertido pela Corte de Apelação do Nono Circuito (*Court of Appeals for the Ninth Circuit*). Finalmente, em 1984, a Suprema Corte norte-americana (*US Supreme Court*) decidiu em favor da Sony, em uma votação de 5 contra 4, ocasião em que foi afastada a responsabilidade contributiva da empresa pela violação aos direitos autorais sobre as obras audiovisuais⁸⁹.

A decisão da Suprema Corte tomou como parâmetro duas fundamentações. A primeira delas estabelecia que o fabricante de um dispositivo que poderia ser utilizado de modo a violar a legislação autoral só seria considerado responsável pela violação

⁸⁵ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 9.1, Fair Use: The History of Fair Use*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 26.02.2015. (39m59s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KV8dj-7WA4o&list=PLZqQo3fwtGb-wTFBYO2JfTt4O1_t4hW1W>. Acesso em: 29 mar. 2018. Vídeo C.

⁸⁶ Conforme explica Fisher: “[t]o hold a defendant liable for contributory infringement, a plaintiff must show three things: (a) that someone had engaged in or was engaging in direct infringement; (b) that the defendant had actual or constructive knowledge of that infringement; and (c) that the defendant materially contributed to that infringement”. FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.1, Supplements to Copyright: Secondary Liability*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (21m27s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0izqmst4FQI>>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo D.

⁸⁷ Ibid., Vídeo D.

⁸⁸ FISHER, William, op. cit., Vídeo C.

⁸⁹ Ibid., Vídeo C.

contributiva se esse aparelho não fosse capaz de viabilizar substanciais usos não infratores⁹⁰, o que significava que se o aparelho, como era o caso do videocassete, servisse também para fins legais (e não apenas para usos infratores), o fabricante desse dispositivo não poderia ser acusado de violação⁹¹. Conforme acentua Fisher, a interpretação literal desse argumento da Corte leva à conclusão de que os fabricantes e distribuidores de equipamentos tecnológicos que servem tanto para usos legais, quanto ilegais, como era o caso do Betamax, não precisam provar que esse aparelho geralmente é utilizado com fins legais, nem mesmo que ele já foi alguma vez utilizado com esse propósito, mas apenas que ele é capaz de ser usado atendendo a esses fins legais, o que é uma margem de interpretação bastante flexível, que pode, inclusive, beneficiar empresas cujos produtos desenvolvidos são mais utilizados para fins ilegais do que legais⁹².

Fisher comenta que, dentre os elementos ensejadores da responsabilidade contributiva, quais sejam, a existência de um comportamento violador a direitos autorais, o conhecimento real ou construtivo dessa violação por parte do acusado de mencionada responsabilidade subsidiária e a contribuição material deste para a violação, a Corte provavelmente entendeu não estar preenchido o requisito do conhecimento. Isso porque, na aceção da Corte, a possibilidade de um equipamento ser utilizado para fins legais impede a parte autora (os estúdios) de alegar que a ré (a Sony) possuía conhecimento construtivo de que os consumidores dos seus equipamentos os utilizavam com finalidades ilegais. E a prova do conhecimento real sobre a infração é mais complicada, porque as cortes geralmente exigem que o autor demonstre um caso específico de um determinado consumidor que utilizou o equipamento de forma indevida, o que, no caso do Betamax, não foi feito pelos estúdios Disney e Universal⁹³.

Por outro lado, a segunda fundamentação analisou o comportamento de *timeshifting*, isto é, de gravar o programa ou o filme para assistir uma vez posteriormente, porque o horário em que o programa ou o filme foi transmitido ao vivo é inconveniente para o telespectador, o qual, por sua vez, após assistir, apaga a gravação. A Corte, então,

⁹⁰ FISHER, William. *CopyrightX*: Lecture 9.1, Fair Use: The History of Fair Use. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 26.02.2015. (39m59s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KV8dj-7WA4o&list=PLZqQo3fwtGb-wTFBYO2JfTt4O1_t4hW1W>. Acesso em: 29 mar. 2018. Vídeo C.

⁹¹ Ibid., Vídeo C.

⁹² FISHER, William. *CopyrightX*: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

⁹³ Ibid., Vídeo E.

considerou o chamado *timeshifting*⁹⁴ de programas protegidos por direito autoral como uma forma de uso justo, ou *fair use* e, com base em ambos os argumentos apresentados, julgou o uso do aparelho Betamax como legal e a ação ajuizada pelos estúdios como improcedente⁹⁵. O caso Betamax representou uma vitória para as empresas de tecnologia e, por via de consequência, foi utilizado como argumentação por outras companhias ligadas a referido ramo tecnológico, na tentativa de afastamento da sua responsabilidade por violações a direitos autorais, conforme será comentado em casos subsequentes.

De outra sorte, a chegada da tecnologia digital na década de 1980 gerou reações por parte da indústria fonográfica norte-americana. Em especial, o surgimento dos sistemas de gravação em fita DAT (*Digital Audio Tape*), em 1987, a despeito de sua pouca popularidade, se comparado com o posterior advento dos CDs, gerou discussões suficientes para ocasionar a elaboração do AHRA (*Audio Home Recording Act*), em 1992. Essa lei foi responsável por estabelecer a obrigação de que todos os gravadores digitais de áudio comercializados nos Estados Unidos comportassem um sistema interno de restrição de cópias, conhecido como SCMS (*Serial Copy Management System*), a primeira espécie de barreira tecnológica de controle de acesso a conteúdos, conhecida como DRM (*Digital Rights Management*). Esse sistema possibilitava a escolha pelo criador de uma fita DAT em liberar, permitir apenas uma ou proibir qualquer tipo de cópia⁹⁶.

O AHRA procurou estabelecer um equilíbrio e atender aos interesses de fabricantes de sistemas de gravação, de consumidores e dos titulares de direitos. Isso porque

⁹⁴ Ressalta-se que o *timeshifting* é diferente do que a Corte classificou como *libraring*. Este é o termo utilizado para descrever o comportamento de gravar programas ou filmes transmitidos na televisão em fitas de videocassete, com o intuito de guardar essas fitas, montando uma espécie de videoteca, para o usuário assistir quantas vezes quiser os filmes ou programas. Embora esse uso não seja considerado justo, a Corte entendeu ser muito mais comum os usuários se valerem do *timeshifting* do que do *libraring*. FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 9.1, Fair Use: The History of Fair Use*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 26.02.2015. (39m59s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KV8dj-7WA4o&list=PLZqQo3fwtGb-wTFBYO2JfTt4O1_t4hW1W>. Acesso em: 29 mar. 2018. Vídeo C.

⁹⁵ Há de se ressaltar que, a despeito do resultado negativo do processo para os estúdios cinematográficos, não se verificou um prejuízo excessivo aos negócios do setor, como haviam temido os estúdios e as redes de televisão. Aliás, diversamente, a indústria audiovisual soube explorar esse novo nicho mercadológico, a partir do lançamento de fitas de videocassete contendo filmes, que foram disponibilizadas tanto para venda, como para locação, tendo, inclusive, popularizado as videolocadoras. MARQUES, Luma Teixeira. *Streaming: a nova modalidade de distribuição das obras audiovisuais e a Lei 9.610/98*. 2016. 53 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16204/1/2016_LumaTeixeiraMarques_tcc.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 14.

⁹⁶ PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 120.

ele permitiu a fabricação e distribuição de gravadores digitais ou analógicos de áudio e de mídias digitais ou analógicas de gravação nos Estados Unidos, e o consumo doméstico desses aparelhos, sem que essas práticas fossem consideradas violações a direitos autorais, afastando possíveis condenações de fabricantes, distribuidores e consumidores. Por outro lado, essa lei possibilitou a compensação financeira das partes afetadas, tais como gravadoras, compositores e editoras, ao exigir o pagamento de *royalties* pelos fabricantes e distribuidores de todos os aparelhos de gravação digital e de todas as mídias de gravação importados para ou distribuídos nos Estados Unidos. Esses *royalties* são, então, distribuídos para artistas intérpretes, gravadoras, compositores, enfim, titulares de direitos autorais⁹⁷.

Em 1998, surge um aparelho que vai desafiar a aplicação do AHRA: o *Rio player*, lançado pela empresa Diamond Multimedia. Semelhante ao *Walkman*, o *Rio Player* foi um leitor de MP3, que estimulou, em certa medida, o *download* e o armazenamento de músicas nesse formato em um chip de computador. Preocupada com as violações a direitos autorais que esse equipamento poderia gerar, a RIAA (*Recording Industry Association of America*), uma associação representante das grandes gravadoras, iniciou um processo contra a Diamond Multimedia, em outubro de 1998, alegando que o *Rio Player* violava o AHRA, uma vez que ele viabilizava cópias em série de obras musicais em formato digital. Os argumentos utilizados pela RIAA para justificar a acusação foram que o aparelho em discussão possibilitava que os usuários fizessem cópias de primeira geração de CDs nos discos rígidos dos seus computadores e, posteriormente, cópias de segunda geração no *Rio Player*, além de permitir que os usuários fizessem cópias de segunda ou superior geração de arquivos de MP3 da Internet e que esses arquivos, por sua vez, geralmente eram cópias piratas de músicas⁹⁸.

Por outro lado, a Diamond, em sua defesa, arguiu que o *Rio Player* era uma exceção ao AHRA, porque ele demandava um computador pessoal para gravar as músicas, situação que afastaria o seu enquadramento como “dispositivo de gravação musical digital” (“*digital musical recording device*”⁹⁹), tendo em vista que a fonte da cópia, que era o disco

⁹⁷ COATS, William Sloan et. al. Streaming into the future: music and video online. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Los Angeles, v. 20, n. 2, p. 285-308, 2000. p. 299.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 291 e 300.

⁹⁹ Conforme define a Seção 1001(3) do Título 17 do *U.S. Code*, “[a] ‘digital audio recording device’ is any machine or device of a type commonly distributed to individuals for use by individuals, whether or not included with or as part of some other machine or device, the digital recording function of which is designed or marketed for the primary purpose of, and that is capable of, making a digital audio copied recording for private use, except for— (A) professional model products, and (B) dictation machines, answering machines, and other audio recording equipment that is designed and marketed primarily for the creation of sound recordings resulting from the fixation of nonmusical sounds”. UNITED STATES OF AMERICA. Title 17 of the United

rígido do computador, não era uma “gravação musical digital” (“*digital musical recording*”¹⁰⁰). Com base na Seção 1001(5)(B)(ii) do AHRA, que exclui do conceito de gravações musicais digitais objetos materiais em que um ou mais programas de computador estejam fixados, a Diamond argumentou que, como o Rio adquiria as músicas que ele gravava de um disco rígido de computador, local onde ficam armazenados programas de computador, o leitor em questão não produzia uma “gravação copiada de áudio digital” (“*digital audio copied recording*”¹⁰¹), nos termos da lei¹⁰².

Ademais, de forma alternativa, na hipótese de a corte entender pela aplicação do AHRA ao caso, a Diamond defendeu que o *Rio Player* atendia aos requisitos da lei sobre sistema de controle de cópias em série, porque o dispositivo não tinha uma saída digital, o que impedia a cópia em série de arquivos nele armazenados. E mais, a empresa ainda chegou a acusar a RIAA de conspirar contra a venda de músicas em formato MP3 pela Internet¹⁰³.

Ainda que a corte distrital tenha concedido uma ordem de restrição temporária à RIAA, por fim, ela entendeu que essa associação não tinha conseguido demonstrar suficientemente que a venda do *Rio Player* lhe causaria um dano irreparável, motivo pelo qual a corte recusou uma espécie de liminar pleiteada pela RIAA, conhecida como *preliminary injunction* pelo direito norte-americano, cujo objetivo era barrar aludidas vendas. Essa decisão foi, posteriormente, confirmada pela Corte de Apelação do Nono Circuito¹⁰⁴. Além disso, esta corte também estabeleceu que, por não ser seu propósito primordial, computadores e HDs não deveriam ser considerados dispositivos de gravação de

States Code, Oct. 19, 1976. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Circular 92 – Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. [S.l.]: United States Copyright Office, 2016. 354p. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 234.

¹⁰⁰ Nos termos da Seção 1001(5), do *Copyright Act* norte-americano, “(A) A ‘digital musical recording’ is a material object— (i) in which are fixed, in a digital recording format, only sounds, and material, statements, or instructions incidental to those fixed sounds, if any, and (ii) from which the sounds and material can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. (B) A ‘digital musical recording’ does not include a material object— (i) in which the fixed sounds consist entirely of spoken word recordings, or (ii) in which one or more computer programs are fixed, except that a digital musical recording may contain statements or instructions constituting the fixed sounds and incidental material, and statements or instructions to be used directly or indirectly in order to bring about the perception, reproduction, or communication of the fixed sounds and incidental material. (C) For purposes of this paragraph— (i) a ‘spoken word recording’ is a sound recording in which are fixed only a series of spoken words, except that the spoken words may be accompanied by incidental musical or other sounds, and (ii) the term ‘incidental’ means related to and relatively minor by comparison”. *Ibid.*, p. 234-235.

¹⁰¹ Conforme Seção 1001(1) do *Copyright Act*: “[a] ‘digital audio copied recording’ is a reproduction in a digital recording format of a digital musical recording, whether that reproduction is made directly from another digital musical recording or indirectly from a transmission”. *Ibid.*, p. 234.

¹⁰² COATS, William Sloan et. al. Streaming into the future: music and video online. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Los Angeles, v. 20, n. 2, p. 285-308, 2000. p. 300-301.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 291 e 300-301.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 301.

áudio digital e que, portanto, estavam excluídos da normatização do AHRA, inclusive quanto à exigência do SCMS. Essa decisão contribuiu para a rápida popularização do formato MP3 no mercado¹⁰⁵.

Por outro lado, a expansão da Internet nesse final da década de 1990 ampliou as preocupações com o crescimento da pirataria. Uma das respostas a esse cenário foi a elaboração do DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) norte-americano, em 1998. Dentre outras previsões, o DMCA também foi responsável por disciplinar as medidas de controle tecnológico de acesso a obras intelectuais (DRM), ao estabelecer a ilegalidade do que foi chamado de *circunvenção*¹⁰⁶ dessas medidas. Em outras palavras, o DMCA instituiu a proibição de manufaturar, importar, oferecer ao público, fornecer ou comercializar qualquer tecnologia, produto, serviço, dispositivo capaz de driblar essas barreiras tecnológicas de acesso a obras intelectuais¹⁰⁷, independentemente de outras finalidades – que não a *circunvenção* de barreiras protetivas – que essas tecnologias pudessem oferecer. Essa concatenação histórica iniciada pelo caso Betamax, seguida pelo advento do AHRA e do DMCA, evidencia a preocupação e o movimento da indústria do entretenimento norte-americana no sentido de ampliar e fortalecer a proteção autoral, conforme observado por Carboni¹⁰⁸.

Aliás, com o surgimento da Internet, parte da preocupação dessa indústria se voltou para os provedores de conteúdo. A opção escolhida por ocasião do DMCA foi criar um “*safe harbor*” (porto seguro) para esses provedores, possibilitando que eles não fossem responsabilizados pela conduta de terceiros (usuários) violadora a conteúdos protegidos por direitos autorais, desde que aludidos provedores atendessem aos requisitos estipulados na Seção 512 da Lei norte-americana, dentre os quais está incluído o mecanismo de “*notice and takedown*”, procedimento que estabelece uma obrigação a esses provedores de viabilizar um

¹⁰⁵ PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan. / abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 120.

¹⁰⁶ Conforme definido na Seção 1201(a)(3)(A) do *Copyright Act* norte-americano: “to ‘circumvent a technological measure’ means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner”. UNITED STATES OF AMERICA. Title 17 of the United States Code, Oct. 19, 1976. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Circular 92 – Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. [S.l.]: United States Copyright Office, 2016. 354p. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 251.

¹⁰⁷ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.3, Supplements to Copyright: Tech Protection Measures*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (27m53s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QVe6dCuJ4M0>>. Acesso em: 19 abr. 2018. Vídeo F.

¹⁰⁸ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.

canal de comunicação para que titulares de direitos autorais os notifiquem acerca de situações de violações a direitos autorais e, uma vez notificados, eles se comprometem a retirar o conteúdo infrator de circulação¹⁰⁹.

Acontece que, na prática, essa solução, além de afastar a responsabilização dos provedores de conteúdo, o que poderia ser prejudicial aos titulares de direitos autorais, também foi criticada do ponto de vista do interesse público e da liberdade de expressão, tendo em vista que, muitas vezes, não havia uma investigação aprofundada por parte destes provedores acerca do conteúdo retirado de circulação, o que significava dizer que, uma vez notificados, eles retiravam o conteúdo supostamente violador da rede, com o intuito de evitar responsabilização, ainda que esse conteúdo não fosse efetivamente infrator. Nessa perspectiva, Lilian Edwards¹¹⁰ comenta que estudos apontam uma elevada quantidade de conteúdos não protegidos por direitos autorais, seja por se enquadrarem em exceções e limitações, seja por se encontrarem em domínio público, que foram removidos pelo procedimento de “*notice and takedown*” sem uma análise aprofundada.

De outra sorte, no ano seguinte à elaboração do DMCA, surge o primeiro serviço de compartilhamento de arquivos em massa: o Napster. Conforme explicado no tópico anterior, o Napster foi um sistema de P2P de primeira geração, que dispunha de um índice centralizado de todos os arquivos disponíveis no mesmo. No entanto, ele não hospedava nenhuma cópia ilegal, nem sequer realizava cópias ilegais, de modo que o comportamento infringente era apenas dos seus usuários que utilizavam o sistema para compartilhar arquivos, protegidos ou não, de forma legalizada ou não, entre si¹¹¹.

Mais detalhadamente, o Napster era composto por um *website* onde existia um diretório listando todas as gravações musicais existentes nos discos rígidos dos computadores dos seus usuários, bem como um índice dessas gravações. O usuário, então, fazia o *login*, acessando o *site* do Napster, baixava gratuitamente um *software* chamado

¹⁰⁹ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E. Nesse sentido explica Lilian Edwards: “The DMCA safe harbors apply only if the service provider establishes, publicizes, and implements both a NTD [notice and takedown] system for removing content when copyright owners complain, and a system for identifying “repeat infringers” and removing them from the system”. EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 11.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 11-12.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 20.

MusicShare, instalava-o em seu computador e se registrava neste programa (escolhendo um nome de usuário e uma senha). Após criar no seu computador uma biblioteca de músicas, na qual o usuário poderia armazenar cópias de gravações musicais, geralmente em formato MP3, aptas a serem compartilhadas com outros usuários, ele fazia o *login* no sistema do Napster instalado em sua máquina, permitindo que o programa instalado se comunicasse com o *software* do servidor do Napster, possibilitando a criação de uma lista dos arquivos armazenados na biblioteca do usuário dentro do diretório do Napster. Conforme já mencionado anteriormente, nenhuma cópia dos arquivos era feita para os servidores do *site*, mas apenas uma cópia dos seus nomes¹¹².

Quando um usuário desejava determinada música, ele realizava uma busca pelo seu nome ou pelo nome do artista, e se o arquivo buscado aparecesse no índice, o *software* identificava quais bibliotecas dos usuários logados continham aquela música e informava o primeiro usuário. Essa informação possibilitava a conexão direta entre o computador de um dos hospedeiros e o computador do solicitante, viabilizando que este baixasse uma cópia do arquivo diretamente do computador hospedeiro e salvasse no disco rígido da sua máquina¹¹³.

Fisher relata que, em outubro de 2000, cerca de um ano após o seu lançamento, o Napster tinha 32 (trinta e dois) milhões de usuários, número que alcançou os 80 (oitenta) milhões, quatro meses depois, dentre os quais incluíam pessoas de todo o mundo. Essa quantidade exorbitante de indivíduos compartilhando obras musicais passou a incomodar os titulares de direitos autorais. Há que se ressaltar, no entanto, que o Napster, logo após o seu lançamento, tentou negociar licenças para distribuição de obras musicais com as gravadoras, contudo, estas preferiram se valer da via judicial¹¹⁴. Nessa perspectiva, a RIAA, representante dessas gravadoras, iniciou um processo contra o Napster, no fim de 1999¹¹⁵.

Assim como no caso do Betamax, essas empresas poderiam ter acionado os usuários, reais violadores dos direitos autorais, mas na prática, isso era inviável, o que levou à ação contra o Napster. Ademais, como este não copiava propriamente, nem distribuía cópias não autorizadas de obras protegidas, as gravadoras não podiam acusá-lo de violação direta, necessitando recorrer às doutrinas de responsabilidade subsidiária ou secundária. A

¹¹² FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹¹³ Ibid., Vídeo E.

¹¹⁴ Ibid., Vídeo E.

¹¹⁵ COATS, William Sloan et. al. Streaming into the future: music and video online. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Los Angeles, v. 20, n. 2, p. 285-308, 2000. p. 303.

decisão da corte distrital, em primeira instância, foi em favor dos titulares de direitos autorais¹¹⁶, tendo sido, posteriormente, em 2001, confirmada pela Corte de Apelação do Nono Circuito (*Court of Appeals for the Ninth Circuit*)¹¹⁷. Como uma última tentativa de sobrevivência, o Napster buscou implementar um serviço de *download* pago, no entanto, essa iniciativa gerou uma redução nos seus usuários, forçando-o a decretar falência naquele momento¹¹⁸.

A Corte de Apelação, na ocasião, decidiu que o uso do Napster para apresentar amostras de músicas (*to “sample” songs*) não poderia ser considerado um uso justo, no entanto, de forma similar ao caso *Betamax*, ela considerou que a capacidade para direcioná-lo a consideráveis usos legais ou não infringentes era suficiente para afastar o requisito do “conhecimento construtivo” exigido na determinação da responsabilidade contributiva¹¹⁹.

Acontece que, como o Napster tinha a possibilidade de averiguar se uma gravação musical estava sendo copiada ilegalmente por seus usuários, a Corte entendeu que ele possuía “real conhecimento” dos atos infratores, o que era suficiente para condená-lo de acordo com a doutrina da responsabilidade contributiva. E mais: esse mesmo argumento também foi utilizado para considerar a responsabilidade vicária¹²⁰ do Napster, porque, na acepção da Corte, ele tinha suficiente poder de controle para supervisionar e evitar mencionados atos infratores, o que, junto com a existência efetiva das violações diretas e com o benefício econômico auferido pelo Napster com aludidas violações, caracterizava a

¹¹⁶ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹¹⁷ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 20.

¹¹⁸ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7203/Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes_4178765_assignsubmission_file_TCC%20-%20Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 16.

¹¹⁹ FISHER, William, op. cit., Vídeo E.

¹²⁰ Cumpre ressaltar que a responsabilidade vicária busca alcançar aqueles que, embora não tenham infringido diretamente direitos autorais, tinham interesses econômicos decorrentes da violação a esses direitos praticada por terceiros, isto é, beneficiaram-se economicamente dessa violação. FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.1, Supplements to Copyright: Secondary Liability*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (21m27s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0izqmst4FQI>>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo D.

responsabilidade vicária¹²¹ da empresa¹²². A condenação em testilha, fundamentada em ambas as doutrinas norte-americanas de responsabilidade secundária (contributiva e vicária), levou à derrocada do sistema.

É interessante apontar que críticos das gravadoras consideraram a escolha destas em processar o Napster como um erro estratégico catastrófico, do ponto de vista mercadológico. Fisher explica que, no entendimento desses críticos, se as gravadoras tivessem concordado com as tentativas de negociação com o Napster para o licenciamento das obras musicais, elas teriam contribuído, já naquele momento inicial do surgimento dos sistemas P2P, ao final do século XX e início do século XXI, para a construção de um sistema legal de subscrições, do qual elas poderiam ter auferido alta lucratividade e, ao mesmo tempo, evitado a insatisfação popular de milhões de usuários. Ao optarem pela via do confronto judicial, as gravadoras adiaram a emergência desses serviços por cerca de uma década, período em que a indústria fonográfica sofreu consideráveis perdas econômicas¹²³. Na opinião desses críticos, esse colapso financeiro poderia ter sido evitado se as gravadoras tivessem aceitado a tecnologia P2P, ao invés de ter tentado suprimi-la¹²⁴.

As gravadoras, por óbvio, discordam de aludidas críticas e argumentam que a sua rendição aos interesses do Napster teria ocasionado um declínio ainda mais rápido da indústria fonográfica, porque novos serviços gratuitos e não autorizados surgiriam e atrairiam os usuários do Napster¹²⁵. Ainda que os argumentos de ambos os lados sejam plausíveis, é difícil determinar qual deles haveria de prevalecer, mas a análise de ambos serve para demonstrar o desafio que é conciliar os interesses dos titulares de direitos autorais, das empresas investidoras das novas tecnologias e dos consumidores de conteúdo, em um nível que todas as partes envolvidas fiquem satisfeitas.

¹²¹ Nas palavras de Fisher, “to hold a defendant liable for vicarious infringement, plaintiff must show three somewhat different things: (a) that someone had engaged in or was engaging in direct infringement; (b) that the defendant benefited financially from that infringement; and (c) that the defendant had the right and ability to supervise the direct infringement”. FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.1, Supplements to Copyright: Secondary Liability*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (21m27s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0izqmst4FQI>>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo D.

¹²² FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹²³ Fisher comenta que, durante essa década, a indústria fonográfica norte-americana encolheu pela metade, tendo em vista que, em 1999, a receita bruta dessa indústria era em torno de 13 (treze) bilhões de dólares e, em 2013, isso diminuiu para 7 (sete) bilhões de dólares. *Ibid.*, Vídeo E.

¹²⁴ *Ibid.*, Vídeo E.

¹²⁵ *Ibid.*, Vídeo E.

A derrocada do Napster foi seguida pelo surgimento de serviços similares, como o Aimster. Além de oferecer um serviço de mensagens instantâneas, ele funcionava de modo semelhante ao Napster, pois também era composto de um servidor central e possibilitava o compartilhamento gratuito de arquivos entre os usuários. A diferença era que o Aimster possuía um mecanismo de encriptação que impedia que seus operadores soubessem os conteúdos dos arquivos compartilhados pelos seus usuários, cujo objetivo era afastar a possível alegação de que a empresa tinha “real conhecimento” dos comportamentos infratores dos seus usuários, argumento que levou à condenação do Napster, por considerar preenchidos os requisitos da responsabilidade contributiva. A despeito disso, o *website* do Aimster disponibilizava tutoriais que ensinavam como utilizar o sistema para compartilhar gravações musicais, as quais, naturalmente, eram protegidas por direitos autorais, o que deixava evidentes as suas intenções¹²⁶.

Assim como o Napster, o Aimster também atraiu muitos usuários em uma velocidade extraordinária. Lançado em 8 de agosto de 2000, em três dias de funcionamento ele obteve 20.000 (vinte mil) registros, número que saltou para dois milhões e meio no começo de 2001, alcançando 4,2 (quatro vírgula dois) milhões de usuários registrados em abril de 2001¹²⁷. Isso, obviamente, incomodou os titulares de direitos autorais, que levaram o caso para a justiça.

A Corte de Apelação do Sétimo Circuito (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*) entendeu pela responsabilidade contributiva do Aimster, primeiramente porque considerou que a empresa não conseguiu demonstrar nenhuma possibilidade de uso legal do seu sistema, afastando o precedente do caso *Betamax*. Além disso, a Corte interpretou o uso do mecanismo de encriptação como uma estratégia de “cegueira deliberada” (“*willful blindness*”), o que, por sua vez, seria equivalente ao “conhecimento real” do comportamento infrator. Por fim, o requisito da contribuição material foi preenchido pela postura ativa da empresa ao encorajar usos infratores do sistema, como, por exemplo, através da divulgação dos tutoriais em seu *site*. Contudo, diferentemente do caso do Napster, a Corte teve dúvidas acerca do enquadramento do Aimster na responsabilidade vicária, por compreender que a cegueira deliberada não seria suficiente para considerar que ele tinha o direito e a habilidade para prevenir os usos violadores. Mas a responsabilização contributiva foi suficiente para

¹²⁶ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQpn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹²⁷ *Ibid.*, Vídeo E.

gerar sua condenação¹²⁸.

Um dos aspectos interessantes discutidos no escopo do caso *Aimster*, ainda que não aplicado propriamente ao caso, foi o enfraquecimento, em certa medida, do precedente do *Betamax*, tendo em vista que a Corte demonstrou algumas dúvidas acerca dos pilares que fundamentaram esta decisão. Fisher cita algumas considerações feitas pelo Juiz Posner, representando a Corte, que apontaram para um entendimento de discordância em relação ao *Betamax*. Nessa perspectiva, diferente da interpretação ampla comentada anteriormente, Posner argumentou que um acusado que desejasse escapar da condenação sob a justificativa de que seu produto é capaz de proporcionar substanciais usos não infratores, deveria demonstrar não meramente uma capacidade, mas sim efetivos usos dessa natureza. Além disso, ainda que o acusado demonstrasse essa condição, na hipótese de seu produto também viabilizar substanciais usos infratores, ele deveria adicionalmente provar que os custos para adaptar o produto, a fim de eliminar ou reduzir essas possibilidades de violação, seriam muito altos e desproporcionais, inviabilizando o seu negócio. Essas considerações fragilizaram as defesas utilizadas pelos empreendedores de tecnologias, baseadas nessa dupla possibilidade de usos¹²⁹.

Outro caso judicializado relevante para as discussões envolvendo a indústria fonográfica foi o caso *Grokster*, um sistema de P2P de segunda geração, de acordo com a sua estrutura descentralizada. Em resumo, ele funcionava da seguinte maneira: um usuário que desejasse negociar o compartilhamento de arquivos localizaria, com a ajuda de um servidor central, conjuntos de computadores conectados à Internet, que funcionavam como supernós, pois coordenavam as buscas entre agrupamentos de usuários. Um usuário envolvido nesse sistema poderia, então, solicitar por um arquivo. Se este arquivo estivesse localizado no computador de algum dos usuários conectado neste sistema, ele seria enviado ao solicitante, sem nenhum envolvimento do servidor central¹³⁰.

Em decorrência desta estrutura descentralizada, o *Grokster* era, muitas vezes, utilizado para usos legais, sem olvidar das possibilidades de compartilhamentos ilegais. Por causa disso, a corte distrital norte-americana que analisou o litígio iniciado por titulares de direitos autorais contra o *Grokster*, entendeu que ele não era responsável por eventuais

¹²⁸ FISHER, William. *CopyrightX*: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹²⁹ *Ibid.*, Vídeo E.

¹³⁰ *Ibid.*, Vídeo E.

violações de terceiros, o que foi confirmado pela Corte de Apelação do Nono Circuito que, por sua vez, não reconheceu a responsabilidade contributiva, nem a vicária¹³¹.

Quanto à primeira espécie de responsabilidade, a Corte de Apelação argumentou que: (a) a existência de usos legítimos do sistema descaracterizava a acusação de conhecimento construtivo da violação, assim como no caso *Betamax*; (b) o *Grokster* desconhecia situações específicas de usos ilegais até que fosse tarde demais para impedi-las, o que afastava a alegação de conhecimento real; e (c) ele não fornecia um *site*, nem instalações necessárias para a prática de ilegalidade, isso sem deixar de mencionar que a Corte entendeu que ele não tinha uma obrigação de modificar seu *software* para prevenir comportamentos infratores, o que afastava a argumentação de que ele contribuía materialmente para esses comportamentos. No tocante à responsabilidade vicária, a Corte alegou que os autores não haviam produzido provas suficientes para demonstrar que o *Grokster* detinha o direito e a habilidade necessários para monitorar os comportamentos infratores¹³².

Fisher explica que a Corte de Apelação nada mais fez do que aplicar a lei nos moldes em que ela existia naquele momento, sem atuar com parcialidade em relação ao *Grokster*. Inconformados com o estado da norma à ocasião, os titulares de direitos autorais recorreram à Suprema Corte, solicitando que ela revisitasse o precedente do *Betamax*, para ajustá-lo a um padrão mais justo. Apesar de a Suprema Corte ter mantido intacto aludido precedente, ela desenvolveu uma nova doutrina de responsabilidade secundária, que ficou conhecida como induzimento (*inducement*)¹³³.

De acordo com essa doutrina, aquele que distribui equipamentos, com o objetivo de promover o seu uso voltado para violações a direitos autorais, seja de forma explícita, seja por meio de atitudes afirmativas que levem a essa busca pela ilegalidade, deve ser considerado responsável pelos comportamentos violadores de terceiros. Para tanto, é necessário provar que o desenvolvedor desses equipamentos ou serviços tenha demonstrado algum tipo de expressão ou conduta proposital e culpável, tal como divulgar usos ilegais, visar um público conhecido por práticas ilegais, não adotar barreiras tecnológicas voltadas à redução de comportamentos violadores e apresentar uma noção mercadológica de que seu

¹³¹ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹³² *Ibid.*, Vídeo E.

¹³³ *Ibid.*, Vídeo E.

negócio depende de usos ilegais para sobreviver – sendo que essas duas últimas condutas sozinhas não são suficientes para enquadrar a empresa como responsável por induzimento¹³⁴.

No caso em discussão, existiam evidências suficientes a demonstrar que o Grokster sabia dos usos ilegais dos seus usuários, além de ter se autopromovido como um herdeiro do Napster, o que, por via de consequência, indicava também que ele visava atingir um público conhecido por práticas infringentes, motivo pelo qual o resultado do processo na Suprema Corte norte-americana foi em desfavor da plataforma. Essa decisão marcou o desmoronamento, pelo menos nos Estados Unidos, da ideia de que o sistema de P2P descentralizado era um modelo de negócio isento de responsabilidade secundária¹³⁵.

Lilian Edwards comenta que os triunfos da indústria fonográfica em casos como o Napster e o Grokster podem não ter significado necessariamente uma vitória definitiva na guerra contra a tecnologia P2P, ainda que essas decisões tenham contribuído para encerrar as atividades de muitos *sites* similares. Alguns exemplos de sistemas famosos encerrados foram o Limewire, fechado em outubro de 2010; o Fung, um rastreador de BitTorrent, processado por estúdios cinematográficos como a Columbia Pictures Industries, a Disney e a Twentieth Century Fox, cujo caso foi finalizado em 2013; e o eDonkey, processado por Arista e outras gravadoras e que também encerrou suas atividades; todos baseados nas discussões sobre a teoria do induzimento inaugurada pelo Grokster¹³⁶.

Edwards, então, explica alguns dos motivos pelos quais a autora entende que a guerra contra o P2P não teve um fim com as decisões dos casos Napster e Grokster. O primeiro deles diz respeito à modernização desses sistemas que, face à descentralização dos protocolos da geração BitTorrent e dos sistemas sucessores, tornou ainda mais difícil encontrar um intermediário que pudesse ser processado pelas violações de terceiros, como aconteceu com o Napster. Isso porque, ainda que um *site* cliente seja derrubado, como ocorreu com o Limewire, os usuários legados do sistema continuam conseguindo trocar arquivos entre si indefinidamente – a menos que alguma atualização eventual do sistema os

¹³⁴ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

¹³⁵ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 21.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 21-22.

impeça de acessar arquivos ilegais¹³⁷.

Além disso, se de um lado o Napster foi desenvolvido sob as bases de um *software* proprietário, sem a possibilidade de modificações e replicações, o BitTorrent se baseou em um protocolo de código aberto¹³⁸, o que implica dizer que, mesmo se os seus *sites* clientes sejam retirados do ar, o acesso ao código-fonte do BitTorrent possibilita o surgimento de novas versões ou variações, inclusive com muita facilidade. Em outras palavras, a replicação desse novo modelo de P2P é mais simples e acontece com bastante frequência¹³⁹.

Por fim, Edwards explica que o problema não se restringe, nem se concentra mais nos Estados Unidos, alcançando proporções internacionais. Isso porque, como a tecnologia é ponto a ponto, tanto o *site* que fornece o *software* cliente, quanto o *site* que disponibiliza os arquivos *torrent* podem estar localizados em diferentes países sem causar prejuízos aos usuários que compartilham e baixam arquivos. Inclusive, ainda que a indústria fonográfica tenha vencido algumas batalhas nos Estados Unidos, a luta ainda continua em

¹³⁷ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 22.

¹³⁸ Conforme explicam Luiz Otávio Pimentel e Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, em oposição ao *software* proprietário, sobre o qual os atributos legais de utilização se mantêm na esfera de direito do seu titular, “[t]ratando dos direitos de propriedade intelectual de programa de computador, a diferença do *software* livre se refere ao exercício não exclusivo dos direitos do titular, constante da obrigação estabelecida no pacto de livre utilização (executar, estudar, adaptar, acessar o código-fonte, copiar) e de livre fruição (distribuir) do *software*. Segundo a GNU, um programa de computador é “*software* livre” se os usuários possuem “liberdades essenciais” de acesso ao código-fonte do programa, de executar o programa para qualquer propósito, de estudar como o programa funciona, de adaptar o programa às necessidades do usuário, de redistribuir cópias do programa e de distribuir cópias de versões modificadas para terceiros.(O SISTEMA OPERACIONAL GNU, 2014) No *software* livre, a redistribuição de cópias, modificadas ou não, pode ser realizada gratuitamente ou mediante o pagamento de um preço estabelecido pelo prestador do serviço, denominado usuário, independentemente da anuência do proprietário. (O SISTEMA OPERACIONAL GNU, 2014) (...) Para que as “liberdades essenciais” sejam exercidas, deve ser dado o acesso ao código-fonte do programa. Consequentemente, esse acesso ao código-fonte, é uma condição necessária da caracterização do *software* livre. (O SISTEMA OPERACIONAL GNU, 2014) (...) O Projeto GNU esclarece também no seu site que outro grupo usa o termo “código aberto” ou “*open source*” com um significado parecido, mas não idêntico, ao de “*software* livre” porque este se refere às “liberdades essenciais” ao invés do preço, “livre” significa liberdade, a palavra “aberto” não. (O SISTEMA OPERACIONAL GNU, 2014) (...) Cabe observar que existe distinção entre “*software* livre” e “*software* aberto” ou de “código aberto”. A Open Source Initiative define *software* aberto abrangendo as mesmas características do *software* livre da Free Software Foundation, de “liberdade essencial” do usuário, incluindo algumas restrições focadas no modelo corporativo e em negócios comerciais elaborados em torno do *software*. A diferença está no discurso e no público-alvo. O conjunto de licenças é semelhante, mas o *software* de código aberto não pode ser considerado um *software* livre. O fato de o programa estar com seu código aberto não garante sobre a sua distribuição, modificação e comercialização. Pode-se ter um programa com código aberto e a impossibilidade de derivações, contrariando o conceito de *software* livre. (OPEN SOURCE INITIATIVE, 2014)”. PIMENTEL, Luiz Otávio; FIGUEIREDO E SILVA, Cláudio Eduardo Regis de. Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas. *Seqüência*, Florianópolis, n. 68, p. 291-329, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/13.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018. p. 311-316.

¹³⁹ EDWARDS, Lilian, op. cit., p. 22.

outros países, cujas decisões judiciais podem ou não seguir a mesma linha dos julgados das cortes americanas. Um exemplo disso é uma decisão espanhola que entendeu que o BitTorrent não praticou nenhum crime contra a lei autoral do país, tendo em vista que ele só fornecia um índice de links e não hospedava propriamente nenhum conteúdo ilegal¹⁴⁰.

Nessa perspectiva, é muito trabalhoso e financeiramente custoso para os titulares de direitos autorais moverem ações por todo o mundo contra os diversos sistemas de P2P existentes na rede e que praticam atos violadores a esses direitos. Por outro lado, alterar a localização desses sistemas é bastante simples, de modo que, ainda que eles fiquem fora do ar por um tempo, após um breve período eles acabam conseguindo se estabelecer em outros lugares e voltam a funcionar¹⁴¹.

De outra sorte, é importante mencionar que não só os sistemas de P2P foram alvos dos processos judiciais, mas também os *sites* intermediários hospedeiros de arquivos *torrent*. Um exemplo clássico disso foi a ação movida contra o *site* de *torrent* conhecido como Pirate Bay, na Suécia. A linha de defesa utilizada pelo Pirate Bay tentou aproximá-lo de mecanismos de busca como o Google, argumentando que ele apenas fornecia links para arquivos ofensivos e que, se o Google estava livre de responsabilidade, podendo adotar o procedimento de *notice and takedown*, conforme comentado previamente, ele também deveria ter a responsabilidade afastada. No entanto, em 2009, a corte sueca decidiu que o Pirate Bay era bastante diferente do Google, tendo em vista que seus operadores tinham ciência da ilegalidade praticada por seus usuários¹⁴², além de se beneficiarem financeiramente com publicidade divulgada no *site* e, portanto, considerou os operadores do *site* responsáveis criminalmente por violação a direitos autorais, condenando-os a um ano de prisão e ao pagamento de uma multa de 2,4 milhões de libras¹⁴³.

O mais interessante de toda essa história é que, a despeito da derrota judicial do Pirate Bay, ele continua ativo na rede, não por causa de uma demora nas medidas executórias

¹⁴⁰ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 22.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴² Aliás, a presença de elementos comprovando essa ciência da ilegalidade pelos operadores do *site* no caso do Pirate Bay era latente. Nessa perspectiva, ressalta Lilian Edwards: “[s]ince the Pirate Bay posted takedown letters sent in by copyright owners on their own site to ridicule, the court had no problem holding they had actual knowledge of copyright infringement but had failed to take down. Thus in this case the court could, perhaps unusually for the future, rely on actual notice, without having to look for constructive knowledge. But the plethora of evidence available here, of complicity with infringing users, business models obviously built on illegality, notice of illegality ignored, plus failure to co-operate with law enforcement or industry enforcers, will most likely not be present in such an easily demonstrable way all in future cases”. *Ibid.*, p. 24.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 23-24.

do processo, mas porque seus operadores estão sempre criando mecanismos para se esquivar de um desaparecimento completo da rede, como, por exemplo, mudando de país. Nessa perspectiva, ainda que o *site* venha a ser derrubado do ar, muitos outros continuarão existindo, dada a flagrante dificuldade física em acabar com eles¹⁴⁴.

Simultaneamente a estas ações movidas contra os intermediários da tecnologia P2P, as indústrias fonográfica e cinematográfica, especialmente nos Estados Unidos, a partir de 2003, por meio de suas respectivas entidades de representação, quais sejam, a RIAA e a MPAA (*Motion Picture Association of America*)¹⁴⁵ iniciaram processos contra os usuários desses *sites*, que eram os infratores primários dos direitos autorais. Os objetivos dessas ações eram tanto impedir que os usuários continuassem infringindo esses direitos, por meio do uso de táticas que lhes causassem receio de continuar praticando as condutas infratoras, quanto criar uma ferramenta educacional, com o intuito de alterar o senso comum de que a prática do compartilhamento não autorizado de obras protegidas era um comportamento aceitável¹⁴⁶.

Ocorre que aludida estratégia de processar usuários foi completamente contra produtiva por uma série de motivos, dentre os quais, além de se mostrar como uma forma desastrosa de relação pública, ocorreram muitos casos de erros em que pessoas inocentes ou até mesmo falecidas foram processadas injustamente, isso sem deixar de mencionar que as penalidades previstas em lei eram desproporcionais às condutas dos usuários. Além disso, processar usuários não só desviava energia e atenção dos casos maiores e mais sérios de violações, a exemplo das contrafações em larga escala de suportes físicos como CDs e DVDs, como também acabou se tornando uma forma de chantagem e extorsão públicas por

¹⁴⁴ Nesse sentido, relata Lilian Edwards: “[w]hat happened after the Pirate Bay lost is however perhaps the most salient part of the story. Despite of the celebrated victory, and a subsequent victory in the appeal courts, the Pirate Bay site is still up. This is not just because of delay caused by the appeal process. In the past the Pirate bay has moved its servers to other countries including the Netherlands to avoid police action, threatened to buy an island (“Sealand”) to establish as its own legal jurisdiction, and according to the site TorrentFreak is now considering if the servers could be mounted in space on a satellite. Even without such extreme measures, the difficulties of physically closing down one, let alone dozens, of highly mobile torrent sites become apparent”. EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 24.

¹⁴⁵ Criada em 1922, a MPAA é uma associação comercial responsável por congrega e por representar os interesses das maiores empresas da indústria norte-americana de cinematografia. MATTA, João Paulo Rodrigues. Marcos histórico-estruturais da indústria cinematográfica: hegemonia norte-americana e convergência audiovisual. In: ENECULT - ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA, IV., 2008, Salvador. *Anais...* Salvador: Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14363-01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 7-8.

¹⁴⁶ EDWARDS, Lilian, op. cit., p. 25.

parte de escritórios de advocacia, cujas condutas eram legalmente sancionadas. Todas essas desvantagens fizeram com que as associações desistissem, ao longo do tempo, de processar usuários¹⁴⁷.

O que se pode depreender da análise dos casos apresentados neste tópico é que o embate entre empreendedores de tecnologias e titulares de direitos autorais sempre esteve presente neste contexto, inclusive bem antes da popularização da Internet enquanto um fenômeno de massas. Aliás, esse movimento composto pelo surgimento de uma tecnologia, seguido de uma modelação nas normas jurídicas, com o intuito de amparar os titulares de direitos autorais parece ser inerente à própria dinâmica da disciplina autoral.

Nessa perspectiva, observam-se, de um lado, aqueles que investem em inovação, buscando lucrar com a exploração de novos mecanismos, equipamentos, aparelhos de difusão de obras intelectuais, a um menor custo possível, tentando se esquivar ao máximo do ônus de remunerar os titulares e, de outro, esses titulares de direitos que almejam, ao mesmo tempo, ampliar a divulgação de suas obras por meio desses suportes e auferir uma compensação financeira justa pelas novas modalidades de uso de suas obras.

Não se trata necessariamente de interesses antagônicos e inconciliáveis, tendo em vista que, em certa medida, eles até se complementam. Isso porque o contínuo e constante trabalho de autores e artistas na criação de obras intelectuais, conjugado com o interesse da sociedade em acessar essas obras, gera substratos para que empresas invistam em tecnologias relacionadas à exploração dessas obras. De outra sorte, o investimento nessas tecnologias proporciona melhorias nos processos de criação, bem como viabiliza a ampliação da distribuição de aludidas obras.

O desafio que se impõe é o de conciliar os interesses de ambas as partes, evitando que uma se sobreponha à outra. Acontece que o surgimento da Internet e a consequente possibilidade de compartilhamento de arquivos, incluindo obras protegidas por direitos autorais, entre pessoas de todo o mundo, de forma desenfreada e sem barreiras, gerou um desequilíbrio nessa balança em desfavor dos titulares de direitos. E conforme é possível aduzir dos casos comentados neste tópico, o aprimoramento das tecnologias de compartilhamento, desacompanhado de uma resposta simultânea e eficaz das normas jurídicas – que, por razões naturais, têm dificuldades de se atualizarem no mesmo compasso

¹⁴⁷ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 25-26.

das tecnologias – gerou consequências nefastas para os titulares de direitos autorais, dada a facilidade e o crescimento das práticas de pirataria.

A alternativa encontrada pelos titulares de direitos autorais foi a judicialização desses problemas – sem olvidar que os maiores interessados nesses litígios foram os principais personagens das indústrias fonográfica e cinematográfica, quais sejam, gravadoras e estúdios –, com o intuito de amenizar as perdas econômicas suportadas nesse cenário. Desta feita, conforme abordado neste capítulo, os Estados Unidos foram o principal palco dos casos mais emblemáticos discutindo tecnologia e direitos autorais, desde o surgimento do videocassete (Betamax) até o advento da Internet e dos sistemas P2P. Ainda que o direito norte-americano, baseado no sistema da *Common Law*, seja diferente do direito brasileiro, com origem no sistema da *Civil Law*, a análise das nuances dos casos discutidos nas cortes americanas – inclusive no tocante às responsabilidades secundárias presentes na legislação deste país, como a contributiva e a vicária – é relevante para compreender as dificuldades enfrentadas pelos direitos autorais neste contexto da Internet, diante das crescentes violações a esses direitos e dos aprimoramentos das tecnologias utilizadas pelos novos modelos, com o intuito de se esquivar da responsabilização por essas infrações. Essa conjuntura fica evidente quando apresentados cronologicamente os casos do Napster, do Aimster e do Grokster, cada qual tentando criar mecanismos para afastar sua responsabilidade frente às violações cometidas por seus usuários.

Esses casos ajudam a diagnosticar também duas outras situações. A primeira delas diz respeito a uma mudança na postura do público consumidor de conteúdo que tem buscado cada vez mais acesso às obras intelectuais, ainda que, por vezes, a postura deste público possa ser distorcida pela promessa da Internet enquanto uma fonte ilimitada e gratuita de conteúdo. Já a segunda situação identifica um movimento das indústrias culturais no sentido de maximizar a proteção autoral, utilizando a via de mecanismos repressores, seja pelas condenações nos processos judiciais, seja pela pressão voltada à modificação das leis autorais, como, por exemplo, pela inclusão de regras anti-circunvenção. E essa segunda situação, por sua vez, aponta para uma estratégia relativamente frustrada da indústria cultural, conforme já comentado anteriormente, tendo em vista que a pirataria ainda é um fenômeno presente na sociedade, a despeito de todo o esforço para suprimi-la.

É justamente neste contexto que novos modelos de negócio, como o *streaming*, encontram um solo fértil para desenvolvimento e trazem consigo questionamentos acerca dessa postura de embate assumida até então pela indústria cultural em relação às tecnologias. Com base nisso, não há que se olvidar que a Internet representou um marco na sociedade,

abalando as estruturas dos seus vários atores e mexendo nos pilares da proteção autoral. Os casos apresentados neste tópico ajudam a ter uma dimensão prática dos efeitos dessa inovação. Os tópicos subsequentes, de outra sorte, objetivam traçar um histórico da evolução da Internet, a fim de demonstrar a sua importância para o advento da tecnologia que se discute neste trabalho, bem como fazer um apanhado geral e um fechamento a este capítulo, no tocante aos anseios dessa Sociedade da Informação e às conseqüentes dificuldades enfrentadas pela disciplina do direito autoral.

1.3 O SURGIMENTO DA INTERNET E SEUS IMPACTOS

Antônio Chaves define a Internet como “uma rede que, permitindo a ligação dos computadores do mundo inteiro, facilita um trânsito incalculável de informações e imagens de toda espécie”. Nas palavras do autor, a melhor forma de se descrever a Internet é compreendê-la como “uma infovia, uma estrada digital por onde trafegam riquezas devidamente transformadas em bits”. Chaves conclui que “[t]ransformar átomos em bits significa digitalizar, reescrever a informação contida na voz, na cor, nas luzes, nas letras, nos filmes e nas formas, colocando tudo isso para viajar de uma tela para outra”¹⁴⁸.

Enquanto uma rede que interliga computadores de todo o mundo, a Internet apresenta uma estrutura bastante peculiar. Nessa perspectiva, a primeira característica dessa rede que merece destaque é que ela não conta, necessariamente, com uma estrutura “física” própria, de cabos e linhas exclusivos. Em outras palavras, a conexão entre dois pontos é “lógica”, pois cada ponto é capaz de enviar e receber dados, bem como de compreender os dados recebidos de outro ponto e a forma com que esses dados trafegam pode ser bastante diversificada. Dentre as possibilidades existentes, mencionam-se: (a) pode ser, de fato, através de uma linha física exclusiva; (b) ou por meio de uma ligação telefônica dedicada, isto é, que opere 24 (vinte e quatro) horas por dia, sem a necessidade de discagem; (c) ou ainda de uma linha comutada, também entendida como uma ligação telefônica discada, mas somente quando oportuno e necessário; (d) pode ser através de uma transmissão de rádio; (e) ou de um canal de dados permanentemente aberto, que trafegue em paralelo com uma estrutura de telefonia, sendo esta última a mais recente¹⁴⁹.

¹⁴⁸ CHAVES, Antônio. *Direitos autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videogames, embalagem criativa, duração dos direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1996. p. 240.

¹⁴⁹ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em:

Outra peculiaridade da Internet é a ausência de hierarquia da sua estrutura, devido à falta de um controle centralizado do tráfego de dados. Essa falta de centralização acontece porque equipamentos conhecidos como roteadores são colocados em pontos da rede chamados de nodos e eles se encarregam “de receber os dados enviados de outros pontos e passá-los adiante”, de modo que aludido tráfego acaba sendo administrado localmente em cada nodo. Desta forma, “[o]s roteadores só observam os nodos aos quais estão diretamente conectados”, inexistindo, por conseguinte, um conhecimento completo da rede. Para o recebimento e repasse de mensagens, o roteador leva em consideração três aspectos, quais sejam, “a disponibilidade de tráfego nas ligações que saem do seu nodo, o nodo seguinte que seja mais próximo do destino final da informação e a prioridade da informação que vai ser repassada”¹⁵⁰.

Se, de um lado, inexistente hierarquia no controle do tráfego de dados, de outro, é possível afirmar que a hierarquia está presente quando o assunto é a importância das subredes que compõem a Internet. Conforme explica Bernardo Felipe Estellita Lins, três são os tipos de subredes que formam o complexo da Internet: os *backbones*, os *backhauls* e as redes de “última milha”. Caracterizam-se essas subredes da seguinte maneira:

Os *backbones* são redes de alta velocidade, grande capacidade de tráfego e grandes distâncias físicas entre seus nodos. Fazem interligações regionais ou continentais. (...)

A esses *backbones* ligam-se redes menores, de alcance geográfico mais restrito ou de interconexão de grupos de usuários mais específicos, que recebem o nome de *backhauls*. Estas têm a obrigação de trafegar os dados entre os usuários finais e o *backbone*. Finalmente, pequenas subredes de caráter local que chegam ao usuário são conhecidas como redes de ‘última milha’ e ligam-se a um *backhaul*.¹⁵¹

Também explica Bernardo Lins que essas redes se interconectam por meio de pontos de troca de tráfego ou PPT que consistem basicamente em “instalações e equipamentos implantados em encruzilhadas críticas, em que duas ou mais subredes transferem mensagens entre si”. Por esse motivo, as redes que contam com grandes tráfegos e elevado número de usuários acabam por se interconectar em diversos pontos, objetivando otimizar as trocas de dados, sendo deveras importante o desempenho dos PPT nesses

<http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 23.

¹⁵⁰ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 23.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 23-24.

casos¹⁵². Compreendida, minimamente, a forma com que a Internet se estrutura, passa-se, então, a um breve relato sobre o seu histórico.

Desta sorte, relata-se que as origens da Internet remontam ao final da década de 1960 e estavam, nesse primeiro momento, vinculadas às posturas militares adotadas pelos Estados Unidos no período da Guerra Fria. Como uma resposta ao lançamento do primeiro satélite pela União Soviética, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos organizou a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), em 1958, com o objetivo de utilizar recursos de pesquisa, especialmente universitária, voltados ao desenvolvimento tecnológico militar, em busca de superar a União Soviética nesse setor¹⁵³.

Nessa perspectiva, em setembro de 1969, o IPTO (*Information Processing Techniques Office*), um dos departamentos da ARPA, lançou a Arpanet, que consistia em uma rede interativa de computadores, baseada na tecnologia da comutação por pacotes¹⁵⁴. A ideia era que a informação fosse dividida nesses pacotes, que nada mais eram do que blocos de tamanho fixo, a fim de possibilitar o envio ao destinatário final que, por sua vez, encarregar-se-ia de remontar a mensagem original. Cada pacote trafegava buscando caminhos independentes até o destinatário final, de modo que, em caso de ataques ou interrupções a uma parcela dos computadores interligados, a rede resistiria e os pacotes alcançariam o destinatário traçando um caminho pelas conexões restantes¹⁵⁵. Nota-se, portanto, que a proposta inicial que permeava essa tecnologia era criar uma rede de comunicação descentralizada e flexível, capaz de sobreviver a um eventual ataque nuclear, proporcionando maior segurança militar. No entanto, o próprio projeto da Arpanet acabou se distanciando desses propósitos¹⁵⁶.

Nessa esteira, o passo seguinte do projeto foi expandir a comunicação, a partir da “conexão da Arpanet com outras redes de computadores, a começar pelas redes de comunicação que a ARPA estava administrando, a PRNET e a SATNET. Isso introduziu um novo conceito: uma rede de redes”. É nesse cenário que surgem os protocolos de

¹⁵² LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 24.

¹⁵³ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 13-14.

¹⁵⁵ LINS, Bernardo Felipe Estellita, op. cit., p. 15-16.

¹⁵⁶ CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 14.

comunicação padronizados¹⁵⁷, conjuntos de regras e procedimentos que incorporam “todas as possibilidades de interação entre máquinas ou redes distintas que desejassem se conectar”, viabilizando a melhor comunicação entre essas máquinas¹⁵⁸. O primeiro desses protocolos é desenvolvido por cientistas durante um seminário em Stanford, em 1973, e que ficou conhecido como TCP (protocolo de controle de transmissão). Cinco anos depois, o TCP foi dividido em duas partes, tendo sido acrescentado o que se chamou de protocolo intrarede ou IP, gerando o TCP/IP, padrão segundo o qual a Internet continuou operando posteriormente¹⁵⁹. Bernardo Felipe Estellita Lins¹⁶⁰ descreve a Internet, nesse primeiro momento, com as seguintes características:

A Internet era uma rede aberta, com quatro regras básicas: novas redes poderiam interconectar-se a ela, sem modificações internas; as comunicações seriam feitas na base do melhor esforço possível (“*best effort*”) e se um pacote transmitido não chegasse ao destino este simplesmente seria repetido; os equipamentos para interligar as redes (roteadores e gateways) seriam simples e não preservariam a informação transferida; finalmente, não haveria uma supervisão centralizada da rede (LEINER et al. 1997: 104; ISAACSON, 2014: 256-259).

“Em 1983 o Departamento de Defesa, preocupado com possíveis brechas de segurança, resolveu criar a MILNET, uma rede independente para usos militares específicos. A Arpanet tornou-se ARPA-INTERNET, e foi dedicada à pesquisa”, até 1990, quando foi retirada de operação, dada a sua obsolescência. É nesta oportunidade que a Internet se desvincula do ambiente militar, mantendo-se, então, sob a égide do governo norte-americano, administrada pela NSF (*National Science Foundation*), por um curto período de tempo, sendo gradualmente privatizada. “Em 1995 a NSFNET foi extinta, abrindo caminho para a operação privada da Internet”¹⁶¹.

Nesse cenário, dois foram os desafios iniciais que os computadores enfrentaram para viabilizar uma conexão entre eles: (a) o primeiro dizia respeito à qualidade insuficiente das linhas telefônicas dedicadas para a comunicação de dados; (b) o segundo era efetivamente conseguir que as linhas discadas fossem usadas para essa comunicação. Em

¹⁵⁷ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 14.

¹⁵⁸ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 16.

¹⁵⁹ CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 14-15.

¹⁶⁰ LINS, Bernardo Felipe Estellita, op. cit., p. 16.

¹⁶¹ CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 15.

relação ao primeiro, em pouco tempo, engenheiros e programadores identificaram os problemas da comunicação a longa distância e conseguiram remediá-lo, desenvolvendo *hardware* e protocolos adequados para suprir as falhas. O segundo era um problema com a companhia de telefonia norte-americana AT&T (*American Telephone and Telegraph Corporation*) que, à época, proibia a conexão de qualquer outro aparelho que não fosse os seus próprios, como forma de manter o controle total sobre sua rede de telefonia, culminando em disputas judiciais longas sobre o assunto. Algumas derrotas viabilizaram os investimentos em tecnologias, dentre as quais é possível citar um modem¹⁶² aprimorado de conexão direta à linha telefônica, criado em 1981 pela empresa Hayes¹⁶³.

Paralelamente aos avanços nas telecomunicações, a microeletrônica também foi se aprimorando, o que possibilitou o desenvolvimento de microprocessadores comerciais de baixo custo, já na década de 1970. Ao mesmo tempo em que os computadores pessoais foram sendo lançados e aprimorados, os primeiros modems para linha discada foram se popularizando, o que permitiu o oferecimento de conexão em rede a pessoas comuns. Vale ressaltar que, nesse momento, diga-se, meados do fim da década de 1970 e início dos anos 1980, predominavam os serviços localizados e as redes privadas, de modo que a Internet ainda não estava efetivamente ao alcance do público. Bernardo Felipe Estellita Lins qualifica esse período como “os anos de ouro do acesso por linha discada”. Nessa perspectiva, destaca-se que a Internet da década de 1980 era uma realidade especialmente dentro das universidades, iniciando, neste período, a sua gradual expansão para fora dos domínios dos Estados Unidos¹⁶⁴.

Relata-se, outrossim, que já nessa época, existiam provedores de conteúdo, a

¹⁶² Ressalta-se que o primeiro modem surgiu no final da década de 1970. Conforme relata Manuel Castells, “[e]m 1977, dois estudantes de Chicago, Ward Christensen e Randy Suess, escreveram um programa, que batizaram de MODEM, que permitia a transferência de arquivos entre seus computadores pessoais; em 1978 fizeram um outro, o Computer Bulletin Board System, que permitia aos computadores armazenar e transmitir mensagens. Liberaram ambos os programas para o domínio público. Em 1983, Tom Jennings, um programador que na época trabalhava na Califórnia, criou seu próprio programa de BBS, o FIDO, e iniciou uma rede de BBSs, a FIDONET. Até hoje a FIDONET é a rede de comunicação por computadores mais barata e mais acessível no mundo, baseando-se em PCs e ligações por linhas telefônicas convencionais. Em 2000, compreendia mais de 40.000 nós e cerca de três milhões de usuários. Embora isso represente apenas uma minúscula fração do uso total da Internet, a prática dos BBSs e a cultura exemplificada pela FIDONET foram fatores influentes na configuração da Internet global”. Vale lembrar apenas que a obra de Castells data de 2003. CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 16.

¹⁶³ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 16-17.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 17-18 e 20.

princípio, caracterizados como “simples repositórios de arquivos para download que eram acessados por menus”¹⁶⁵, os quais, ao longo do tempo, foram se sofisticando e viabilizando o acesso a uma série de serviços, “oferecidos por empresas como *CompuServe e Prodigy*” e AOL (*America Online*), incluindo, por exemplo, o *download* de jogos. Também nesses primórdios das redes de computadores estavam presentes as mensagens eletrônicas ou, como popularmente conhecidas, os e-mails, no formato básico que continha o endereço eletrônico do destinatário e a mensagem, sendo o primeiro deles introduzido em 1972¹⁶⁶.

A Internet chega ao Brasil ainda nessa fase “acadêmica” da rede, no ano de 1989. Custeada com recursos principalmente do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e da Fapesp (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), estrutura-se o *backbone* da rede que ficou conhecido como RNP (Rede Nacional de Pesquisas). Sublinha-se, então, que “[a] administração pública contratou junto à Embratel uma estrutura básica de tráfego de dados, que iria configurar um backbone ou espinha dorsal da Internet brasileira”. Três eram os pontos que mantinham uma interconexão com provedores internacionais de tráfego, quais sejam, um mantido pela Fapesp em São Paulo, outro pelo LNCC (Laboratório Nacional de Computação Científica) no Rio de Janeiro, e o último pela UFRS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul)¹⁶⁷.

A década de 1990, por sua vez, é responsável por marcar essa transição da Internet, originalmente concebida com propósitos militares e de pesquisa, voltada a atender às necessidades da comunidade acadêmica e das agências governamentais¹⁶⁸, para uma perspectiva mais comercial, tanto que, logo no início da década, muitos foram os provedores de serviços de Internet que montaram as suas próprias redes, ocasionando, por conseguinte, o crescimento a nível global dessa rede de redes. A Arpanet teve um papel fundamental nesse histórico, especialmente pela sua estrutura descentralizada, organizada em múltiplas

¹⁶⁵ Aqui Bernardo Felipe Estellita Lins faz referência aos programas de BBS (*Bulletin Board Systems*) comentados anteriormente. Conforme relata o autor, “[e]ram servidores, muitas vezes operados em um único computador, que aceitavam conexões de usuários, para download de arquivos, troca de mensagens e intercâmbio de arquivos. Em geral o computador do usuário necessitava de um programa de acesso para ligar-se ao BBS e a escolha do serviço era feita por menus. Não havia facilidades gráficas: a interação era completamente textual”. LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 18.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 18-19.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 24.

camadas e em protocolos de comunicação abertos¹⁶⁹.

Mas o que efetivamente possibilitou essa transição foi o desenvolvimento pelo programador inglês, Tim Berners-Lee, em 1990, de uma aplicação de compartilhamento de informação, que ficou conhecida como a *World Wide Web* ou *www*¹⁷⁰. Nesse sistema, cada documento ou “página” era considerado um hipertexto, contendo um conjunto de informações, dentre as quais podiam ser encontrados conteúdos diversos e referências a outros documentos, também conhecidas como *hyperlinks*. Esses *hyperlinks* podiam encaminhar o usuário para outro ponto dentro da mesma página, ou para outra página armazenada no mesmo sítio eletrônico, conhecido como *website* ou apenas *site*, ou ainda para uma página diversa daquela, localizada em qualquer outro espaço da rede. É nesse cenário, com o advento da *World Wide Web*, que surgem os nomes de domínio, para identificar os locais da rede, em substituição aos endereços numéricos já existentes graças ao protocolo IP¹⁷¹.

Conforme destaca Castells, Berners-Lee “definiu e implementou o software que permitia obter e acrescentar informação de e para qualquer computador conectado através da Internet: HTTP, HTML e URI (mais tarde chamado URL)”. Ademais, cumpre acrescentar que o software do navegador da web (*browser*) foi lançado pelo CERN, Laboratório Europeu para a Física de Partículas, onde trabalhava Berners-Lee, apenas em agosto de 1991. A partir de todo esse trabalho realizado por Berners-Lee, outros programadores envidaram esforços para desenvolver seus próprios navegadores, dentre os quais, “[a] primeira versão modificada foi o Erwise, desenvolvido no Instituto de Tecnologia de Helsinki em abril de 1992. Pouco depois, Viola, na Universidade da Califórnia em Berkeley, produziu sua própria adaptação”¹⁷².

Ocorre que a versão modificada da *www* mais bem-sucedida foi o Mosaic, projetado na Universidade de Illinois por Marc Andreessen e Eric Bina e divulgado na rede em janeiro de 1993. Sua capacidade gráfica permitia a captação e a distribuição de

¹⁶⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 15.

¹⁷⁰ Ibid., p. 17.

¹⁷¹ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 24 e 28.

¹⁷² CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 17-18.

imagens¹⁷³, o que era um avanço para a época em que se predominavam os textos. Ademais, conforme destaca Bernardo Lins, “[s]ua tecnologia e seu design permitiam mostrar a página de conteúdo do sítio de modo agradável e navegar entre as informações por meio” dos *hyperlinks*, consolidando o que ficou conhecido como a navegação pela Internet¹⁷⁴.

Pouco tempo depois do lançamento deste software, Andreessen, Bina e seus colegas de trabalho se uniram a um famoso empresário do Vale do Silício, Jim Clark, e fundaram uma nova companhia, que foi nomeada primordialmente como Mosaic Communications, tendo seu nome alterado para Netscape Communications. Esta, por sua vez, foi a responsável por disponibilizar o primeiro navegador comercial em outubro de 1994, conhecido como Netscape Navigator. 1995 foi o ano em que a empresa lançou o *software* Navigator na modalidade gratuita para fins educacionais e na modalidade paga para uso comercial que valia, à época, 39 (trinta e nove) dólares. Despertada pelo sucesso do Navigator, também no ano de 1995, a Microsoft resolve lançar o seu *software*, o Windows 95, contendo o próprio navegador, qual seja, o Internet Explorer. Como uma resposta competitiva à Microsoft, em 1998, a Netscape libera o código-fonte do Navigator na rede¹⁷⁵.

A década de 1990 representa, então, o marco de privatização da Internet, bem como da abertura da sua arquitetura técnica, permitindo que todas as redes de computadores, em qualquer lugar do mundo se interconectassem com facilidade, visto à quantidade de navegadores de uso simplificado que estavam à disposição do público¹⁷⁶. Em decorrência disso, a Internet entra em um período de exponencial crescimento, “dobrando o número de usuários a cada 18 meses, o volume de dados a cada dois anos e o tamanho físico da rede a cada cinco anos”. Nesse primeiro momento, os serviços oferecidos aos usuários eram basicamente os de troca de mensagens e os incipientes *sites* comerciais de notícias e de comércio eletrônico¹⁷⁷.

Também nesses primórdios da Internet comercial, o acesso do público em geral à rede ocorria por meio da linha discada, em outras palavras, a conexão do usuário a um provedor da rede ocorria pela via telefônica, com o uso de um modem. Esse provedor seria

¹⁷³ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 18.

¹⁷⁴ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 24.

¹⁷⁵ CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 18-19.

¹⁷⁶ Ibid., p. 19.

¹⁷⁷ LINS, Bernardo Felipe Estellita, op. cit., p. 25.

o responsável por “receber as comunicações do computador do usuário e administrar seu tráfego com a rede”. No Brasil, o primeiro provedor desse serviço foi a Embratel, empresa ligada ao grupo estatal Telebrás, então responsável pela telefonia de longa distância. Ocorre que, como uma medida de evitar um monopólio pela Embratel, foi definida, em comum acordo entre o meio acadêmico, os Ministérios da Ciência e Tecnologia e das Comunicações e a Telebrás (à ocasião, órgão regulador do sistema de telefonia fixa) a Norma n. 4, de 1995, aprovada pela Portaria n. 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações, conferindo preferência ao setor privado para a execução dos serviços de provimento de acesso à Internet, ao admitir que empresas privadas se utilizassem dos meios da então Rede Pública de Telecomunicações, para o fornecimento de aludidos serviços¹⁷⁸.

Esse estímulo à competitividade dos provedores privados também contribuiu para o surgimento de serviços adicionais, relacionados ao acesso, como o oferecimento de conteúdos jornalísticos e informativos exclusivos, “a estruturação de portais de comércio eletrônico e a organização das primeiras comunidades virtuais”, isso sem deixar de mencionar que os provedores também garantiam “eficiência e segurança ao tráfego de dados local, ao armazenar localmente dados com grande frequência de acesso”, além de se responsabilizarem “pela atribuição de nomes de domínio e de endereços de rede (endereços IP) dos usuários em sua área” de atuação¹⁷⁹.

Nessa perspectiva, ressalta-se que o provedor de acesso privado (*Internet Service Provider* – ISP) representava um ponto de presença local, próximo ao usuário final, fornecendo o acesso individual à Internet, por linha discada local e se remunerando por meio de uma tarifa *flat*¹⁸⁰, que consistia em um valor fixo pelo serviço prestado, o que, inclusive, tornou-se praxe de mercado. Além deste custo, o usuário final também precisava “adquirir um modem para ligar seu computador à linha telefônica e conectar-se ao provedor”, bem como pagar pelos custos da ligação local. Estes custos, por sua vez, acabavam funcionando como um “limitador ao tempo de uso e ao tráfego de dados, mantendo o volume de utilização da rede nacional em níveis compatíveis com a gradual expansão da capacidade de tráfego do

¹⁷⁸ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 26.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸⁰ Bernardo Lins destaca que “[s]e esse provedor local não existisse, o usuário teria que acessar a Internet via uma conexão de longa distância até um ponto da rede, o que ficaria caríssimo”. *Ibid.*, p. 26.

backbone”¹⁸¹.

De outra sorte, 1996 é o ano em que se inicia o oferecimento do acesso dedicado local ao pequeno usuário no Brasil, valendo-se da modalidade que ficou conhecida como ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*). A estrutura desse serviço consistia na hospedagem de um multiplexador¹⁸² de dados ou DSLAM (*Digital Subscriber Line Access Multiplexer*) nas centrais de comutação das operadoras de telefonia, aproveitando-se do cabeamento dessas, que chegava nas residências dos usuários, mas sem que fosse utilizada a discagem, não interferindo, portanto, no funcionamento do telefone, isto é, operando como um sistema paralelo à telefonia fixa, ao utilizar de uma frequência diversa da utilizada pelo sinal de telefonia¹⁸³.

Nasce, então, a conexão em banda larga, cuja capacidade de tráfego de dados era oferecida ao usuário em maior velocidade, se comparada com a conexão discada, tudo isso a um custo prefixado. Os primeiros pacotes contavam com restrições de volume de tráfego, contudo, em pouco tempo, o mercado foi capaz de oferecer os serviços com uma tarifa *flat*, ou seja, independente do volume de utilização, variável apenas de acordo com a velocidade da operação contratada¹⁸⁴.

No mesmo ano de 1996, provedores MMDS (*Multipoint Multichannel Distribution Service* ou Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal)¹⁸⁵ começaram a também oferecer serviços de acesso à Internet só que ligados aos sinais da TV a cabo. Seja via telefonia, seja via TV a cabo, “o sistema de controle de tráfego era capaz de administrar

¹⁸¹ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 26.

¹⁸² “Multiplexador: Dispositivo usado para combinar dois ou mais sinais distintos em uma única linha de comunicação, permitindo assim uma otimização das suas capacidades de transmissão”. MULTIPLEXADOR. In: ENCICLOPÉDIA BarsaSaber. Disponível em: <<http://brasil.planetasaber.com/brasil/default.asp?idreg=98804&ruta=Buscador>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

¹⁸³ LINS, Bernardo Felipe Estellita, op. cit., p. 31.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹⁸⁵ Conforme explica Daniel Herz: “[d]istribuição de Sinais Multiponto Multicanal é o nome adotado para uma modalidade de serviço de distribuição de sinais de TV que também se referencia pela sigla MMDS, tomada como abreviação de *Multipoint Multichannel Distribution Service* (sendo esta sigla também considerada, por alguns, como abreviação de *Microwave Multichannel Distribution System*, ou seja, Sistema de Distribuição de Canais em Microondas). O serviço MMDS surgiu na década de 80, nos Estados Unidos, sendo conhecido como *wireless cable*, o ‘cabo sem fio’ para referir a multiplicidade de canais com o sinal gerado a partir de uma mesma antena com sinal utilizando a faixa de frequência de microondas”. HERZ, Daniel. Proposta para a regulamentação do MMDS: estatuto Público, complementaridade e competitividade. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XVIII, 1995, Aracaju. *Anais...* São Paulo: Intercom, 1995. Disponível em: <[http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Proposta+para+++regulamentacao+do+MMD S+estatuto+publico\(texto\).pdf](http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Proposta+para+++regulamentacao+do+MMD S+estatuto+publico(texto).pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2018. p. 2.

a alocação de endereços IP”, ao interagir diretamente com o modem ADSL do usuário, no primeiro caso, ou com o *cable* modem, no segundo, o que tornava dispensável a figura do provedor de acesso¹⁸⁶.

A despeito de aludida desnecessidade técnica do provedor de acesso, sua figura continuou existindo no Brasil, tendo em vista que ele também funcionava como um mecanismo de segurança para o tráfego da Internet, ao coletar dados de conexão e tráfego, além do fato de que as operadoras de telefonia acabaram adquirindo participação no capital de grandes provedores como a UOL e a ZAZ, auferindo ganhos com as tarifas de acesso à Internet, o que era vantajoso para a manutenção da sua estrutura. Isso significava que o usuário precisava arcar com dois tipos de tarifa em ambas as modalidades de acesso em banda larga: uma “por volume ou por faixa de capacidade de tráfego, para uso do ADSL ou do acesso via cabo” e outra para o provedor de acesso¹⁸⁷.

Não há que se olvidar que a banda larga resolveu muitos dos problemas existentes na era da Internet discada. Ela acabou com falhas de acesso e quedas de conexão, permitiu o tráfego de conteúdos mais pesados, como músicas, filmes e fotografias, possibilitou a multiplicação dos *sites*, de modo que já não era mais possível mapear a rede. É nesse cenário que nasce o mais conhecido catálogo de sites: o Google¹⁸⁸.

Conforme relata Bernardo Lins, catálogos de *sites* já existiam desde 1994, a exemplo do *Yahoo!*, “um guia temático da Web construído a mão”. Também nessa época surgiram os “*web crawlers*”, programas de navegação automática, cujo propósito era montar catálogos automáticos, a partir de uma varredura feita pelas páginas na Internet, seguindo os *hyperlinks* existentes. Alguns exemplos destes programas eram o *Alta Vista*, o *Lycos* e o *Infoseek*¹⁸⁹.

O Google nasce em 1998 não apenas com uma interface mais simples, mas também com um modelo inovador: a proposta da empresa era valorar as páginas encontradas na *web*, de acordo com a sua importância, tendo como primeiro critério a quantidade de *links* que apontavam para aquela página, a fim de apresentar aos usuários, a partir da busca por palavras-chaves ou expressões, uma lista de páginas encontradas, em uma ordem iniciada na

¹⁸⁶ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 31.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 32.

mais importante. Isso significava que o algoritmo do Google precisava acumular um enorme volume de dados, com o intuito de melhor valorar e ranquear os sites visitados. Ao longo dos anos, os critérios de avaliação e a capacidade de armazenamento do serviço foram sendo aprimorados pelos programadores do Google, Larry Page e Sergey Brin, conferindo uma qualidade aos resultados deveras superior aos de outros mecanismos de busca. Conforme destaca Bernardo Lins, “[o] *Google* revelou ser mais do que um catálogo da rede: era sua porta de entrada”¹⁹⁰.

Por outro lado, a banda larga também propiciou o desenvolvimento e a expansão das redes sociais. Como uma “evolução natural das salas de chat dos provedores dos anos” de 1980, os ambientes virtuais, a partir da década de 1990, possibilitaram não apenas a troca de mensagens em tempo real, como também a ausência de limitações quanto ao número de participantes destas conversas, passando a abrigar verdadeiras comunidades de amigos ou contatos¹⁹¹.

Os primeiros serviços surgiram como alternativas aos tradicionais BBS, em meados de 1994, dentre os quais estão incluídos o *Geocities* e o *Tripod*. Na virada do século, popularizaram-se outras redes sociais como *Orkut*, *Myspace* e *Friendster* e, posteriormente, *Google+*, *Badoo* e o mais bem sucedido de todos, o *Facebook*, criado em 2004 por quatro estudantes de Harvard (Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin, Dustin Moskovitz e Chris Hughes), inicialmente para operar como um serviço de contatos entre alunos da universidade e, ao longo do tempo, expandindo-se para outras universidades até alcançar o público em geral¹⁹².

Além destes, outras redes sociais focadas no atendimento de segmentos específicos também foram surgindo, dentre as quais, é possível exemplificar o LinkedIn para contatos profissionais; Pinterest e Instagram focados em divulgação de fotografias e imagens em geral; twitter voltado para publicações de mensagens curtas, WhatsApp como uma ferramenta de troca de mensagens, entre outros¹⁹³.

Outra facilidade proporcionada pelo aumento da velocidade de acesso a partir do advento da conexão em banda larga foi a troca de arquivos entre usuários, em um primeiro

¹⁹⁰ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 33.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹² *Ibid.*, p. 33.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 33-34.

momento, realizada em salas de chats ou por meio do “download de material oferecido nos portais e em serviços de transferência (*ftp*)”. Nessa perspectiva, a banda larga foi a responsável por viabilizar o tráfego de conteúdos mais pesados e, ao mesmo tempo, diminuir o tempo de espera dos *downloads*. Esse cenário se potencializa a partir de 1999, quando é lançado o primeiro *site* de compartilhamento *peer-to-peer* de arquivos, o Napster¹⁹⁴, ocasião em o compartilhamento de arquivos via Internet, inclusive, de forma ilegal, passa a crescer exponencialmente, gerando uma série de problemas, conforme já relatado em tópicos anteriores. Por via de consequência, o aumento da velocidade de acesso ocasionado pela banda larga também vai viabilizar o desenvolvimento dos serviços de *streaming*, que dependem da eficiência da rede para operar.

Ademais, outro marco importante do final da década de 1990, que vai contribuir para a expansão desses serviços de *streaming*, é a evolução das redes sem fio. Prefacialmente, relata-se que, na década de 1980, é formado o Comitê 802, sob a égide do IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*), destinado a explorar padrões para redes locais, enquanto em 1990, é estabelecido um Subcomitê 11 (802.11) voltado especificamente a pesquisar padrões para comunicações de dados sem fio (*wireless*). Esse subcomitê conseguiu desenvolver um padrão para envio de dados entre antenas e receptores, o que viabilizou, posteriormente, a expansão do acesso à Internet sem fio em curta distância. O *design* principal desse padrão foi publicado por aludido Comitê em 1999, nomeado à época de *Standard 802.11b*¹⁹⁵ e que, popularmente passou a ser conhecido como Wi-Fi¹⁹⁶.

¹⁹⁴ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 34.

¹⁹⁵ GREENSTEIN, Shane. *How the Internet became commercial: innovation, privatization, and the birth of a new network*. New Jersey: Princeton University Press, 2015. p. 392-393.

¹⁹⁶ Conforme explicam François Bar e Hernan Galperin: “*Wi-Fi* é a abreviatura de «*wireless fidelity*» e pode ser traduzido como «fidelidade sem fios» muito utilizada para promover o acesso, em banda larga, à Internet, em locais públicos, de maneira rápida, fácil e sem a necessidade de cabos. A expressão *Wi-Fi* foi criada para se referir a produtos e serviços que respeitam o conjunto de normas 802.11 criado pelo IEEE”. Os autores ainda esclarecem que “[n]o caso, o *Wi-Fi*, foi inicialmente concebido como uma alternativa *sem fios* para ligações de curto alcance entre computadores da mesma residência ou escritório (i.e., uma *Ethernet* sem fios). Contudo, rapidamente se tornou claro que o *Wi-Fi* poderia também ser utilizado para estender o alcance de redes de computadores em espaços públicos. Mais concretamente, quer os vendedores do equipamento, quer os entusiastas do modo *wireless*, se aperceberam (sic) de que, com o *hardware* adequado e um pensamento astuto, poderiam estabelecer ligações ponto a ponto ao longo de vários quilômetros”. BAR, François; GALPERIN, Hernan. Tradução de Tânia Soares. *Geeks, Burocratas e Cowboys: criando uma infra-estrutura Internet, de modo Wireless*. IN: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à acção política*. Belém (Portugal): Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 292 e 302.

Naquela ocasião, a empresa Lucent Technologies, que tinha fornecido muitos dos engenheiros mais importantes que compuseram o Subcomitê 802.11, incluindo seu líder, Vic Hayes, e portanto, detinha o conhecimento da tecnologia, empreendeu em negociações com Steve Jobs, CEO da Apple, e posteriormente, com Michael Dell, fundador e CEO da Dell Computer, objetivando se tornar a principal fornecedora do *hardware* destinado a fazer com que as redes locais sem fio (*wireless local area networks* ou *wireless LANs*) operassem nos computadores pessoais (*laptops*). A Apple, então, lança o primeiro roteador Wi-Fi, destinado ao mercado de massa, o *Apple Airport*, em julho de 1999, durante uma convenção da MacWorld, em Nova Iorque, destinado aos *laptops* Apple, que continham uma placa de *hardware* para viabilizar a conexão¹⁹⁷.

Acontece que essas placas de *hardware* utilizadas nos *laptops* Apple, bem como o *Apple Airport* não operavam em computadores de outras empresas que utilizavam, majoritariamente, o sistema operacional da Microsoft, o *Windows*. É nesse cenário que se iniciam as negociações com a Dell Computer, e a Lucent Technologies, após trabalhar em cooperação com a Microsoft, lança uma nova versão do produto Wi-Fi, em 2001, compatível com todos os sistemas baseados no *Windows*, também produzindo uma placa de *hardware* para entrada externa dos computadores, como foi feito com a Apple. Esses dois projetos encabeçados pela Lucent, em parcerias com a Apple e com a Dell, dão início ao mercado de massa do acesso à Internet sem fio, que se expande para outras empresas que também passam a investir nesse ramo de produção¹⁹⁸.

Finalmente, no início dos anos 2000, a Internet alcança a última fronteira para a sua definitiva consolidação: a telefonia móvel. O aprimoramento dos aparelhos celulares ao longo dos anos chegou ao patamar de associar a esses dispositivos recursos computacionais cada vez mais sofisticados. O resultado disso foi o lançamento dos *smartphones* ou *PDA* (“*personal digital assistant*”), tendo como uma das principais demandas dos consumidores, já nos primeiros modelos, o acesso à Internet, o que pressionou os serviços de telefonia móvel a investirem, cada vez mais, no oferecimento de maiores capacidades de tráfego de dados. O primeiro modelo que possibilitou o acesso à Internet com facilidade, via *WAP* (*Wireless Application Protocol*), foi o *Kyocera 6035*, lançado em 2001, pela Palm. Dois anos antes, a Qualcomm e a Ericsson chegaram a lançar modelos também com acesso à Internet, porém com menos recursos. “O lançamento do iPhone em 2007 marcou a maturidade do

¹⁹⁷ GREENSTEIN, Shane. *How the Internet became commercial: innovation, privatization, and the birth of a new network*. New Jersey: Princeton University Press, 2015. p. 393-396.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 395-396.

smartphone, com a oferta de um extenso conjunto de aplicativos para acesso à Internet”¹⁹⁹.

Ainda nesse cenário, relata-se que as operadoras de telecomunicações fizeram investimentos elevados para alcançar o desenvolvimento do que ficou conhecido como os aparelhos móveis de terceira geração (3G), contendo redes que permitem o acesso dos usuários a uma série de funcionalidades relacionadas à conexão na Internet²⁰⁰. Antes de alcançar essa tecnologia, ressalta-se que os primeiros serviços de telefonia móvel eram analógicos, configurando, em meados da década de 1980, a comunicação móvel sem fio de primeira geração (1G), usada basicamente para serviços de voz²⁰¹. Já a segunda geração de sistemas móveis sem fio (2G), que marcou a década de 1990, era digital e, por sua vez, já comportava a troca de mensagens de texto. A terceira geração de tecnologias móveis sem fio ou 3G foi capaz de suportar comunicações digitais de maior largura de banda²⁰², possibilitando aplicações como acesso à Internet sem fio, ao e-mail, videoconferências e outros serviços multimídia, incluindo o tráfego misto de voz e dados²⁰³, revolucionando o acesso à rede via telefonia móvel. Atualmente já se utiliza o sistema 4G, mais focado no tráfego de dados, permitindo o acesso pelo usuário a diversas aplicações multimídia, em uma velocidade e eficiência de conexão bem melhor do que as do sistema 3G²⁰⁴.

Além dos *smartphones*, não se pode deixar de mencionar também a relevância do surgimento dos *tablets*, um dispositivo intermediário entre o computador e o celular, que combina a qualidade de imagem e som do primeiro, com a mobilidade e simplicidade de uso

¹⁹⁹ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 36.

²⁰⁰ BAR, François; GALPERIN, Hernan. Tradução de Tânia Soares. Geeks, Burocratas e Cowboys: criando uma infra-estrutura Internet, de modo Wireless. IN: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*. Belém (Portugal): Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 291.

²⁰¹ “Actually, the first generation wireless mobile communication system is not digital technology, but analog cellular telephone system which was used for voice service only during the early 1980s [4]. This Advanced Mobile Phone System (AMPS) was a frequency modulated analog mobile radio system using Frequency Division Multiple Access (FDMA) with 30kHz channels occupying the 824MHz – 894 MHz frequency band and a first commercial cellular system deployed until the early 1990’s”. LI, Xichun; et al. The future of mobile wireless communication networks. In: 2009 International Conference on Communication Software and Networks, 2009, Macau. *Proceedings...* [S.l.]: IEEE, 2009. p. 554.

²⁰² LEHR, William; MCKNIGHT, Lee W. Wireless Internet access: 3G vs. WiFi? *Telecommunications Policy*, [S.l.], v. 27, n. 5-6, p. 351-370, jun./jul. 2003. p. 354.

²⁰³ No original: “[t]he goal of 3G wireless systems was to provide wireless data service with data rates of 144kbps to 384kbps in wide coverage areas, and 2Mbps in local coverage areas. Possible applications included wireless web-based access, E-mail, as well as video teleconferencing and multimedia services consisting of mixed voice and data streams”. LI, Xichun; et al., op. cit., p. 555.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 555.

do segundo: uma espécie de computador portátil, mas sem teclado, e que comporta o acesso à Internet. Bernardo Lins comenta que os primeiros modelos de *tablet* remontam à década de 1990, no entanto, somente com o lançamento do iPad pela Apple, em 2010, esse dispositivo se consolida no mercado²⁰⁵.

O próximo estágio da Internet é o seu uso pelos mais diversos equipamentos, com o intuito de que eles possam interagir diretamente, de forma cada vez mais independente das pessoas, caracterizando o fenômeno que ficou conhecido como Internet das coisas. Assim explica Bernardo Lins²⁰⁶:

Hoje uma variedade de produtos é posta no mercado com recurso de acesso a redes locais ou a telefonia celular, tais como automóveis, eletrodomésticos, aparelhos residenciais ou equipamentos fotográficos. Essas conexões podem ser usadas para uma variedade de recursos ou serviços, desde a localização física do produto até o comando remoto de suas operações, a automação residencial, predial ou urbana, a operação coordenada para ganhos de eficiência de energia ou de uso de insumos e assim por diante. Trata-se da Internet das coisas, uma rede à qual se conectam objetos ou equipamentos que não possuem a cara de um computador ou qualquer interface para uma relação homem-máquina.

Não há que se olvidar que muitas foram as barreiras transpostas pela Internet ao longo da sua trajetória. Especialmente a partir da década de 1990, quando ela alcança o público, a sua expansão atinge níveis inimagináveis. Hoje o usuário em qualquer lugar do mundo acessa qualquer tipo de conteúdo a um toque de distância, o que foi viabilizado por uma série de avanços como a banda larga, a conexão sem fio, o advento dos *smartphones*. Aliás, somente com estes avanços, é possível se discutir as nuances da tecnologia do *streaming*, conforme proposto por este trabalho. No atual cenário, os usuários conseguem ouvir músicas e assistir filmes e séries, quase que ilimitadamente, nas telas de seus celulares, situação praticamente impensável há vinte anos.

A Internet, então, ressignificou noções como o “acesso” e o “compartilhamento”, trazendo uma série de benefícios e facilidades ao público usuário, conforme demonstrado ao longo deste tópico, mas, por outro lado, também proporcionou inúmeros desafios, dentre os quais, o de garantir a proteção aos titulares de direitos autorais sobre as obras literárias e artísticas inseridas nesse novo ambiente. Nessa perspectiva, os

²⁰⁵ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 36.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 42.

parágrafos subsequentes têm como propósito fazer um contraponto aos aspectos positivos viabilizados pela Internet, a partir de uma análise dos desafios por ela lançados, especialmente para os titulares de direitos autorais e conexos.

1.4 OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ao longo dos anos, os avanços tecnológicos proporcionaram rapidez e dinamicidade nos processos de comunicação da informação, partindo de uma dinâmica extremamente limitada na Idade Média que foi, gradativamente, adquirindo espaço de circulação, principalmente a partir da criação dos tipos móveis por Gutenberg, em 1450, que facilitou a circulação da informação escrita. Mas foi apenas a partir da Revolução Francesa, em 1789, que a informação passou a ser concebida de forma vinculada à ideia de liberdade de expressão, sob a perspectiva de um direito humano, o que evidencia que “a comunicação da informação sempre sofreu algum grau de influência do conhecimento tecnológico da sociedade”²⁰⁷.

Com o advento dos terminais de computadores e, principalmente, a partir do surgimento e da universalização da Internet²⁰⁸, enquanto meio de comunicação, inaugura-se um novo período da história da humanidade conhecido por “Revolução da Tecnologia da Informação”²⁰⁹. De acordo com o que acentua Manuel Castells, nesse novo contexto, o crescimento exponencial das redes interativas de computadores – conforme histórico apresentado no tópico anterior – cria novas formas e canais de comunicação e, por via de consequência, aludidas redes acabam moldando a vida, ao mesmo tempo que são moldadas

²⁰⁷ WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016. p. 2-5.

²⁰⁸ Sobre esse processo de universalização da Internet, José de Oliveira Ascensão ressalta que “a Internet surgiu, curiosamente, como um sistema fechado de comunicações militares, nos Estados Unidos. Foi generalizada a instituições científicas, e apresentada como uma rede de diálogo e intercâmbio desinteressados. Foi depois universalizada como uma via de comunicação, que desvendaria os seus tesouros a todo o mundo e poria todos em contacto com todos”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 out. 2016. p. 127

²⁰⁹ Essa é apenas uma das terminologias utilizadas para denominar esse novo período histórico, conforme acentua Marcos Wachowicz. Apesar das inúmeras denominações utilizadas por cada autor para designar essa nova revolução tecnológica, todas elas acabam fazendo referência à mesma ideia de uso dos computadores “como instrumento vital da comunicação, da economia e da gestão”. Assim sendo, Wachowicz menciona que “Castells a chamou Revolução das novas Tecnologias de Informação; Negroponte preferiu denominá-la a Era da Pós-informação; Jean Lojkin nomeou-a Revolução Informacional; e Jeremy Rifkin a apontou como a Era do Acesso”. WACHOWICZ, Marcos, op. cit., p. 6.

por ela²¹⁰.

Não há que se olvidar que os processos de revolução pelos quais a humanidade vivenciou, naturalmente, relacionaram-se com algum período de desenvolvimento associado a evoluções tecnológicas decorrentes da produção de novos conhecimentos, evoluções estas que, por sua vez, ocasionaram inúmeras repercussões nos meios sociais. Esses são pressupostos de base não apenas da Revolução Industrial, como também da Revolução Informacional²¹¹ a que se vive. O que diferencia esta última das demais é o papel que o conhecimento e a informação²¹² assumem com as novas tecnologias do final do século XX, nesse processo de desenvolvimento da sociedade. Nessa perspectiva, explica Castells²¹³:

No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivo e de circulação. No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade (ver capítulo 2). O processamento da informação é focalizado na melhoria da tecnologia do processamento da informação como fonte de produtividade, em um círculo virtuoso de interação entre as fontes de conhecimentos tecnológicos e a aplicação da tecnologia para melhorar a geração de conhecimentos e o processamento da informação: é por isso que, voltando à moda popular, chamo esse novo modo de desenvolvimento de informacional, constituído pelo surgimento de um novo paradigma tecnológico baseado na tecnologia da informação (ver capítulo 1).

Cada modo de desenvolvimento tem, também, um princípio de desempenho estruturalmente determinado que serve de base para a organização dos processos tecnológicos: o industrialismo é voltado para o crescimento da economia, isto é, para a maximização da produção; o informacionalismo visa o desenvolvimento

²¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Traduzido por Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. v. I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 40.

²¹¹ COUTINHO SILVA, Guilherme. *Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional: as relações com o sistema internacional de direito autoral*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-_dissertacao_mestrado_guilherme.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 40.

²¹² Há que se ressaltar que Castells, em sua obra “A sociedade em rede”, adota conceitos diversos para “conhecimento” e “informação”, amparado nas definições de outros autores, conforme se destaca no trecho a seguir: “[n]ão tenho nenhum motivo convincente para aperfeiçoar a definição de conhecimento dada por Daniel Bell (1976:175). ‘Conhecimento: um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática. Assim, diferencio conhecimento de notícias e entretenimento.’ Quanto a informação, alguns autores conhecidos na área, como Machlup, simplesmente definem informação como a comunicação de conhecimentos (ver Machlup 1962: 15). Mas, como afirma Bell, essa definição de conhecimento empregada por Machlup parece muito ampla. Portanto, eu voltaria à definição operacional de informação proposta por Porat em seu trabalho clássico (1977:2): ‘Informação são dados que foram organizados e comunicados.’” CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 64.

²¹³ *Ibid.*, p. 53-54.

tecnológico, ou seja, a acumulação de conhecimentos e maiores níveis de complexidade do processamento da informação.

Resta evidenciado, portanto, que os conhecimentos e a informação se tornam os grandes protagonistas dessa nova era, pois assumem os papéis de meio e de fim, isto é, conhecimento e informação para gerar mais conhecimento e informação, em um círculo de realimentação. Assim conclui Castells que, “[p]ela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no processo produtivo”²¹⁴. Por esse motivo, o autor prefere se referir ao atual momento histórico como “Sociedade Informacional” em vez de “Sociedade da Informação”²¹⁵, porque, no seu entendimento, este último destaca o lugar ocupado pela informação na sociedade que, ressalta-se, tem seu grau de importância em todas as sociedades já existentes, diferentemente do primeiro termo que sugere “uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico”²¹⁶. A despeito dessa crítica feita por Castells, a expressão que se consagrou em referência à fase histórica que se vivencia atualmente foi a “Sociedade da Informação”, motivo pelo qual se optou por utilizá-la no presente trabalho.

Nessa perspectiva, a informação passa a assumir uma complexidade que dificulta a sua precisa definição. Isso porque, nesse novo cenário, o valor da informação não se restringe apenas ao seu conteúdo, “que pode ou não estar tutelado por Direitos Autorais”, mas abarca também a sua circulação e o alcance por ela atingido, considerando a possibilidade de ser acessada instantaneamente, em qualquer lugar do mundo, por qualquer pessoa²¹⁷, “por vezes no mesmo momento em que a informação está sendo produzida”, de modo que a sua relevância está relacionada com o grau de acessibilidade e a sua repercussão na rede²¹⁸. Nesse diuturno, um mesmo indivíduo pode assumir diferentes posições, ora

²¹⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Traduzido por Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. v. I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 69.

²¹⁵ José de Oliveira Ascensão prefere o termo “Sociedade da Comunicação”, pois, na acepção do autor, “o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71.

²¹⁶ CASTELLS, Manuel, op. cit., p. 64-65.

²¹⁷ WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016. p. 6.

²¹⁸ COUTINHO SILVA, Guilherme. *Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional: as relações com o sistema internacional de direito autorais*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de

atuando como emissor, ora como receptor, ora como produtor, ou ainda como usuário da informação²¹⁹.

Não há que se olvidar, portanto, que o desenvolvimento dos computadores e, especialmente, o advento da Internet possibilitaram a transposição de barreiras de tempo e espaço, dando subsídio para a estruturação da Sociedade da Informação a que se vive no presente momento, que, por sua vez, têm como corolário o primado da liberdade de informação²²⁰, consagrando a disseminação do conhecimento e da cultura. Contudo, aludidas evoluções tecnológicas que alteraram significativamente a forma de estruturação da sociedade não vieram desacompanhadas de uma série de desafios para o Direito²²¹, inclusive, de diversas ordens, como questões envolvendo segurança, privacidade, proteção de dados pessoais, entre tantas outras. Para os propósitos desse trabalho, merecem ser tecidos alguns comentários apenas sobre os desafios enfrentados pela disciplina de Direito Autoral.

Desta feita e conforme históricos apresentados nos tópicos antecedentes, desde os primórdios, o Direito Autoral vem buscando tutelar os interesses dos titulares desse direito e tentando trazer respostas às novas formas de reprodução, distribuição e comunicação das obras intelectuais, que surgem junto com as novas tecnologias. Acontece que o advento da Internet e, principalmente, a sua expansão a partir da década de 1990 – ocasião em que ela alcança o público em geral, em uma estrutura descentralizada, aberta e, ao longo do tempo, universal –, rompem com as noções físicas dessas formas de exploração das obras intelectuais, de modo que esses bens podem, agora, conforme pontua Marcos Wachowicz²²², “ser transmitidos, copiados, resumidos, permutados e até adulterados sem qualquer controle de seu legítimo titular e das autoridades estatais ou mesmo internacionais”, demonstrando a

Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-_dissertacao_mestrado_guilherme.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 41.

²¹⁹ WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016. p. 6.

²²⁰ Conforme acentua Marcos Wachowicz: “Para a proteção da propriedade intelectual dos bens intelectuais estes representam uma exteriorização de uma idéia criando o direito de exclusivo para o Autor. Portanto, é axiomático, nem idéia em si, nem sua informação que são de livre utilização podem ser tutelados diretamente pelo Direito Autoral ou Industrial. A informação é livre e ela pode significar, tanto a comunicação da idéia, como também, a informação do conteúdo do bem intelectual tutelado pela propriedade intelectual”. WACHOWICZ, Marcos, op. cit., p. 6-7.

²²¹ WACHOWICZ, Marcos. *O “novo” direito autoral na sociedade informacional*. Artigo disponibilizado no site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná em 29 ago. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 2.

²²² *Ibid.*, p. 3.

patente dificuldade do arcabouço jurídico em lidar com esse descontrole e essa desproteção das obras intelectuais no ambiente da Internet. Com base nisso, Wachowicz²²³ levanta as seguintes questões:

A sociedade informacional e o exponencial crescimento da tecnologia digital propiciaram o surgimento de um território virtual sem fronteiras denominado ciberespaço, no qual a informação, o conhecimento e os bens intelectuais são compartilhados livremente pela Internet.

A questão da tutela do bem intelectual na sociedade informacional possui uma complexidade de fatores que se conjugam:

(i) a ausência de direito interno positivo eficaz diante dos limites do Estado em regulamentar o ciberespaço;

(ii) a necessidade de redimensionar a concepção tradicional dos direitos intelectuais, cujos primados clássicos foram erigidos com a Revolução Industrial e protegidos pela regulamentação interna dos Estados, que assegurava a eficácia e a estabilidade ao sistema dentro daquele contexto tecnológico; e

(iii) a revolução tecnológica que, ao reinseri-los em um ambiente digital, demonstrou de forma cabal as limitações dos direitos autorais e industriais propostos com base nas Convenções de Berna e Paris.

O bem intelectual está altamente internacionalizado e globalizado, apontando para o esgotamento dos limites do tradicional Estado-nação, incapaz de, por si só, regulamentá-lo, controlá-lo e protegê-lo na sociedade informacional.

Com base nesse cenário, José de Oliveira Ascensão identifica a formação de duas correntes extremas e opostas. A primeira delas, sustentada pelo que ele chama de “apóstolos das novas tecnologias”, defendia que a Internet deveria ser um espaço livre do Direito. As bases dessa argumentação estavam no próprio surgimento da Internet, inicialmente desenvolvida “como uma rede desinteressada, veículo de diálogo de universitários e cientistas, que não queriam admitir impecilhos (sic) jurídicos na sua comunicação”. A segunda era suportada pelos profissionais do Direito Intelectual, especialmente, pelas entidades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos, cuja linha de raciocínio sustentava que o Direito existente era aplicável ao cenário da Internet, pois já havia sido estruturado para abarcar hipóteses de exploração que eventualmente surgissem ao longo do tempo. Acontece que, em termos práticos, aquela rede inicialmente desinteressada evoluiu para um poderoso veículo de publicidade, comércio e operações financeiras, tornando insustentável a concepção de um espaço livre do Direito. Conforme destaca

²²³ WACHOWICZ, Marcos. *O “novo” direito autoral na sociedade informacional*. Artigo disponibilizado no site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná em 29 ago. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 3.

Ascensão, “[a] tese da juridificação da internet venceu”²²⁴.

Isso significa que, embora a Sociedade da Informação tenha como primado a liberdade de informação, com o intuito de privilegiar a disseminação do conhecimento e da cultura, isso não pode acontecer à revelia dos direitos exclusivos dos titulares dos direitos autorais. Ressalta-se: tanto a liberdade de acesso à informação, quanto os direitos exclusivos do autor não apenas são considerados direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme é possível constatar da leitura do artigo 5º, incisos XIV²²⁵ e XXVIII²²⁶, da Constituição Federal, como também são direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948²²⁷. São, portanto, direitos com o mesmo *status* de humanos, fundamentais, que devem coexistir, ainda que em algumas ocasiões eles possam entrar em conflito. Nestas hipóteses, conforme menciona Wachowicz, “não há propriamente um antagonismo de posições”, mas, no mínimo, um paradoxo que demanda aplicação do princípio da proporcionalidade, com vistas a “dirimir a colisão de direitos fundamentais”²²⁸. Com efeito, se já na era analógica encontravam-se dificuldades em conciliar esses interesses privados do autor com os coletivos da sociedade, agora na era digital, os desafios são ainda maiores, diante das inúmeras possibilidades geradas pela universalização da Internet.

De um lado, vivenciou-se um período de deslumbramento em relação à noção de acesso proporcionada pela Internet, que ocasionou aos usuários uma falaciosa sensação de que todo o conteúdo disponibilizado na rede deveria ser gratuito. Isso porque, de acordo com o que já foi comentado por Ascensão, a Internet nasce sem uma expectativa de lucro,

²²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 2-3.

²²⁵ “Art. 5º (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”.

²²⁶ “Art. 5º (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”.

²²⁷ “Artigo XIX - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; *este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.* (...) Artigo XXVII - 1. *Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.* 2. *Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor*”. (grifos nossos). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Resolução n. 217 A (III) – Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: 1948. Texto traduzido para o português e disponibilizado no site da Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

²²⁸ WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016. p. 18-19.

como um mecanismo de comunicação entre universitários e cientistas, que se propõe ser aberta, livre. Ocorre que, com o passar do tempo, esse cenário se altera e se desenvolve uma poderosa indústria ligada à rede, que Rodrigo Moraes Ferreira²²⁹ denomina de “indústria pontocom”.

O debate que se coloca é que o *slogan* “*information wants to be free*” (“a informação quer ser livre”) foi utilizado indiscriminadamente para justificar a “cultura do grátis”, segundo a qual “a Internet seria um ambiente de gratuidade e ‘generosidade intelectual’”, de modo que todo o conteúdo nela disponibilizado, incluindo as obras intelectuais, agora passíveis de digitalização, deveria ser acessado gratuitamente pelo público. De fato, a informação é livre, no entanto, ela não se confunde com as obras intelectuais protegidas²³⁰. Estas são as manifestações da criatividade do autor que, por sua vez, imprime a sua personalidade ao materializar uma ideia através de algum tipo de expressão, seja esta em qualquer meio ou fixada em qualquer suporte.

Não há que se olvidar que as ideias em si são excluídas da proteção autoral, tanto pelo tratamento internacional da matéria, quanto pela legislação interna. O que se protege é a expressão individual das ideias, desde que dotada de criatividade. E essa proteção não é desmotivada. Ela tem um propósito de ser: compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade e estimulá-lo a seguir neste caminho, afinal de contas, o produto do seu trabalho vai compor o patrimônio cultural desta sociedade²³¹. Isso significa que é completamente descabido passar por cima da proteção autoral, sob a bandeira de que “a informação quer ser livre”, pois informação não se confunde com obras intelectuais protegidas, ainda que estas possam ser fruto da lapidação daquela. Neste caso, o conteúdo bruto da informação segue sendo livre, mas a forma com que ele é externalizado merece proteção. E mais: conforme

²²⁹ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 277.

²³⁰ *Ibid.*, p. 278-279.

²³¹ Marcos Wachowicz explica essa dupla dimensão, privada e pública, que permeia as obras intelectuais, nos seguintes termos: “entende-se que a criação intelectual não é ato hermético, que se encerra entre o autor e o bem intelectual, mas, antes de tudo, é concebida para comunicação. Da percepção de que a obra de arte é feita para estabelecer um diálogo entre o artista e seu público, conclui-se que a criação intelectual é resultante de um processo dinâmico, que envolve dupla dimensão, pública e privada. Assim, ela será privada, em razão do esforço de criação da obra realizada pelo autor, que terá a titularidade dos direitos autorais; e ela será pública, em decorrência de seu valor e significado, que será maior à medida que for apreendida, reconhecida e integrada ao universo cultural coletivo de um grupo, povo ou sociedade”. WACHOWICZ, Marcos. *O “novo” direito autoral na sociedade informacional*. Artigo disponibilizado no site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná em 29 ago. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 4.

pontua Rodrigo Moraes Ferreira, trata-se de uma bandeira erguida para vender a ilusão de uma cultura digital gratuita e desmonetizada, quando em verdade, ela é sustentada por “milhões de anúncios publicitários e *links* patrocinados”²³².

Da análise conjunta dos históricos da evolução da Internet e das tecnologias de difusão das obras musicais, abordados nos tópicos antecedentes, bem como das breves considerações feitas neste momento, restam patentes as dificuldades enfrentadas pelos titulares de direitos autorais na virada do milênio, considerando as facilidades de reprodução e disseminação não autorizadas das obras intelectuais no ambiente digital, seja pelo desenvolvimento de tecnologias compactas como o MP3, seja pelo aumento da velocidade de conexão a partir do serviço de acesso em banda larga, ou ainda pelo desenvolvimento dos sistemas de compartilhamento P2P, o que foi ainda maximizado pela difusão dessa “cultura do grátis” que se instaurou entre os usuários da rede.

Todo esse cenário proporcionado pelo que se intitulou no início deste tópico como Sociedade da Informação gerou reações diversas: ora com a judicialização de casos como o Napster; ora por meio do desenvolvimento de novos modelos de negócios, como o iTunes, concebido pela Apple para reproduzir e organizar áudios e vídeos, cujos arquivos “são vendidos individualmente no formato gestor de direitos digitais FairPlay”; e como as plataformas de *streaming*, que permitem a distribuição de informação multimídia pela rede, possibilitando que o usuário acesse o conteúdo enquanto é transmitido, sem armazenamento dos arquivos no seu computador²³³. Mais do que isso, houve algumas reações encabeçadas pela indústria cultural, em busca de uma ampliação da proteção autoral frente aos desafios colocados. Estas reações, por sua vez, são analisadas com uma certa cautela por parcela da doutrina autoralista, cujos alertas serão brevemente comentados nas próximas linhas. Este é um outro lado da moeda da Sociedade da Informação, que se entende pertinente ponderar.

Com base nisso, ressalta-se que alguns autoralistas fazem uma leitura de certas posturas adotadas nesta nova fase informacional, no sentido de que elas apontam para uma tentativa de proteger tudo aquilo que demonstre um interesse econômico por trás²³⁴, o que

²³² FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 284.

²³³ WACHOWICZ, Marcos. *O “novo” direito autoral na sociedade informacional*. Artigo disponibilizado no site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná em 29 ago. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 7-8.

²³⁴ Ressalta-se que esta não é apenas uma tendência nacional, mas sim mundial. Assim sendo, nas palavras de Siva Vaidhyanathan: “On an international level, ‘intellectual property’ law is being used as a weapon in

pode acabar esvaziando, em certa medida, a exigência de um nível mínimo artístico, científico ou intelectual nos bens a que se pretende proteger pela via do Direito Autoral, descaracterizando os propósitos desta tutela. Em outras palavras, da mesma forma com que nem todo conteúdo que está disponível na rede deve necessariamente ser gratuito, conforme já discutido anteriormente, também não é todo conteúdo que recebe proteção autoral, sob pena de limitar injustificadamente o acesso à informação. Nessa perspectiva, Wachowicz observa com preocupação um esforço em se proteger a própria informação, quando carregada de valor econômico, ainda que de forma indireta pelo Direito Autoral²³⁵.

Neste mesmo caminho, Guilherme Carboni²³⁶ chega a relacionar a problemática da apropriação da informação à noção de esfera pública trabalhada por Jürgen Habermas, para quem a esfera pública é o espaço onde a opinião pública é formada, a partir dos diversos aspectos da vida social, incluindo, nessa perspectiva, os meios de comunicação, que passaram a operar como espaços de interação pública, a partir do século XVIII. Com base nisso, Carboni pontua que atributos como dinheiro, credencial ou reputação fazem com que alguns membros da sociedade sejam mais ouvidos do que outros e isso, conseqüentemente, acaba centralizando e corporativizando a informação, bem como o seu acesso em um grupo delimitado que ele chama de “peritos”. Essas pessoas socialmente privilegiadas acabam por assumir o controle sobre a informação necessária para a tomada de decisões, aumentando, por conseguinte, a sua influência sobre as formas de exercício de poder. O resultado disso é um processo de erosão da esfera pública, cujo acesso deveria ser democrático e aberto a todos. Desta forma, o Direito Autoral, quando manuseado por esse grupo de pessoas, também pode ser uma ferramenta de esvaziamento da esfera pública²³⁷.

protectionism”. VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001. p. 167.

²³⁵ WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016. p. 20.

²³⁶ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30-31.

²³⁷ Conforme bem pontua Siva Vaidhyathan, as novas tecnologias como a Internet deveriam e, ocasionalmente, até são grandes “democratizadoras” do acesso e do uso da informação. No entanto, ferramentas como o próprio Direito Autoral, entre outras, são utilizadas pelas instituições privadas e até mesmo pelo governo com o intuito de impedir esse processo de democratização, de modo que o Direito de Autor e sua função na sociedade (protecionista) acabam se voltando para uma dinâmica de esvaziamento da esfera pública. No original: “Occasionally, technological innovations such as the Internet threaten to democratize access to and use of information. However, governments and corporations—often through the expansion of copyright law—have quickly worked to correct such trends. Therefore, considering copyright issues as a function of the failure of the public sphere simultaneously reveals the poverty of the public sphere and the ways in which a healthy public sphere would depend on “thin” copyright policy. (...) The electronic networks that should be the great democratizers could just as easily kill inquiry, expression, and debate around the world”.

Nesse sentido, Carboni²³⁸ atribui esse manuseio do Direito Autoral como ferramenta para o esvaziamento da esfera pública como o resultado de um processo histórico, marcado pela transição de um direito que nasce como um monopólio do governo, restrito para comercialização temporária de algumas criações intelectuais e, ao longo do tempo, passa a ser entendido “como algo próximo a um direito de propriedade, ou ainda, como um direito natural do criador da obra intelectual”. Amparada nessa transição de entendimentos, Carboni observa que a indústria dos bens intelectuais vem utilizando o Direito Autoral como instrumento justificador de um movimento voltado ao alargamento do objeto de proteção, bem como ao prolongamento do prazo de proteção, com o decorrer do tempo, o que, na acepção do autor, aponta no sentido de uma mudança não do instituto em si do Direito Autoral, mas sim de sua função²³⁹.

Explica-se: Carboni avalia que, mesmo diante de todas as mudanças sociais vivenciadas ao longo dos anos, principalmente, com o advento da tecnologia digital e das redes de informação, como a Internet, a forma de proteção das obras intelectuais praticamente não sofreu grandes alterações, sendo mantida a incolumidade do instituto. No entanto, sua função, primordialmente de estimular a produção intelectual, passou a ser cada vez mais manuseada como um poderoso instrumento utilizado pela indústria de bens intelectuais “para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais”²⁴⁰.

Esse mesmo tipo de crítica é levantado por José de Oliveira Ascensão que, primeiramente, considera demasiado excessivo o prazo de proteção de 70 (setenta) anos pós-morte, previsto em muitas legislações que, na acepção do autor, nada tem de limitado, conforme se pressupunha da concepção original da proteção autoral, cujo objetivo em se conceder um exclusivo, por tempo “limitado”, era premiar o autor pelo contributo criativo trazido à coletividade e, ao mesmo tempo, estimular novas produções²⁴¹.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001. p. 7 e 167.

²³⁸ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30-33.

²³⁹ O autor se vale do estudo da teoria de Karl Renner na obra “Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica: um contributo ala critica del diritto civile” que, ao tratar do instituto da propriedade, observa a sua incolumidade no decorrer do tempo, de modo que as mudanças mais significativas foram verificadas na sua função. CARBONI, Guilherme, op. cit., p. 30-33.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 33.

²⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp->

Mas vale ressaltar que as críticas não se restringem à questão do prazo. Assim, Ascensão observa que, nas justificativas oficiais destinadas ao alargamento da proteção autoral, a figura do empresário “cultural”, verdadeiro beneficiário, direta ou indiretamente dessa proteção, é colocada em posição de destaque, sob a argumentação de que “é necessário proteger o investimento”²⁴² (grifos no original). Com base nisso, Ascensão tece os seguintes comentários:

Este protagonismo real do empresário é uma anomalia. Não se explica que se crie um ramo do Direito altamente proteccionista com o fundamento na dignidade da criação intelectual para o pôr afinal ao serviço da protecção dos investimentos. Os investimentos devem ser protegidos; mas devem sê-lo por meios adequados e proporcionais a esse objectivo. Não tem sentido que o sejam pelo Direito Autoral, que é construído com finalidade diferente. Isto explica que a protecção seja afinal atribuída sem qualquer consideração verdadeira da criatividade ou da contribuição para o progresso cultural. Se o que se protege precipuamente são os investimentos, interessa o investimento feito, qualquer que ele seja, e não a qualidade ou até a própria existência de uma obra. Daqui resulta uma hiperprotecção do empresário no domínio das indústrias de *copyright*. Hiperprotecção que, lamentavelmente, vai sempre em acréscimo. Essa hiperprotecção tem consequências graves. É apresentada como destinada a fomentar a cultura; mas pelo contrário, cria todas as condições para tornar mais difícil, porque mais oneroso, o acesso à cultura. Tem também implicações ao nível da concorrência. A hiperprotecção fortaleceu a constituição de grandes grupos, nos países exportadores de produtos de *copyright* e também a nível mundial. A concentração das empresas de comunicação, ou de “conteúdos” em geral, que o Direito tornou possível, dá-lhes um poder tal que não se vê possibilidade séria de que novas empresas consigam atingir esse nível. A hiperprotecção, por meio de direitos exclusivos, eliminou afinal a concorrência para o exterior desses grupos. O oligopólio está definitivamente implantado.²⁴³

Ascensão conclui, então, que mesmo os acréscimos nos prazos protetivos que, aparentemente, destinar-se-iam a beneficiar os autores, na prática, acabam por se dirigir à proteção das empresas, que ganham anos mais de exploração econômica das obras que lhe foram cedidas. E mais: se o objetivo é proteger a atividade empresarial, o aspecto da criatividade que caracteriza a obra intelectual perde muito do seu valor, bastando a existência de uma mercadoria intelectual, seja ela qual for, para que mereça a aplicação da proteção autoral²⁴⁴.

content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 17.

²⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 17-18.

²⁴³ *Ibid.*, p. 18-19.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 22.

É nesse contexto que Ascensão encaixa a questão da proteção intelectual dos bens informáticos, dentre os quais estão incluídos os programas de computador, as bases de dados e as topografias dos produtos semicondutores. Ascensão comenta que para todos eles foi reivindicada a mais forte das proteções, qual seja, a autoral, a despeito de se tratar de produções meramente técnicas²⁴⁵, sem o caráter artístico ou literário que marca as obras autorais²⁴⁶. Na prática, só lograram êxito os dois primeiros casos, ficando as topografias dos produtos semicondutores em uma posição intermediária de proteção, entre o direito de autor e a propriedade industrial, aproximando-se mais desta, conforme definido pela Convenção de Washington de 1989. A crítica tecida por Ascensão a respeito de se proteger realidades meramente técnicas por meio do Direito de Autor – que melhor caberiam sob a tutela do Direito Industrial ou ainda de uma proteção por uma via autônoma – é que essa opção abala os grandes pilares do Direito de Autor, quais sejam, a obra e sua criatividade. Para Ascensão, “[o] Direito de Autor foi desviado para proteger realidades meramente tecnológicas, para que não era adequado. Isso implicou um abaixamento geral do nível de criatividade que seria o distintivo do Direito de Autor. E pôs em crise os princípios fundamentais deste ramo”.²⁴⁷

Ascensão ainda comenta duas situações que, embora não vivenciadas no cenário brasileiro, são vistas como temerárias. A primeira delas diz respeito à proteção pelo *copyright*

²⁴⁵ Especificamente sobre os programas de computador, Manoel Joaquim Pereira dos Santos explica o seguinte: “[n]as três últimas décadas muito se discutiu a respeito da proteção do programa de computador. Durante esse período, diversos mecanismos legais foram considerados, já que a aplicação do direito autoral não foi o primeiro regime protetivo cogitado. Historicamente, a alternativa inicial foi enquadrar os programas de computador no direito patentário. Essa possibilidade parecia a mais natural, porquanto sua finalidade real é dirigir as operações do computador, e o direito patentário serviria para proteger o desenvolvimento das soluções técnicas implementadas pelo programa. No entanto, essa alternativa se mostrou, de início, inviável devido aos estritos requisitos de patenteabilidade estabelecidos na maioria das legislações. A falta de novidade e de aplicação industrial na maior parte dos casos, aliada à tradicional exclusão de métodos e programações, levou os legisladores a considerar insuscetível de patenteamento o programa *per se*. Além disso, havia na época discussões sobre a aplicabilidade da sistemática autoral. As características desse tipo de criação e os requisitos da proteção autoral também pareciam afastar a aplicação de um regime destinado a obras intelectuais de caráter cultural e não a criações de natureza meramente utilitária. Por essa razão, no começo da década de 1970 e OMPI promoveu estudos sobre a proteção do ‘software’ e elaborou o que foi chamado de ‘Disposições Tipo para a Proteção do Software’ (*Model Provisions on the Protection of Computer Software*), sinalizando para um regime jurídico especial ou ‘*sui generis*’. A partir da década de 1980, consolidou-se a tendência de adotar o Direito de Autor como o regime de proteção dos programas de computador. A iniciativa dos EUA foi acolhida primeiro pelos países desenvolvedores de ‘software’ e depois pelos demais, com base no pressuposto, claramente enunciado, de que era necessário buscar uma forma de proteção rápida eficaz que fosse aceitável no plano internacional”. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 17.

²⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, p. 161-182, 2002. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20(10).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019. p. 173-174.

²⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 6 e 17.

do Reino Unido das “‘*obras*’ geradas por computador”, o que, na acepção do doutrinador, “é a manifestação mais acabada do emergente *direito de autor sem autor*” (grifos no original). O segundo caso é o da dupla proteção das bases de dados no direito europeu. Explica-se: além da proteção autoral que pode recair sobre a seleção ou a forma de disposição do conteúdo, desde que contenha um aspecto criativo, passível de configuração de uma criação intelectual específica, a Diretiva n. 96/9/CE, de 11 de março de 1996, também prevê um direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados, desde que represente um investimento substancial, seja qualitativamente, seja quantitativamente. A partir deste direito, o fabricante da base, isto é, quem investiu na sua produção, pode proibir a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial do seu conteúdo, entendendo-se como extração a transferência para outro suporte, e como reutilização a colocação à disposição do público. Em outras palavras, trata-se de um direito que recai basicamente sobre a informação, para privilegiar um investimento de uma empresa²⁴⁸.

Essa situação das bases de dados na União Europeia vai ao encontro da preocupação levantada anteriormente sobre a apropriação da informação enquanto mercadoria, pois ela permite que a informação seja monopolizada, violando o princípio da liberdade de informação, corolário da Sociedade da Informação. Nas palavras de Ascensão, “o *saber* transforma-se em mercadoria. De *conhecimento* livre transforma-se em *bem* apropriável” (grifos no original), a partir da proteção conferida pelos direitos intelectuais. E estes, por sua vez, cada vez mais se afastam dos aspectos pessoais para se aproximarem dos atributos patrimoniais, tanto que hoje, a entidade que é decisiva na sua disciplina não é nem a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), nem a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), mas sim a OMC (Organização Mundial do Comércio). Os bens intelectuais passam a ser vistos, antes de mais nada, como objetos de comércio internacional, demonstrando esse movimento de mercantilização geral

²⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 6 e 8. Ascensão, em outro artigo, ainda faz a seguinte ponderação a respeito do assunto em debate: “[h]á um erro de raiz. Ainda que se quisesse atribuir ao fabricante da base de dados um direito específico, esse direito teria por fim apenas assegurar a remuneração em contrapartida das utilizações de terceiros. Indo-se para um direito exclusivo, excedeu-se toda a justificação, com claro prejuízo do interesse público”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, p. 161-182, 2002. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20(10).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019. p. 175.

do Direito Intelectual²⁴⁹. Conclui Ascensão²⁵⁰ a respeito do assunto:

Quando as televisões de todo o mundo oferecem simultaneamente as mesmas imagens, não estamos perante um desenvolvimento, mas perante uma *redução da informação*.

Quando, na aparente diversidade, os dados são filtrados e controlados de formas mil, não há informação, há *desinformação*.

O interesse empresarial pela informação traduz-se num movimento de *monopolização e privatização* da informação que foi assinalado. A informação tem cada vez mais gravames. Esses gravames servem as empresas de informação, mas não a informação e o conhecimento das pessoas. (grifos no original)

No mesmo sentido, Allan Rocha de Souza também chega a comentar sobre a importância que o elemento comercial foi assumindo no cenário da Propriedade Intelectual. Conforme destaca o autor, além da inclusão da OMC “como órgão regulador das relações comerciais sobre questões de Propriedade Intelectual”, a própria OMPI foi se transformando tacitamente em um órgão de negociação comercial, tendo em vista o crescimento da atuação de organismos representativos das empresas nesta Organização²⁵¹.

O resultado disso é que os movimentos de ampliação da proteção autoral, inclusive no tocante ao aumento dos prazos, nos últimos anos, tiveram relevante participação dessas empresas intermediárias, em sua maioria, multinacionais, que concentram a titularidade dos direitos patrimoniais sobre as criações protegidas, muitas vezes, reservando aos titulares originais uma ínfima compensação econômica pelo seu trabalho. Na visão de Allan Rocha, esse aumento dos prazos protetivos “centra-se não em uma suposta miséria dos titulares originais, mas sim a relação investimento e lucro que o intermediário-empresário deve ter”. Teme-se, com isso, que o Direito de Autor esteja se transformando em um direito da empresa intermediária²⁵².

Desta sorte, assim como se mostra temerário o movimento de reprodução e disponibilização desenfreados das obras intelectuais na rede, sem as pertinentes autorizações dos seus titulares, possibilitado pelos avanços tecnológicos da Era da Informação e pela

²⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, p. 161-182, 2002. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20(10).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019. p. 171 e 175.

²⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018. p. 24.

²⁵¹ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 281-282.

²⁵² *Ibid.*, p. 277 e 282.

disseminação da “cultura do grátis”, o movimento contrário de apropriação da informação por meio da constante ampliação da área de incidência dos direitos intelectuais exclusivos também gera preocupações. É necessário e importante que se alcance um meio termo entre os interesses envolvidos: nem os titulares dos direitos autorais podem ser prejudicados pela livre disponibilização de suas obras na Internet, nem os usuários podem ter o seu direito de acesso à informação suprimido. Ambos são direitos fundamentais consagrados na Constituição pátria que merecem ser observados e respeitados, o que é um desafio ainda maior no cenário da Sociedade da Informação, dominado pelos avanços das Tecnologias da Informação e da Comunicação.

Conforme comentado anteriormente, não há mais que se olvidar que a Internet não é um espaço livre do Direito. A questão de base que se coloca é: como aplicar as normas desse Direito já existente, muitas delas concebidas ainda em uma realidade analógica, no atual contexto digital que se vivencia. Mais do que isso: como garantir que os direitos autorais permaneçam sendo respeitados, sem prejudicar o direito de acesso à informação – corolário dessa nova era – e vice-versa. Conciliar esses dois interesses se tornou um desafio ainda maior na presente Sociedade da Informação.

Com base nisso, ressalta-se que a proposta deste capítulo era justamente analisar as evoluções das tecnologias envolvendo a difusão das obras musicais, além da evolução da Internet, que interferiu diretamente nas primeiras, com o intuito de demonstrar as dificuldades enfrentadas pelo Direito Autoral ao longo dos anos, e especialmente os grandes desafios lançados a partir da universalização da rede, de modo a inaugurar as discussões sugeridas no capítulo subsequente, a respeito da função social desse ramo do Direito. Entende-se que o estudo de todo esse panorama de evoluções e desafios que levaram ao atual estado do Direito Autoral torna mais fácil a compreensão do que consiste a sua função social, e ainda viabiliza, *a posteriori*, um melhor diagnóstico da tecnologia do *streaming*, que é a grande proposta deste trabalho.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Por ocasião dos acontecimentos sociais e históricos, especialmente diante dos efeitos das duas grandes Guerras Mundiais que marcaram o século XX, nota-se um reposicionamento do Estado perante a sociedade. Nessa perspectiva, destaca-se que o Estado Liberal do século XIX esteve comprometido, de um lado, com a garantia de direitos individuais aos cidadãos, como os direitos de liberdade (liberdades de ir e vir, religiosa, de expressão, entre outras) e o direito à propriedade²⁵³ e, de outro, sob o ponto de vista econômico, retirou-se quase por completo do escopo de atuação sobre o mercado, deixando que este se autorregulasse²⁵⁴ por meio dos seus agentes econômicos²⁵⁵, caracterizando-se por uma postura majoritariamente absenteísta.

O reflexo da adoção dessa postura, amparada nos ideais liberais que fervilhavam à época, acabou por negligenciar “grandes problemas da humanidade, como a fome, a dignidade dos trabalhadores e os problemas ambientais”²⁵⁶. Esse cenário é ainda mais agravado, com o advento da Primeira Guerra Mundial, cuja carência social se acentuou em níveis alarmantes, diante das perdas e destruições por ela ocasionadas. É nesse momento que se inaugura o que ficou conhecido como Estado Social, Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, cuja finalidade deixa de focar somente na garantia da liberdade, e passa a se preocupar também com “a ampliação da igualdade em sentido social”²⁵⁷. Nesse contexto, o Estado começa a intervir mais nas atividades sociais e econômicas²⁵⁸, reduzindo, por via de

²⁵³ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013. p. 283.

²⁵⁴ “Nesse modelo, a função do Estado era limitada, porquanto haveria no cenário a lei da oferta e da procura, a qual poderia reger as relações econômicas sem a interferência do Estado. Ao Estado cabia cuidar da propriedade, da ordem e da estrutura econômica, bem como da organização social, que era feita por uma ‘*mão invisível*’, proporcionando o bem estar (sic) coletivo”. CARVALHO, Francisco José. *Teoria da função social do direito*. Site profissional do advogado Francisco José Carvalho, 2008. Disponível em: <<http://funcaosocialdodireito.com.br/novosite/teoria-da-funcao-social-do-direito/>>. Acesso em: 18 jan. 2019. p. 11, grifos no original.

²⁵⁵ BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *História do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. (Direito ponto a ponto). p. 96-97.

²⁵⁶ SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; MADUREIRA, Amanda. Direitos autorais e economia criativa: uma perspectiva para o desenvolvimento. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 29-52. p. 32.

²⁵⁷ RANIERI, Nina, op. cit., p. 49-50.

²⁵⁸ “Enquanto se tinha no liberalismo econômico a omissão do Estado em reger as relações privadas, o Estado Social de Direito vem para fornecer elementos para que o próprio Estado avalie seu papel de gestor das relações sociais, assumindo a partir de então, um novo direcionamento, uma nova vertente: a vertente social”. CARVALHO, Francisco José, op. cit., p. 4.

consequência, a liberdade e a autonomia privada, que passam a sofrer limitações por normas de ordem pública²⁵⁹. O objetivo desse Estado do século XX é garantir a efetivação de direitos sociais dos indivíduos como saúde, proteção social, educação, cultura, entre outros, que se tornam direitos de crédito dos últimos, passíveis de terem o seu cumprimento exigido do Estado²⁶⁰.

Essa mudança de postura do Estado fica ainda mais latente a partir da segunda metade do século XX, quando os países vivenciam as atrocidades cometidas pelos regimes autoritários do nazifascismo com a Segunda Guerra Mundial. Como resultado do contexto histórico mencionado, os Estados Constitucionais da segunda metade do século XX se organizam com traços sociais e intervencionistas, caracterizados por adotarem sistemas políticos democráticos e por se ampararem em textos constitucionais marcados por princípios e valores que representam o conteúdo de justiça e que, por sua vez, vão subordinar a produção jurídica, bem como a elaboração, a aplicação e a interpretação da legislação ordinária. E não é só: aludidos textos constitucionais passam a incidir não apenas sobre os poderes públicos, mas regulando também as relações privadas, além de ampliar o escopo de “proteção dos direitos humanos, com valorização do indivíduo na esfera pública e na privada”²⁶¹, inaugurando uma nova fase do constitucionalismo, conforme explica Dalmo de Abreu Dallari²⁶², *in verbis*:

A partir da aprovação pela Organização das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, teve início uma nova fase na história do constitucionalismo. Um ponto de extraordinária importância foi a proclamação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com o mesmo valor e a mesma eficácia jurídica dos tradicionais direitos civis e políticos, que até então englobavam a totalidade dos direitos individuais. Uma das consequências disso foi a ampliação do papel político e social do Estado, que deixou de ser apenas protetor da liberdade e dos direitos para assumir um papel ativo na criação de condições para efetivação dos direitos. Desse modo, foram rompidas as barreiras que limitavam as ações do Estado em nome da proteção dos direitos individuais. Tudo isso gerou um surto de novas Constituições, determinando também importantes inovações no papel constitucional dos Poderes do Estado, pois surgiu a necessidade de uma nova legislação contemplando essas mudanças. O Executivo também sofreu transformações na organização e na definição dos instrumentos de atuação e o Judiciário passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade. Essas mudanças vêm sendo objeto

²⁵⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.

²⁶⁰ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013. p. 49.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

²⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202-203.

de inovações teóricas, apresentadas dentro da rubrica de sentido muito amplo que é o neoconstitucionalismo, já estando definidos alguns pontos fundamentais, como a afirmação da natureza jurídica dos princípios e normas constitucionais, a abrangência universal da Constituição quanto a todos os fatos e a todas as situações que tenham alguma implicação sobre os direitos e, ainda, a superioridade da Constituição no âmbito de um sistema jurídico.

Conforme demonstrado, todo esse cenário que marca o século XX vai refletir no trabalho do Poder Judiciário, que passa a buscar soluções novas para situações novas. Explica-se: a noção positivista de que o direito pode ser deduzido apenas dos textos de lei vai perdendo espaço frente à “necessidade prática de adequar o direito objetivo a novas situações”, situações estas que demandam respostas para além dos textos legais²⁶³, invocando, nesse sentido, a importância do papel desempenhado pela hermenêutica jurídica. Conforme esclarece João Alberto Schützer Del Nero, “toda essa evolução tem sua principal inspiração na crescente preferência pela função social de um direito quando confrontada com a situação jurídica meramente formal engendrada pela vontade das partes”²⁶⁴.

Isso significa que, no Estado Social do século XX, o papel de garantir uma existência digna e o bem-estar geral da sociedade passa a ser uma responsabilidade não apenas da coletividade, mas do próprio indivíduo em si, o que implica na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos deste em prol de um utilitarismo social²⁶⁵. Em outras palavras, o direito privado, “além das finalidades que lhe são próprias, deve ser instrumento também para a realização de finalidades sociais”. Desta feita, importantes figuras do direito privado, tais como o contrato, os direitos patrimoniais, a propriedade, o capital e outros meios de produção, a constituição de associações de natureza econômica, passam a ser

²⁶³ Conforme explica João Alberto Schützer Del Nero, “com o passar do tempo, o direito privado de fato ‘vigente’ – especialmente a teoria geral e o direito das obrigações – não pode mais ser deduzido apenas dos textos de lei. Um exemplo notável encontra-se na teoria geral do negócio jurídico: com a evolução da sociedade – uma de cujas consequências é o surgimento dos negócios jurídicos em massa ao lado dos negócios jurídicos isolados –, a teoria da declaração de vontade e da conclusão negocial são harmonizadas por meio da transição da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança ou da vigência, do controle judicial dos contratos-tipo e das condições gerais de contratação, bem como da teoria do silêncio no comércio jurídico. Na teoria das sociedades de fato, na das relações de trabalho de fato – enfim, na teoria dos contratos de fato –, deixa-se, à custa da autonomia privada, a concepção dos contratos como atos que envolvem apenas os próprios contratantes e passa-se a uma outra, em que se realça sua função social; de outro lado, a jurisprudência, preocupada com a justiça concreta do contrato, passa a examinar cuidadosamente os motivos individuais dos declarantes. Diga-se de passagem que essas consequências nada mais são do que reflexos da tensão – típica da evolução recente – entre as tendências tipificadoras e as concepções subjetivo-moralizantes no tocante à justiça individual dos casos concretos”. DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 3, p. 79-97, 1997. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/689/525>>. Acesso em: 18 ago. 2018. p. 80.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 80.

²⁶⁵ Acrescenta ainda João Alberto Schützer Del Nero que “o *pathos* da sociedade atual é o da solidariedade, isto é, responsabilidade não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros pela existência social digna e pelo bem-estar de todos os demais”. *Ibid.*, p. 82.

encarados como instrumentos de garantia de uma existência digna e de uma justa distribuição de riquezas entre as pessoas, sendo a eles atribuída uma função social global²⁶⁶. Conforme explica Del Nero²⁶⁷:

Nesse sentido, os conteúdos típicos dos direitos subjetivos privados vinculados a contratos de alienação ou de uso, de trabalho, de seguro, de responsabilidade por indenização, bem como o próprio direito de propriedade, adquirem, no âmbito de uma aplicação do direito conforme aos interesses sociais, um novo valor, especialmente para o contratante hipossuficiente e para os titulares de pretensões opostas. Esses contratos e direitos permanecem ainda nos espaços autônomos de liberdade, mas esta, por sua vez, não é mais limitada apenas pela liberdade dos outros indivíduos, senão também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os diversos sujeitos de direito.

O século XX, portanto, é marcado por essa funcionalização dos institutos do direito privado, que passam a ser abordados não apenas do ponto de vista técnico-jurídico, cuja análise se foca na estrutura dos mesmos, como também por meio de uma abordagem sociológica²⁶⁸, cuja preocupação está voltada ao estudo da teoria funcional. Em outras palavras, não basta saber como o direito é feito, mas também para que ele serve e, nessa perspectiva, a função seria “o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura”²⁶⁹.

É interessante notar que, já no início do século XX, a propriedade, um dos grandes e importantes institutos do direito privado, começa a perder aquele caráter individualista e absoluto sob o qual fora concebida. Conforme relata Francisco Eduardo Loureiro, em 1912, León Duguit negou a característica de direito subjetivo à propriedade, concebendo-a não como um direito, mas como uma coisa protegida pelo direito objetivo, quando ameaçada por terceiros que não seu proprietário. No entendimento de Duguit, “o proprietário não tem um direito subjetivo de usar a coisa, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma de direito objetivo”, o que significa dizer que ela nada mais é do que a “função social do detentor da riqueza”²⁷⁰.

²⁶⁶ DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 3, p. 79-97, 1997. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/689/525>>. Acesso em: 18 ago. 2018. p. 81-83.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 83.

²⁶⁸ Guilherme Carboni aponta que “[n]a sociologia, a teoria funcionalista partiu da concepção de Emile Durkheim sobre a sociedade como um todo orgânico, cujos componentes teriam uma determinada função e estariam interligados”. CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21.

²⁶⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 109.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 107-108.

A despeito das críticas ao pensamento de Duguit, por tratar a propriedade como objeto de direito e não como direito subjetivo, sua concepção foi importante para o pensamento jurídico inaugurado à época que, inclusive, influenciou a elaboração dos textos constitucionais considerados os marcos do Estado Social, quais sejam, a Constituição Mexicana de 1917²⁷¹ e a Constituição Alemã (ou de Weimar) de 1919²⁷² que, por sua vez, incorporaram a aceção da propriedade como atendendo a uma função social²⁷³.

Ademais, dentre aqueles que se dedicaram às teorias sociológicas funcionalistas, durante o século XX, está Talcott Parsons, um dos grandes expoentes do que ficou conhecido como estrutural-funcionalismo. Parsons acreditava na distinção entre estrutura e função no escopo dos sistemas sociais, de modo que a primeira compreenderia os elementos relativamente estáveis da organização desses sistemas, tais como os *status* e papéis, acompanhados de modelos normativos – em outras palavras, o Direito²⁷⁴ –, enquanto a segunda se encarregaria de responder às necessidades essenciais de aludidos sistemas frente aos problemas relacionados à sua sobrevivência no tempo e às mudanças do seu equilíbrio interno e externo. Fica evidenciado, nessa perspectiva, que Parsons conferia mais destaque à estrutura do que à função²⁷⁵.

²⁷¹ Explica Francisco José Carvalho que “[a] noção de função social do direito é extraída da Constituição mexicana no direito social do trabalho e no direito de propriedade, ambos direitos humanos fundamentais. Essa função social é uma resposta à necessidade de tornar as relações humanas sociáveis e solidárias no palco em que os valores que presidiam a realidade mexicana eram a liberdade e a igualdade exacerbadas, e a propriedade sem o dirigismo estatal. No plano do direito de propriedade, a Constituição mexicana estabeleceu duas formas de propriedades: a) a propriedade da União e b) a propriedade privada. A propriedade da União é a propriedade originária e se compõe das terras e das águas existentes dentro do território nacional. Essa propriedade, uma vez transferida ao particular, fez nascer a propriedade derivada e privada. Deve ser dito que a propriedade privada mexicana, havida como direito absoluto, esbarra numa nova concepção – de socialidade e de bem comum –, porque o Estado passa a disciplinar esse direito a partir do interesse público. Há, portanto, um viés irremediavelmente superior ao interesse particular. Para que isso fosse possível, era mister que os grandes latifúndios cedessem lugar às pequenas propriedades privadas, além de garantir a produção dos bens de primeiras necessidades”. CARVALHO, José Francisco. *Teoria da função social do direito*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 39.

²⁷² “O profundo sentido social ficou registrado na Constituição de Weimar pela disposição do art. 153, segunda alínea, no sentido de que ‘a propriedade obriga’. A partir do momento em que a Carta de Weimar impõe ao proprietário um obrigar-se no exercício de seu direito de propriedade, há que se ter presente que esse obrigar-se está relacionado às posturas que deve adotar no exercício de seus direitos proprietários, obedecendo também aos deveres proprietários que o ordenamento jurídico impõe ao titular do domínio”. E conclui José Francisco Carvalho sobre as Constituições mexicana e alemã: “[c]om estas duas constituições, há uma ruptura do modelo individualista exacerbado, empregado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pela Constituição Francesa de 1791 e pelo Código de Napoleão de 1804”. *Ibid.*, p. 41, grifos no original.

²⁷³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108-109.

²⁷⁴ Conforme relata Carboni, “Parsons observa que, do ponto de vista sociológico, o Direito deveria ser considerado como um mecanismo generalizado de controle social que opera de forma difusa, em todos os sistemas sociais. Parsons ainda afirma que a função primária do Direito seria integrativa, visando mitigar os potenciais elementos de conflito e ‘lubrificar’ o mecanismo das relações sociais”. CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 22.

Por sua vez, Niklas Luhmann desenvolve uma teoria sociológica que inverte a ordem de importância desses elementos, ficando conhecida como funcionalismo-estrutural. Diferente de Parsons, “Luhmann não considera a estrutura social como um dado estável e completo, mas indaga qual seria o seu sentido em determinadas situações, sob a ótica funcional”. No seu entendimento, a problemática da pesquisa sociológica estaria em torno de determinar as funções desempenhadas pelas estruturas dentro de um cenário complexo, e não de determinar a concretização de condições a partir de certas estruturas, como acreditava Parsons²⁷⁶.

É perceptível, portanto, que essa passagem vivenciada no campo da sociologia, da teoria estrutural para a teoria funcional, vai gerar reflexos no âmbito jurídico, representando nada mais do que a passagem da teoria formal para uma teoria sociológica do direito. Isso significa uma mudança de postura dos juristas, que deixam de ver o Direito como um fenômeno isolado e passam a compreendê-lo a partir do exame dos seus aspectos políticos, sociais e econômicos²⁷⁷. É nesse cenário, especialmente a partir da segunda metade do século XX, que perdem força as teorias positivistas e começam a ganhar espaço as teorias neoconstitucionalistas comentadas por Dallari, amparadas na abertura do Direito a valores ético-políticos, com a pretensão de “indicar não como o direito é, mas como deve ser”. O Direito, nessa perspectiva, passa a ser considerado maleável, não rígido, justamente por causa dos valores e princípios não absolutos que o circundam e que interagem com o imperativo do pluralismo democrático e com as normas procedimentais, “adaptando-se às necessidades de coexistência e compromisso das sociedades complexas”²⁷⁸.

Um dos grandes expoentes da teoria neoconstitucionalista é Robert Alexy, cujo trabalho se pauta principalmente em traçar as diferenças entre princípios e regras, além de trazer apontamentos relevantes sobre os direitos fundamentais²⁷⁹. Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traduzida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, ele trabalha não só com as noções de normas, regras, princípios, valores, como também traz uma série de considerações importantes acerca dos direitos fundamentais, dentre as quais a classificação destes como princípios que, por sua vez, são por ele considerados “*mandamentos de otimização*”, caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados, cuja satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas, diferentemente das regras, que são

²⁷⁶ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 25.

²⁷⁸ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013. p. 300-302.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 300.

“*determinações*” dentro daquilo que já é fática e juridicamente possível²⁸⁰.

Essas concepções que oferecem posição de relevo às normas principiológicas vão refletir nos textos constitucionais da segunda metade do século XX. Isso significa que, na contramão do que preceituava a teoria positivista de Kelsen, as constituições do pós-guerra positivam direitos fundamentais e princípios de justiça material, orientando-se por valores ético-jurídicos, fundados na dignidade humana. E como exemplos destes textos, é possível citar a Lei Fundamental de Bonn e a Constituição da República Italiana, ambas de 1948, a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Portuguesa de 1976, sendo, em especial essas duas últimas, inspiração para a Constituição Brasileira de 1988. Conforme explica Nina Ranieri, “[s]ão Constituições materiais rígidas, longas e densas, cujos princípios e regras limitam o poder, definem as linhas de atuação do Estado, e condicionam a atividade dos particulares em suas relações privadas, em maior ou menor medida”²⁸¹, não refletindo, portanto, o modelo de constituição formal idealizado por Kelsen, apenas organizativa e procedimental, pois contêm em seus textos “normas principiológicas, com conteúdos abertos, vagos e imprecisos”²⁸².

Não é de se estranhar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 adota como núcleo básico do ordenamento constitucional o sistema de direitos fundamentais, calcado na consagração da dignidade da pessoa humana e na positivação de outros princípios, logo em seu Título I (Dos Princípios Constitucionais), criando o que Gisele Cittadino²⁸³ denomina de normas-princípios. Portanto, isso denota que, assim como se verificou a ascensão das teorias neoconstitucionalistas, em contraposição ao positivismo jurídico, os representantes do pensamento constitucional brasileiro²⁸⁴ também seguiram esse caminho, insurgindo-se contra a cultura jurídica positivista e privatista da doutrina brasileira, amparados em um fundamento ético para a ordem jurídica. Em oposição ao constitucionalismo liberal, aludidos autores passaram a defender o que eles chamaram de “constitucionalismo societário e

²⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (5. ed. alemã). 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 86 e 90-91.

²⁸¹ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013. p. 57, 281 e 300-301.

²⁸² LOPES, Ana Maria D’Ávila; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Constituições principiológicas, tribunais constitucionais e princípio democrático: compatibilizando o incompatível? In: MIRANDA, Jorge (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. v. 3. t. II. p. 125-139. p. 125.

²⁸³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12-13.

²⁸⁴ Cittadino cita como expoentes do “constitucionalismo societário e comunitário”: “José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto, dentre outros (...)”. *Ibid.*, p. 14.

comunitário”, amparado nos valores da igualdade e da dignidade humanas e, por via de consequência, na “constituição como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*”²⁸⁵ (grifos no original).

Isso significa dizer que os valores se inserem no ordenamento jurídico nacional, na forma de direitos fundamentais, passando a fazer parte do núcleo básico deste ordenamento, além de funcionar concomitantemente como critério de interpretação. Em outras palavras, os valores constitucionais, “enquanto direitos positivados, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito”. E mais: a positivação desses direitos fundamentais denota uma espécie de validação comunitária dos mesmos, ou seja, indica que eles já estão imbricados na consciência ético-jurídica da comunidade histórica que os reconhece²⁸⁶.

Essas mudanças que marcam o constitucionalismo do pós-guerra acabam por refletir na própria sistemática do direito privado, de modo que assuntos antes atribuídos exclusivamente às codificações de direito civil e ao império da vontade das partes passam a ser positivados, inclusive na forma de direitos fundamentais e princípios, nos textos constitucionais. A consequência disso é que essas codificações de direito civil vão perdendo, em alguma medida, aquele *status* de norma fundamental do direito privado²⁸⁷. Nessa perspectiva, conclui Allan Rocha de Souza²⁸⁸ que:

A ordem constitucional nacional, fundamento de todo o ordenamento jurídico local requer a reformulação dos princípios clássicos e formadores históricos da dogmática civilista, substituindo-se o paradigma patrimonialista e individualista até então vigente por outro que é personalista e solidarista.

Um reflexo prático dessas mudanças na postura do Estado, que assume um caráter mais intervencionista nas relações privadas, é o crescimento das leis extravagantes e extracodificadas para tratar mais detalhadamente de questões específicas, inclusive, sobre aspectos da vida privada e que, dada à extensão da sua abordagem, acabam sendo designadas como estatutos, inaugurando o que ficou conhecido como microssistemas. Isso não retira o grau de importância e completude do Código Civil, que é uma norma geral, mas interfere na

²⁸⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 14-16.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁸⁷ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 221.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 227.

sua pretensão de exclusividade na regulação dessas relações privadas. Nessa perspectiva, Allan Rocha, amparado nas lições de Gustavo Tepedino, entende e destaca que, para manter uma coesão entre esses microssistemas e o próprio Código Civil, verifica-se uma modificação do ponto de referência dos princípios hermenêuticos que devem guiar o intérprete do direito: a fundamentação que antes era buscada no Código Civil passa a ser mais amparada nas disposições do texto constitucional que, por sua vez, torna-se “o elo gravitacional do sistema composto por diversos micro ordenamentos e legislação codificada”. A partir disso, fala-se, então, no diálogo das fontes, que substitui o processo de revogação de normas conflitantes pela convivência entre elas, uma vez aplicadas de forma coerente e coordenada, partindo do direcionamento dado pela Constituição²⁸⁹.

O que se depreende desses apontamentos é que não apenas a doutrina, mas também os operadores do direito, de forma geral, têm conferido destaque à aplicação dos princípios constitucionais na resolução de problemas fundados em relações privadas, utilizando-se de mecanismos interpretativos não meramente literais ou lógicos, mas sistêmicos e axiológicos, em outras palavras, buscando o conteúdo valorativo das normas aplicáveis ao caso concreto dentro dos valores do sistema no qual elas estão inseridas e também levando em consideração os princípios fundamentais de todo o sistema. As normas constitucionais, portanto, são alçadas ao patamar de limites interpretativos e orientadores e, ao mesmo tempo, como as próprias justificativas das normas ordinárias²⁹⁰.

É importante frisar que esse papel de destaque que assumem os princípios constitucionais sobre o direito privado, como um reflexo da postura mais intervencionista dos Estados, especialmente a partir do século XX, não significa a submissão do direito privado ao direito público, como equivocadamente pode ser entendido. Trata-se, outrossim, de uma aproximação entre esses direitos, possibilitando, inclusive, uma interpenetração entre ambos, chegando o direito privado até mesmo a ganhar alguns espaços, com a aplicação de seus instrumentos na atividade econômica do Estado e dos entes públicos. Não há que se falar, portanto, em crise do direito privado, mas sim em mudanças na sua estrutura, baseadas nas demandas originadas no cenário social, principalmente no pós-guerra, em que, cada vez mais, os aspectos da vida social passam a exigir a aplicação dos instrumentos jurídicos do direito privado. Conforme ensinamentos de Gustavo Tepedino, trazidos por Allan Rocha,

²⁸⁹ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 219-222 e 233.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 225-228.

não é a falta de intervenção estatal nas relações privadas ou a exclusão do cidadão nas atividades da administração pública que determinam o escopo de aplicação do direito público ou do direito privado, mas sim a prevalência do interesse público ou do interesse privado na situação concreta²⁹¹.

Assim, conclui Allan Rocha que, ao contrário do que se imagina, não se vislumbra “uma redução quantitativa dos espaços de autonomia e liberdade privadas, mas a sua transformação qualitativa, e reconstituição deste espaço, iluminado pelos princípios da Lei Fundamental”, tudo isso em busca de se alcançar uma sociedade justa e solidária. Nesta visão, o texto constitucional se propõe a revitalizar os institutos codificados do direito privado, dando maior eficácia aos mesmos, sem sufocar a vida privada e as relações civis²⁹².

Portanto, a eficácia vinculante dos direitos fundamentais alcança as relações jurídicas entre particulares, visto que comumente desiguais, em outras palavras, as situações opressivas não se originam apenas do poder estatal sobre o indivíduo, mas podem estar presentes no escopo de uma relação privada, já que os atores que participam desta são múltiplos. Trata-se de situações que podem ser encontradas na esfera do mercado, da família, da sociedade civil, da empresa, o que motiva essa eficácia vinculante dos direitos fundamentais sobre o direito privado. Quanto mais desigual a relação entre particulares, mais direta deve ser a aplicação dos preceitos fundamentais, o que geralmente ocorre quando se tem, de um lado, um indivíduo e, de outro, algum detentor do poder social²⁹³.

No bojo de todas essas mudanças que acompanharam o pensamento jurídico do século XX e, por via de consequência, refletiram na principiologia que marcou os textos constitucionais que se sucederam ao longo desse período, sagrou-se o princípio da função social. Tomando como referência a Constituição Federal Brasileira de 1988, esse princípio se manifestou tanto de forma expressa e literal, como parte da cláusula geral da função social da propriedade, conforme artigo 5º, inciso XXIII, de referida Carta Magna, quanto de forma implícita em diversas passagens do texto constitucional, como é o caso do inciso XXIX, de aludido artigo 5º, que confere proteção às criações industriais e aos sinais distintivos, levando em consideração o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. É possível se falar, portanto, em função social do direito. Nesse sentido, explica

²⁹¹ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 217-218.

²⁹² *Ibid.*, p. 230.

²⁹³ *Ibid.*, p. 234 e 239-240.

Francisco José Carvalho²⁹⁴:

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social do direito encontra sede e fundamento nos princípios constitucionais que sustentam, fundamentam e justificam a República Federativa do Brasil, o que equivale dizer que o catálogo de objetivos e fundamentos do Estado social democrático de direito brasileiro (arts. 1º e 3º), ao lado da efetivação e concretização dos direitos e garantias fundamentais e sociais (arts. 5º, 6º, 7º etc.) constituem o fundamento normativo do princípio estruturante do ordenamento jurídico que denominamos de “*função social do direito*”, porquanto a função social não é inerente apenas à propriedade, ao contrato, à empresa ou à responsabilidade civil, antes, porém, ela está presente em todo o instituto jurídico, seja qual for sua categoria ou a que ramo do direito pertença. (grifos no original)

Essas mudanças na forma de interpretar o direito e, especialmente, as relações privadas, a partir do século XX, como forma de privilegiar também os direitos sociais inseridos nas Constituições do pós-guerra, quebrando, aos poucos, a rigidez das concepções liberais e individualistas, vão buscar um equilíbrio entre interesses da coletividade e interesses privados, fazendo prevalecer, por vezes, os primeiros, como forma de viabilizar o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária, corolário do Estado do Bem-Estar Social. Isso não significa um sufocamento do direito privado, mas uma ponderação razoável dos seus preceitos, com o objetivo de atender aos valores fundamentais da sociedade, garantindo o bem-estar social de todos, o que se faz extrair o pressuposto básico de que nenhum direito é absoluto. Nessa perspectiva, é coerente falar a respeito de uma função social do direito, conforme preceitua Francisco José Carvalho. Aliás, alguns chegam mesmo a afirmar que “o termo função social seria pleonástico, porque todo o direito tem o papel de promover a segurança e o bem-estar social”²⁹⁵. Não fogem dessa situação os direitos autorais, cuja existência está condicionada ao atendimento de uma função social. Esse é o assunto a ser explorado no próximo tópico.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

Conforme já mencionado no início deste trabalho, as origens do direito autoral remontam à Europa do século XV, com a invenção da máquina de impressão e da imprensa, e a conseqüente possibilidade de reprodução mecânica de manuscritos, bem como a sua venda, fatores que ocasionaram o interesse em proteger os direitos dos impressores, em um

²⁹⁴ CARVALHO, José Francisco. *Teoria da função social do direito*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 79.

²⁹⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 109.

primeiro momento – e não propriamente dos autores. Nessa perspectiva, os séculos XV, XVI e XVII foram marcados por privilégios temporários destinados aos impressores e outorgados pelo rei (chamados “graças do Rei”), cujos fundamentos se pautavam, de um lado, no controle da imprensa, como uma espécie de censura, e de outro, no combate à pirataria ocasionada pela invenção da máquina de impressão²⁹⁶.

Somente a partir do século XVIII, tem fim o regime de privilégios e surgem as primeiras legislações que se preocuparam com garantir proteção aos autores, tratando-os como proprietários, titulares dos direitos exclusivos de publicação e de distribuição de suas obras²⁹⁷. Contudo, a despeito de serem classificados como direito de propriedade nas suas origens, já nessas primeiras legislações foram estabelecidos prazos de proteção ao exercício dos direitos patrimoniais sobre as obras, findos os quais estas poderiam ser utilizadas por qualquer pessoa, isto é, desde os primórdios já surge a noção de domínio público²⁹⁸.

Do ponto de vista objetivo, o Estatuto da Rainha Ana, de 1710, considerado o marco legal do sistema do *copyright* na Inglaterra, e as leis francesas de 1791, sobre entretenimento e de 1793, sobre os direitos de propriedade de autores, sendo esta última a grande referência do *droit d’auteur*, não se diferiam tanto, visto que todas determinavam um monopólio de exploração ao autor sobre as suas criações, prevendo direitos de ordem apenas patrimonial. No entanto, do ponto de vista filosófico, elas foram produtos de duas concepções distintas²⁹⁹.

Explica-se: ainda que na Inglaterra tenham surgido defensores do direito de autor como um direito natural, cuja proteção, portanto, deveria ser perpétua, tais como Talfourd e

²⁹⁶ BERTRAND, Maître André. ‘Droit d’auteur’, ‘copyright’ and neighbouring rights at the crossroads. In: Debate on the challenges facing the concept of copyright at the turn of the millennium, 1992, Paris. *Anais...* Paris: UNESCO, 1992. p. 1-13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000932/093215EB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017. p. 1. CHINNI, Christine L. Droit d’auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017. p. 161-162. CADAVID, Jhonny Antonio Pabón. Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 13, p. 59-104, 2009. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/436>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 66-67.

²⁹⁷ CHINNI, Christine L., op. cit., p. 162-163. BERTRAND, Maître André, op. cit., p. 1. CADAVID, Jhonny Antonio Pabón, op. cit., p. 67-69.

²⁹⁸ ALVES, Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: um estudo histórico da origem do copyright e do *droit d’auteur*. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 9870-9890. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2535.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017. p. 9885.

²⁹⁹ BERTRAND, Maître André, op. cit., p. 1.

Wordsworth, o entendimento que prevaleceu, desde o princípio, foi o do *copyright* como um monopólio e, nessa condição, devendo surtir efeitos até o limite necessário para assegurar o provimento dos autores, absorvendo, assim, uma característica mais utilitarista, preocupada em conciliar os interesses dos autores com os da coletividade³⁰⁰. Nessa perspectiva, tanto a lei inglesa, quanto posteriormente o “*Copyright Act*” norte-americano, de 1790, inspirado no estatuto inglês, basearam-se em uma espécie de contrato social entre o autor e a sociedade, cujo sentido da atribuição de um monopólio de exploração ao autor era estimular a criatividade e, com isso, beneficiar toda a sociedade³⁰¹.

Por outro lado, o *droit d’auteur* seguiu uma acepção mais voltada ao direito natural, inspirado especialmente na teoria de Locke, que entendia o direito de propriedade como resultado de um trabalho³⁰², o que fazia da propriedade literária uma prerrogativa fundamental do autor, de modo que o trabalho de um escritor era considerado, pelos franceses, como a mais sagrada das propriedades³⁰³. Há que se ressaltar que, mesmo antes das primeiras leis que trataram dos direitos de autor, a França chegou a reconhecer um “privilégio” aos autores, diferente do privilégio dos livreiros, sob o fundamento de que o labor criativo merecia reconhecimento, tendo como objetivo de fundo justificar a perpetuidade desse privilégio concedido aos autores, com base no quanto sustentado por Diderot e Johann-Stephan Pütter, beneficiando, de forma reflexa, os livreiros³⁰⁴.

Abolidos os privilégios aos autores e aos editores em 1789, permaneceu o forte *lobby* destes últimos sobre as primeiras legislações francesas (a de 1791 que estabelecia guias para as relações entre autores e teatros, e a de 1793 que consagrava propriamente um direito de reprodução aos autores das obras) que, na tentativa de preservar os seus interesses na perpetuidade do monopólio de impressão, levantavam a bandeira da criação autoral como a mais natural e inviolável das propriedades, sobre a qual o Estado não poderia impor limites. Ocorre que, inspirados nas teorias de Condorcet, que defendia a livre circulação de ideias

³⁰⁰ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 43.

³⁰¹ BERTRAND, Maître André. ‘Droit d’auteur’, ‘copyright’ and neighbouring rights at the crossroads. In: Debate on the challenges facing the concept of copyright at the turn of the millennium, 1992, Paris. *Anais...* Paris: UNESCO, 1992. p. 1-13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000932/093215EB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017. p. 1.

³⁰² CADAVID, Jhonny Antonio Pabón. Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 13, p. 59-104, 2009. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/436>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 67-70.

³⁰³ BERTRAND, Maître André, op. cit., p. 1.

³⁰⁴ CADAVID, Jhonny Antonio Pabón, op. cit., p. 67 e 70-71.

como grande impulsionador do progresso das Luzes, através da liberdade de criação, reprodução e difusão do conhecimento e da arte, afastada a apropriação individual dos bens culturais, alguns radicais revolucionários daquela época postulavam contra a noção de direito de propriedade legítimo, perpétuo e exclusivo pelos autores sobre a exploração de suas obras, preconizando a ideia de universalização do conhecimento³⁰⁵.

O resultado disso foi que as leis de 1791 e de 1793 buscaram conciliar ambos os posicionamentos e interesses, consagrando tanto os ideais de Diderot “sobre a santidade da criatividade individual e a inviolabilidade do direito do autor, pensados em termos de uma autêntica (e até a mais autêntica) propriedade”, quanto os de Condorcet “de que, ao menos após certo tempo, a obra deveria pertencer ao domínio público, para o progresso das Luzes e o conhecimento universal”³⁰⁶.

A partir do século XIX, as cortes francesas passam a reconhecer o aspecto moral dos direitos autorais e esse período marca um maior distanciamento entre o sistema francês (*droit d’auteur*), do qual derivam majoritariamente as legislações da Europa continental e, inclusive, a brasileira, e o sistema anglo-saxão (*copyright*), mais focado no aspecto patrimonial desses direitos³⁰⁷. A despeito desse movimento no sentido de aproximar o direito autoral de um personalismo, não se pode deixar de mencionar que as leis francesas que sucederam as revolucionárias de 1791 e 1793 ainda se valeram da terminologia “propriedade” para se referirem a esses direitos, demonstrando um apreço forte pelo discurso baseado no direito natural dos autores, o que fica evidenciado, em termos práticos, no constante aumento dos prazos de proteção dos direitos patrimoniais concedidos aos autores, com as mudanças nas legislações, diminuindo cada vez mais, por via de consequência, o espaço reservado ao domínio público³⁰⁸.

³⁰⁵ ALVES, Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: um estudo histórico da origem do copyright e do *droit d’auteur*. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 9870-9890. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2535.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017. p. 9882-9884.

³⁰⁶ Cumpre ressaltar que a Lei de 1791 previa um prazo de 5 (cinco) anos após a morte do autor para o exercício do direito patrimonial, enquanto a Lei de 1793 estipulava o lapso temporal de 10 (dez) anos após sua morte, o que demonstra, na acepção de Antônio Sousa Alves e Leonardo Machado Pontes “a recepção da ideia do domínio público e o enfraquecimento do discurso baseado simplesmente no direito de propriedade dos autores, que deveria levar ao reconhecimento da perpetuidade desse direito”. *Ibid.*, p. 9884-9885.

³⁰⁷ BERTRAND, Maître André. ‘Droit d’auteur’, ‘copyright’ and neighbouring rights at the crossroads. In: Debate on the challenges facing the concept of copyright at the turn of the millennium, 1992, Paris. *Anais...* Paris: UNESCO, 1992. p. 1-13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000932/093215EB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017. p. 2.

³⁰⁸ Conforme acentuam Antônio Sousa Alves e Leonardo Machado Pontes, “[o] prazo de proteção *post mortem* saltou de 10 para 20 anos em 1810, depois para 30 anos em 1854, e finalmente para 50 anos em 1866”, alcançando o prazo de 70 anos, conforme artigo L.123-1 do *Code de la Propriété Intellectuelle* francês de

Conforme mencionado no início deste trabalho, ao longo dos anos e especialmente com esse reconhecimento gradual do aspecto moral, ao lado do patrimonial, as teorias oscilaram muito na classificação dos direitos autorais, ora aproximando-os dos direitos reais, ora dos direitos da personalidade. Com base nisso, os doutrinadores dividiram a evolução do sistema jurídico francês em três períodos: de 1793 a 1878; de 1878 a 1902 e de 1902 a 1957. O primeiro deles caracterizou-se pelos debates acerca da natureza jurídica dos direitos morais. De um lado, defendia-se tratar de direitos de propriedade temporários, enquanto do outro, acreditava-se que eles eram parte de um direito de personalidade perpétuo³⁰⁹. Sob a influência dos escritos de Karl Marx, essa última corrente acabou predominando e, por volta de 1880, as cortes francesas passaram a reconhecer direitos como o de divulgação e o de paternidade³¹⁰.

Na segunda fase, superada a caracterização dos direitos morais sob a acepção de direitos de personalidade, a discussão se pautou em determinar se os direitos relativos a qualquer trabalho artístico eram únicos e inseparáveis, isto é, tanto o aspecto moral quanto o patrimonial compunham parte de um todo inseparável, base do que ficou conhecido como teoria monista, ou se deveriam ser separados em duas categorias apartadas: uma de índole pessoal e outra, pecuniária, pressuposto da teoria dualista. O terceiro e último período, então, foi marcado pela prevalência dessa segunda corrente da dualidade dos direitos, o que pôde

1992, atualmente vigente. ALVES, Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: um estudo histórico da origem do copyright e do droit d'auteur. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 9870-9890. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2535.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017. p. 9886.

³⁰⁹ Conforme relata Allan Rocha, “[d]urante o século XIX, os ataques à concepção dos direitos autorais como propriedade, visão dominante e estabelecida legalmente e jurisprudencialmente no fim do século anterior, continuavam. Estes ataques partiam principalmente dos defensores da determinação dos direitos autorais como inteiramente de domínio público. Intensificados estavam os argumentos em razão, em parte, dos escritos e idéias (sic) de Karl Marx e Proudhon, na primeira metade do século XIX. O resultado do embate entre estes dois extremos foi o entendimento de serem os direitos autorais um direito de propriedade limitado temporalmente. Paralelamente, porém, emergia uma nova teoria, a que via os direitos autorais como resultantes da personalidade do autor, que se projeta e impregna na obra, e que estes, portanto, deveriam ser classificados dentre os direitos da personalidade. Na França, Pouillet defendia a classificação desta como propriedade, embora especial, liderando, em sua época, a escola da propriedade intelectual. Defendendo posição oposta, encontrávamos Darras, que defendia fortemente a origem destes direitos como sendo os de personalidade. Igualmente influente, Picard caracterizou os direitos autorais, junto com os direitos de propriedade industrial, nomeando tais direitos de direitos intelectuais, como sendo direitos a um monopólio exclusivo de exploração comercial, e justificando-se por ser uma (sic) a obra uma criação do espírito”. SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 50-51.

³¹⁰ CHINNI, Christine L. Droit d'auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017. p. 151.

ser identificado no aparato jurisprudencial francês ao longo dos anos, que influenciou, por via de consequência, a construção das legislações sobre os direitos autorais, especialmente a Lei de 1957 e, posteriormente, o *Code de la Propriété Intellectuelle* atualmente vigente naquele país³¹¹.

A despeito desta constante aproximação, ao longo dos anos, não apenas dos direitos autorais, mas dos direitos de propriedade intelectual como um todo, com o direito de propriedade, nos dias de hoje não mais se concebe a sua classificação como propriedade: é comumente utilizada na doutrina a expressão “direitos intelectuais”³¹². Conforme acentua Silmara Juny de Abreu Chinellato, a terminologia “propriedade intelectual” é consagrada como uma expressão histórica, que nasceu na Revolução Francesa, face a uma emergência em se determinar, naquela época, que os direitos pertenciam aos autores e não aos exploradores da obra, sendo os autores tratados como proprietários desses direitos pela força que isso representava. Isso, no entanto, não tem nenhum compromisso com a natureza jurídica do direito de autor que, conforme já mencionado anteriormente, comporta uma característica híbrida, ao garantir proteção a aspectos de ordem patrimonial e a aspectos ligados à personalidade do autor³¹³.

Nessa perspectiva, Chinellato conseguiu identificar uma série de diferenças entre os direitos autorais e o direito de propriedade, restando latente que os primeiros não podem ser incluídos como uma espécie do segundo. Ainda que não seja o objetivo deste estudo explorar essas diferenças, algumas merecem ser destacadas. A primeira delas é o conteúdo dúplice do direito de autor, composto por direitos de ordem patrimonial e por direitos morais,

³¹¹ CHINNI, Christine L. Droit d’auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017. p. 151-152.

³¹² A respeito desta terminologia bastante utilizada por José de Oliveira Ascensão, o autor explica o seguinte: “[o]s direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 out. 2017. p. 126.

³¹³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Natureza jurídica. Sistemas de tutela: copyright x droit d’auteur*. 2017. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 49 p. Notas de aula da disciplina “Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio. Direito Constituinte. Anteprojeto de Lei do Ministério da Cultura. Estudo Comparativo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272 p. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 75-77.

caracterizados como direitos da personalidade, sendo esses últimos não identificáveis no direito de propriedade³¹⁴.

Outra diferença que vale a pena ser destacada diz respeito à ubiquidade do direito autoral, que não é identificada na propriedade material. Em outras palavras, enquanto se identifica uma individualidade, um egoísmo da propriedade material, uma vez que ela é atribuída apenas ao seu proprietário ou àquele que o representar, o direito autoral é ubíquo, está em toda parte e pode ser acessado por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo. Isso acaba por levar a uma reflexão acerca de uma terceira e importante distinção entre esses direitos, que está relacionada ao aspecto temporal: se de um lado, a propriedade material se transmite enquanto houver herdeiros, respeitada a ordem de vocação hereditária, e sendo vitalícia para esses herdeiros, tendendo, inclusive, à perpetuidade; os direitos patrimoniais de autor são vitalícios apenas para este, tendo a sua proteção estendida aos herdeiros até um limite temporal (como regra no Brasil, por exemplo, esse prazo é de setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor, conforme preconiza o *caput* do artigo 41 da Lei n. 9.610/1998³¹⁵), de modo que, uma vez atingido o termo final deste prazo, a obra cai em domínio público, ficando ao alcance de qualquer pessoa que poderá explorá-la livremente, respeitados os direitos morais³¹⁶.

Essas duas qualidades dos direitos autorais que o diferem da propriedade material, quais sejam, a ubiquidade e a temporalidade, demonstram o interesse público que permeia a sua proteção. Vale ressaltar: as obras criativas protegidas por direito autoral entram em domínio público, porque elas integram o patrimônio cultural da humanidade³¹⁷. Nessa perspectiva, José de Oliveira Ascensão explica que o direito exclusivo de exploração da obra,

³¹⁴ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Natureza jurídica. Sistemas de tutela: copyright x droit d'auteur*. 2017. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 49 p. Notas de aula da disciplina “Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio. Direito Constituendo. Anteprojeto de Lei do Ministério da Cultura. Estudo Comparativo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”.

³¹⁵ “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente (sic) ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”.

³¹⁶ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Natureza jurídica. Sistemas de tutela: copyright x droit d'auteur*. 2017. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 49 p. Notas de aula da disciplina “Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio. Direito Constituendo. Anteprojeto de Lei do Ministério da Cultura. Estudo Comparativo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272 p. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 81-83.

³¹⁷ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Natureza jurídica. Sistemas de tutela: copyright x droit d'auteur*. 2017. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 49 p. Notas de aula da disciplina “Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio. Direito Constituendo. Anteprojeto de Lei do Ministério da Cultura. Estudo Comparativo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272 p. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 81.

conferido ao seu titular pela legislação autoral, serve para “compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade”³¹⁸, o que, na acepção do doutrinador, justifica a imposição de um ônus à sociedade, pela limitação da exploração da obra por seu titular que, de outra sorte, seria livre³¹⁹. Já no que concerne à dupla proteção, moral e patrimonial, que caracteriza os direitos autorais, acentua Eliane Y. Abrão³²⁰ que ela cumpre o propósito de garantir o respeito à obra e de, ao mesmo tempo, assegurar a sobrevivência condigna do seu criador.

Com base nisso, é possível afirmar que aludido direito exclusivo de exploração das obras criativas não é e nem pode ser ilimitado: ele se sujeita a um limite temporal, isto é, perdura o tempo necessário para que o criador seja compensado por sua contribuição, findo o qual a liberdade se torna imperativa; além de estar adstrito às obras que possam ser caracterizadas efetivamente como criações literárias ou artísticas, em outras palavras, obras imbuídas de um contributo criativo, sem o qual não se justificaria restringir a sua comunicação ao público³²¹. Nesse sentido, destaca-se a seguinte conclusão a que chega Allan Rocha³²², *in verbis*:

Conclui-se desta forma que, acerca dos direitos patrimoniais, a atribuição de um exclusivo ao autor acontece em prejuízo da fluidez da comunicação, circulação de informação e conhecimento. O exclusivo justifica-se, porém, como o instrumento de incentivo generalizado à criação, resultando, ao final, em um enriquecimento cultural da sociedade no seio da qual se fomenta a inovação.

Depreende-se, então, que a relevância da determinação de um limite temporal aos direitos exclusivos de exploração conferidos aos autores e demais titulares das obras intelectuais não está adstrita, pura e simplesmente, ao atendimento do interesse da coletividade em acessar esse patrimônio cultural da humanidade. Isso porque as criações

³¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3.

³¹⁹ Nas palavras de Ascensão, “a tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular”. *Ibid.*, p. 3.

³²⁰ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 337.

³²¹ Nas palavras de Ascensão: “a liberdade de utilização de bens culturais, mesmo que não movida por fim lucrativo, fica assim travada, porque contende com o exclusivo de exploração. Compreende-se por isso que semelhante exclusivo só possa ser transitório: passado o período calculado como necessário para compensação do autor, prevalece o princípio da liberdade. Por outro lado, reforça-se a necessidade de não admitir obras sem valia intrínseca como criação literária e artística, pois de outro modo vai-se restringir a comunicação social sem que em contrapartida tenha havido um contributo criativo que haja que recompensar”. ASCENSÃO, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 4.

³²² SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 20.

intelectuais nada mais são do que a matéria-prima para o desenvolvimento de novas criações e, por conseguinte, o fomento da inovação. Desta feita, Allan Rocha destaca que quanto mais extensa a proteção, maior é o custo e menor o acesso à matéria-prima para a concepção de novas criações e produtos intelectuais³²³. Portanto, resta evidenciado que, uma vez disponibilizada para a sociedade, a obra intelectual assume um curso próprio que transcende aos interesses privados do seu autor. Nessa perspectiva, Allan pontua o seguinte:

Uma vez disponibilizada através de sua comunicação ou publicação pelo autor, a obra autoral tem uma vida social que ultrapassa os limites de interesses particulares de seus titulares. Quando a obra publicada é disponibilizada para a sociedade em geral, passa a refletir e mediar significações culturais do grupo social onde se insere, propiciando formas diversificadas de entendimento e construções comunicativas, podendo tornar-se veículo simbólico de expressão coletiva, incorporando-se ao conjunto de signos que une e sedimenta qualquer sociedade. A obra publicada, enfim, torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade, inspirando inclusive outras criações. A proteção concedida ao autor deve considerar o significado social das obras para a determinação de seus limites. Assim demanda sua história, natureza jurídica e os preceitos constitucionais vigentes.³²⁴

De outra sorte, conforme o posicionamento exarado por Ascensão³²⁵, da mesma forma como não se pode conceber direitos absolutos, pura e simplesmente, o direito exclusivo conferido ao autor também não pode ser assim considerado, o que implica dizer que ele está sujeito a limites e, conseqüentemente, adstrito à aplicação do princípio da função social. Aliás, essa é uma acepção que vai ao encontro do movimento constitucionalista do pós-guerra, pautado em um maior intervencionismo do Estado nas relações privadas, em busca de melhor conciliar os interesses individuais com os interesses da coletividade. Tanto é que a propriedade, um dos mais importantes institutos do direito privado, inclusive, entendida, por muitos anos, sob a égide do regime liberalista como absoluta e ilimitada, passou a ser compreendida, a partir do século XX, com uma necessidade de atendimento a uma função social, o que restou expresso nos textos constitucionais do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919, bem como em muitas outras cartas que sucederam a este período, até os dias atuais, assunto já explorado no tópico anterior.

Dentre esse movimento de funcionalização dos institutos do direito privado,

³²³ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 31.

³²⁴ *Ibid.*, p. 143.

³²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 out. 2017. p. 141.

fala-se, então, na função social do direito de autor que, na acepção de Guilherme Carboni³²⁶, tem como escopo

a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público³²⁷ e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.

Há que se ressaltar, contudo, que a função social do direito autoral não se encontra exteriorizada de forma direta no texto constitucional, como acontece com a função social da propriedade (conforme inciso XXIII, do artigo 5º, da Carta Magna Brasileira de 1988, que dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”), nem mesmo na legislação infraconstitucional, o que não significa, outrossim, que ela inexistia ou não deva ser observada pelos operadores do direito.

Explica-se: os direitos autorais são previstos no texto constitucional como direitos fundamentais, ao lado de uma série de outros direitos como a liberdade de expressão, o acesso à educação, à cultura, à informação, a propriedade, dentre tantos outros. Não há que se olvidar que esses direitos, por vezes, podem tutelar interesses conflitantes nas situações concretas, ocasiões em que surgem questionamentos sobre quais interesses devem prevalecer. É neste momento que se invocam novamente os ensinamentos de Alexy acerca dos direitos fundamentais, considerados pelo autor como princípios, por abarcarem mandamentos de otimização, de modo que possam ser satisfeitos em graus variados conforme a situação concreta³²⁸.

De acordo com o que apregoa Alexy, diferentemente das regras que, quando entram em conflito, a solução é ou uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou a declaração de invalidade de uma das regras em disputa, os princípios, por se encontrarem no mesmo nível de abstração, podem ser sopesados no caso concreto, a fim de definir qual deve prevalecer. Nas palavras de Alexy, “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro”, de modo que a solução para as situações de colisão entre princípios é

³²⁶ CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 204.

³²⁷ Nas palavras de Antonio Carlos Morato, “o termo ‘domínio público’ deve ser reservado à hipótese em que, em face do decurso de prazo estabelecido na norma fenecem todos os direitos patrimoniais sobre a obra remanescendo apenas aqueles de natureza moral”. MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 205.

³²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (5. ed. alemã). 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 86 e 90-91.

o “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre” eles, “com base nas circunstâncias do caso concreto”, não necessitando a declaração de invalidade de um deles ou a sua eliminação do ordenamento jurídico, como acontece com as regras³²⁹.

Nessa situação estão incluídos os direitos autorais que, por vezes, podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais, geralmente de cunho mais coletivo, social, sendo basicamente a educação, a cultura e a informação³³⁰, conforme mencionado anteriormente, devendo ser mensurado, casualmente, a relação de precedência entre eles, ora prevalecendo o interesse privado, ora o coletivo, sem que um invalide o outro, coexistindo no ordenamento jurídico.

Com base nos ensinamentos de Alexy e, fazendo uma leitura sistêmica da Constituição Federal de 1988, é possível extrair o princípio da função social do direito autoral, a partir da interpretação conjunta de seus artigos. Sendo assim, ao lado dos incisos XXVII³³¹ e XVIII³³² do artigo 5º da Carta Magna, que conferem proteção aos direitos autorais, assegurando, basicamente, o exercício das faculdades patrimoniais por seus titulares, garantindo, inclusive, a proteção às participações individuais em obras coletivas, muitos outros dispositivos constitucionais vão tratar de direitos sociais, refletindo os interesses da coletividade que, por vezes, podem prevalecer sobre esses direitos autorais.

Nessa perspectiva, vale mencionar o artigo 6º da Carta Magna que elenca entre os direitos sociais o direito à educação que, por sua vez, é retomado na disciplina dos artigos 205 e seguintes, dentro do Título VIII, “Da Ordem Social”. Referido artigo 205³³³ coloca a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade, isto é, ele atribui a responsabilidade por sua promoção a todos. Ademais,

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (5. ed. alemã). 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92-96.

³³⁰ Allan Rocha também comenta que “[a] estes podem ainda ser .acrescidos (sic) outros cujas relações com os direitos autorais ainda não encontram-se (sic) suficientemente claras tais como o direito dos consumidores, à livre concorrência, ao entretenimento ou os impactos da concentração de titularidade patrimonial em multinacionais sobre a soberania nacional”. SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 283.

³³¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (...)”.

³³² “Art. 5º (...) XXVIII - são assegurados, 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; (...)”.

³³³ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, *será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (grifos nossos).

conforme acentua Allan Rocha³³⁴, “as obras autorais são instrumentos de informação e cultura, sendo fundamental o seu uso em ambientes educacionais”, motivo pelo qual alguns dos usos livres de obras protegidas, previstos na legislação, seja nacional, estrangeira ou internacional, tem como finalidade justamente viabilizar o acesso à educação.

Nesse sentido, uma das situações de uso de obras intelectuais, independente da autorização por seus titulares, que não constitui ofensa aos direitos autorais, dentre o elenco trazido pela Lei n. 9.610/1998, tem como fundamento uma motivação de cunho educacional, qual seja, a hipótese prevista no inciso VI, do artigo 46, que admite a representação teatral e a execução musical nos estabelecimentos de ensino, desde que para fins exclusivamente didáticos e sem intuito de lucro. Trata-se de uma restrição bem tímida da legislação autoral pátria, no sentido de privilegiar o acesso à educação, deixando professores e alunos desamparados a respeito de usos que possam ou não fazer de certos materiais, tendo por base a interpretação literal e restritiva desse dispositivo, que só se refere a obras teatrais e musicais. Conforme assevera Allan Rocha, “parece não haver fundamento jurídico para crer-se (sic) serem essas as únicas possibilidades jurídicas de uso livre sem autorização do autor, para finalidades instrucionais”. O autor pondera, inclusive, que seria razoável permitir o uso de materiais variados, como gráficos, textuais, fotográficos, musicais, audiovisuais, entre outros, a critério de escolha do professor, independente de autorização prévia dos titulares de direitos autorais, possibilitando, por sua vez, uma remuneração equitativa aos titulares, arbitrada, por exemplo, pelos poderes públicos, como acontece na Alemanha, em uma espécie de licença compulsória³³⁵.

De outra sorte, no tocante à cultura, ressalta-se que o texto constitucional a ela se remete em diversas passagens, tendo como destaque, contudo, o quanto disposto nos artigos 215, 216 e 216-A, que compõem uma Seção específica sobre o tema. Desta feita, o *caput* do artigo 215 da Carta Magna estabelece como dever do Estado garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, bem como apoiar e incentivar “a valorização e a difusão das manifestações culturais”, ao lado do inciso III, do artigo 216, que inclui como parte do patrimônio cultural brasileiro “as criações científicas, artísticas e tecnológicas”. Não se pode deixar de mencionar também o inciso II, do §1º, do artigo 216-A, que estabelece como princípio do Sistema Nacional de Cultura a

³³⁴ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 145.

³³⁵ *Ibid.*, p. 288-289.

“universalização do acesso aos bens e serviços culturais”.

Não há que se olvidar, portanto, que as obras artísticas, literárias e científicas se caracterizam como manifestações culturais, pois abarcam “um conjunto de significados sociais, sendo, ao mesmo tempo, veículos propagadores e criadores destes significados”, de modo que é inegável o seu valor enquanto parcela do direito à cultura que detém a sociedade. Destaca-se, outrossim, que isso não implica em um sufocamento dos direitos autorais que, inclusive, coexistem com esse direito à cultura, no mesmo patamar de direitos fundamentais que atribui o texto constitucional. Ocorre que, justamente por essa necessidade de coexistência entre os direitos mencionados, e pela conseqüente importância da conciliação dos interesses particulares com os interesses da coletividade, em algumas ocasiões, o Estado, na condição de tutor do direito de acesso à cultura, deverá proporcionar a “instituição de espaços de livre interação, isentos de controle sobre a utilização de obras de caráter cultural”, estabelecendo, por vezes, “isenções legais ao monopólio dos direitos patrimoniais de autor” para privilegiar os interesses da coletividade³³⁶.

Uma reflexão interessante trazida por Allan Rocha diz respeito à dificuldade de se preservar exemplares de obras não reeditadas ou relançadas, cujo acesso, com o passar do tempo, tornar-se-ia dificultoso ou até mesmo impossível. O autor, nesse sentido, pontua certa rigidez da legislação autoral brasileira para lidar com esse tipo de situação, ao estabelecer a necessidade de autorização para todos os casos de inclusão de obras protegidas em base de dados, ou seu armazenamento em computador, microfilmagem ou outras formas de arquivamento, conforme definido no artigo 29, inciso IX da Lei n. 9.610/1998³³⁷.

Entende-se que o objetivo não seja atropelar os direitos autorais dos seus titulares ao autorizar essas formas de armazenamento, mas flexibilizar algumas situações pontuais para permitir a conservação de obras autorais nacionais relevantes que possam estar se perdendo por algum motivo, como por exemplo, a partir da criação e manutenção de um acervo nacional pelo poder público, fomentando entidades destinadas a estes fins de preservação, como museus, bibliotecas, universidades e institutos, a se dedicarem a essas funções de armazenamento, conservação e acesso ao público, sem olvidar, necessariamente, de uma contraprestação aos seus titulares. Aliás, um dos propósitos em se ponderar sobre essa temática de conservação de obras intelectuais é justamente garantir o aproveitamento

³³⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 145 e 147.

³³⁷ *Ibid.*, p. 285-286.

do domínio público, que é a destinação final destas obras e que justifica a imposição do ônus social consistente na limitação da exploração da obra por seu titular, por um lapso temporal, conforme já mencionado anteriormente. Allan³³⁸ explica que

(...) auxiliaria também a guarda e preservação destas mesmas obras para o advento do domínio público sobre estas, pois, caso contrário, muitas destas obras de valor para a história e memória nacionais estariam ao final do período protetivo destruídas ou desfiguradas. Corolário desta situação, aconteceria após a morte do autor e antes até da expiração do prazo protetivo, quando nenhuma outra modificação pode ser oposta à obra, estes arquivos serviriam como referências obrigatórias para os seus relançamentos preservando assim a integridade da obra, que são deveres concorrentes entre os herdeiros e o poder público.

As considerações feitas por Allan Rocha e reproduzidas parcialmente neste trabalho não apenas demonstram uma preocupação do autor com o atendimento dos preceitos constitucionais de difusão da cultura e garantia de acesso a ela, como também ajudam a refletir sobre quão delicado e, ao mesmo tempo, importante é o balanceamento de interesses privados e coletivos, quando o assunto é a proteção das criações intelectuais, corroborando o entendimento trabalhado ao longo deste capítulo de que existe uma função social que necessita ser observada quando da garantia dos direitos autorais.

Continuando esse exercício de extração da função social do direito autoral, a partir da leitura do texto constitucional, sublinha-se o direito de acesso à informação, externalizado no inciso XIV³³⁹, do artigo 5º da Carta Magna. Tão relevante é a relevância de se conciliar a proteção autoral com este direito, que a própria Lei n. 9.610/1998 se ocupou em preservá-lo parcialmente, no rol de limitações do seu artigo 46. Nessa perspectiva, admitem as alíneas “a” e “b”, do inciso I de mencionado dispositivo, a reprodução na imprensa diária ou periódica de notícias ou artigos informativos, desde que citadas as fontes, bem como de discursos públicos pronunciados em quaisquer reuniões. O intuito dessas previsões é claramente garantir a livre circulação das informações à população, prevalecendo, nestes casos, o interesse da coletividade em acessá-las, sobre o interesse dos particulares que as publicam.

Outro dispositivo constitucional que é comumente invocado pela doutrina para justificar o atendimento a uma função social pelo direito de autor é o inciso XXIII, do artigo

³³⁸ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 285.

³³⁹ “Art. 5º. (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...)”.

5º, que dispõe sobre a função social da propriedade. A despeito de os direitos autorais não se caracterizarem como direitos de propriedade, conforme amplamente debatido neste capítulo, parcela da doutrina considera que a “propriedade” a que se refere o texto constitucional não se limita à propriedade material, mas abarca, outrossim, todos os direitos patrimoniais privados, dentre os quais estão incluídos os direitos intelectuais exclusivos, dos quais fazem parte os direitos autorais. Sobre esse argumento, José de Oliveira Ascensão ainda acrescenta, fazendo remissão ao aspecto moral dos direitos autorais, que “[a] eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica”³⁴⁰ de direitos patrimoniais privados, de modo que, na acepção do autor, a função social da propriedade, prevista no texto constitucional, estende-se aos direitos patrimoniais de autor. Corroboram com este entendimento Allan Rocha de Souza³⁴¹ e Guilherme Carboni³⁴².

Sob essa ótica, e conforme sublinhado pelo próprio Ascensão, não apenas os direitos autorais, mas todos os direitos de propriedade intelectual, isto é, os direitos de propriedade industrial também estariam sujeitos ao atendimento dessa função social da propriedade. Aliás, no caso da propriedade industrial, o constituinte foi até mais explícito

³⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 out. 2016. p. 141.

³⁴¹ Nas palavras de Allan Rocha: “[e]m razão do conteúdo proprietário destes direitos, a proteção autoral patrimonial é reiterada pelo inciso XXII, do artigo 5º, que estabelece que ‘é garantido o direito de propriedade.’ Quando trata de garantir um direito reitera a posição estabelecida no caput deste mesmo artigo 5º, que afirma a inviolabilidade da propriedade. O alcance desta proteção alcança ‘o conjunto de toda patrimonialidade,’ pois o ‘direito de propriedade é todo e qualquer direito patrimonial, sendo irrelevante o fato de incidir – ou não incidir – sobre bem corpóreo, incorpóreo, direito real.’ Neste caso, não há como deixar de recepcionar este inciso constitucional como incidente sobre os aspectos patrimoniais dos direitos autorais”. E acrescenta ainda o autor a respeito de a função social da propriedade refletir sobre os direitos autorais: “[o] atendimento necessário ao cumprimento da função social pelo proprietário deve ser efetivado ‘em todas as suas manifestações (da propriedade) e sob as diversas formas de utilização, possibilitadas pelo progresso tecnológico, aliado à proliferação dos tipos contratuais, os bens econômicos, enquanto suporte do direito de propriedade, devem submeter-se ao princípio da função social.’ E os preceitos constitucionais atuais legitimam a essência composta dos direitos intelectuais, incluídos aí os autorais, tornando parte fundamental da proteção individual o atendimento aos interesses da coletividade, sem o qual não haveria razão para esta proteção. No caso dos direitos autorais, a extensão da proteção patrimonial exclusiva deve ter em vista, principalmente, os interesses culturais e educacionais da sociedade”. SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 137 e 141.

³⁴² Amparado nos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão, Guilherme Carboni defende que “a função social da propriedade, prevista na Constituição Federal e no Código Civil brasileiros, também se aplica ao direito de propriedade industrial e ao direito de autor”. Nessa perspectiva, Carboni destaca que “apenas o aspecto patrimonial do direito de autor estaria sujeito ao princípio da função social da propriedade, já que os direitos morais de autor, como direitos da personalidade, não seriam – em tese – suscetíveis de limitação por parte do Estado. Dessa forma, todos os direitos patrimoniais de autor referidos no art. 29 da Lei 9.610/98 ficariam sujeitos à aplicação do princípio da função social da propriedade. Portanto, se na exploração da obra houver um conflito entre o interesse particular do autor e o interesse público, este deverá prevalecer com base no princípio da função social da propriedade”. CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 180.

acerca do atendimento ao princípio da função social, visto que o inciso XXIX³⁴³, do artigo 5º, da Carta Magna garante proteção às criações industriais e aos sinais distintivos, a partir de privilégios temporários, uma vez assegurados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Ainda que esse dispositivo se refira apenas às criações industriais e aos sinais distintivos, tutelados via propriedade industrial, ele demonstra a preocupação do constituinte em balancear os interesses privados, a partir da concessão de monopólios de exploração de bens intelectuais, com os interesses da sociedade em acessá-los, findos os prazos de proteção, noção que pode ser transportada para a proteção conferida pelos direitos autorais.

De todo o exposto, fica evidenciado que a função social do direito autoral, ainda que não explícita literalmente no texto constitucional, pode ser extraída da leitura sistêmica de seus dispositivos, de modo que os conteúdos dos direitos fundamentais ali previstos devam ser interpretados conjuntamente e de forma equilibrada, a fim de solucionar eventuais colisões que possam surgir entre interesses privados e interesses da coletividade. Nesse sentido se manifesta José Carlos Costa Netto:

É nítida a necessidade de que as regras constitucionais sejam consideradas de forma harmoniosa. Nesse passo,
 - a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação não poderão ser exercidas com violação de direitos autorais de terceiros;
 - por outro lado, os autores, criadores de obras intelectuais, não poderão exercer seus direitos autorais publicando obras intelectuais que violem a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas;
 - a “*democratização do acesso aos bens da cultura*” e a *função social da propriedade deverão ser aplicadas à propriedade intelectual de forma ampla e equilibrada*, ou seja, não somente enfocando o legítimo interesse público de acesso à cultura ou dever – que a Constituição expressamente atribui ao Estado (art. 215) –, mas, principalmente, a *garantia de renovação da criação cultural e sustentação econômica da imensa coletividade de autores e demais titulares de direitos autorais que constroem diretamente a identidade cultural do País.*³⁴⁴ (grifos nossos)

Vale pontuar, outrossim, que não apenas o disposto na Constituição Federal fornece os elementos necessários para construir a noção de uma função social do direito autoral. A própria Declaração Universal de Direitos Humanos, já no ano de 1948, atribuiu ao direito de autor e ao direito à cultura os *status* de direitos humanos, colocando ambos no

³⁴³ “Art. 5º (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (...)” (grifos nossos).

³⁴⁴ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 279.

mesmo patamar, ao incluí-los em um mesmo dispositivo, conforme se depreende da leitura do artigo 27 do referido documento, *in verbis*:

Artigo XXVII

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, *de fruir das artes* e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem *direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor*.³⁴⁵ (grifos nossos)

Conforme acentua Carboni, isso indica, no mínimo, a manutenção de um equilíbrio entre esses direitos, tanto que colocados lado a lado em aludida declaração. E mais: conforme destacado pelo autor, o próprio Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) que, como o nome diz, disciplina os direitos de propriedade intelectual, no âmbito do comércio e para os países integrantes da OMC (Organização Mundial do Comércio), estabelece expressamente a função social desses direitos, dentre os quais estão incluídos os autorais³⁴⁶. Aludido princípio pode ser verificado pela leitura do artigo 7º do Acordo TRIPS³⁴⁷:

ARTIGO 7

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem *contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico* e de uma *forma conducente ao bem-estar social econômico* e a um *equilíbrio entre direitos e obrigações*. (grifos nossos)

A Convenção de Berna³⁴⁸, por sua vez, não prevê explicitamente a função social do direito de autor, como faz o Acordo TRIPS, mas confere balizamentos para que os países signatários adotem medidas limitadoras aos direitos autorais em suas legislações internas.

³⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Resolução n. 217 A (III) – Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: 1948. Texto traduzido para o português e disponibilizado no site da Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

³⁴⁶ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 101-108.

³⁴⁷ BRASIL. *Decreto n. 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União 31.12.1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

³⁴⁸ BRASIL. *Decreto n. 75.699*, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial da União 09.05.1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

Dentre algumas hipóteses específicas de usos livres de obras artísticas e literárias que ela considera como sendo lícitas e, por isso, traz previsões expressas, como as citações (art. 10, item 1)³⁴⁹, as reproduções para fins de ensino (art. 10, item 2)³⁵⁰ e para fins de informação ao público das atualidades (art. 10-*bis*, item 1)³⁵¹, inclusive, por meio da imprensa (art. 10-*bis*, item 2)³⁵², ela também estabelece uma norma geral no seu art. 9, item 2³⁵³, conhecida como regra dos três passos (*three-step test*), que traça parâmetros básicos para que os países signatários estabeleçam limitações aos direitos de autor em suas legislações nacionais. De acordo com essa regra, os países poderão admitir a reprodução de obras por terceiros sem a necessidade de autorização por seu titular, desde que respeitados três requisitos: (1) em casos especiais; (2) desde que não conflite com a exploração normal da obra; (3) nem prejudique injustificadamente os legítimos interesses do autor³⁵⁴.

Nota-se, portanto, que a despeito de a Convenção de Berna não ponderar explicitamente acerca de um equilíbrio entre os interesses privados e os sociais, como faz o TRIPS³⁵⁵, ela se preocupou em deixar uma margem de abertura para os “Estados adotarem

³⁴⁹ “ARTIGO 10. 1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa”.

³⁵⁰ “ARTIGO 10. (...) 2) Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si as condições em que podem ser utilizadas licitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos”.

³⁵¹ “ARTIGO 10 bis. 1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou a radiodifusão ou a transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada”.

³⁵² “ARTIGO 10 bis. (...) 2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio ao público, as obras literárias ou artísticas vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público”.

³⁵³ “ARTIGO 9. (...) 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”.

³⁵⁴ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103-104.

³⁵⁵ É interessante pontuar que o Acordo TRIPS também se ocupou em prever o teste dos três passos, só que de maneira ainda mais ampla do que a Convenção de Berna, pois não restringiu a observância dos três parâmetros comentados (em casos especiais, desde que não conflite com a exploração normal da obra, nem prejudique injustificadamente os legítimos interesses do autor) ao direito de reprodução, estendendo-os a quaisquer direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais. BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra dos três passos (*three step test*). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 493-503, jan./dez. 2007. p. 499. Nessa perspectiva, dispõe o art. 13 do Acordo TRIPS: “os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito” (grifos nossos). BRASIL. *Decreto n. 1.355*, de

limitações que possam ter impacto negativo no direito de autor, desde que tais limitações sejam socialmente justificáveis e não tenham escopo de lucro”³⁵⁶. E assim fez a legislação pátria ao estabelecer um rol de situações, cujo uso de obras intelectuais seria permitido, independente da autorização prévia de seus titulares, conforme previsão dos artigos 46, 47 e 48³⁵⁷ da Lei n. 9.610/1998.

Não faz parte do escopo deste trabalho analisar cada uma das situações disciplinadas nesses artigos. Uma discussão que brevemente se levanta neste momento diz respeito à exaustividade desse rol. A maior parte da doutrina entende que se trata de um rol taxativo, não admitindo interpretações analógicas, no sentido de estender as limitações a hipóteses não previstas expressamente na lei. Entre os autores que defendem esse posicionamento estão Eliane Y. Abrão³⁵⁸, Elisângela Dias Menezes³⁵⁹, Carlos Alberto

30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União 31.12.1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

³⁵⁶ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 106.

³⁵⁷ “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

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;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

³⁵⁸ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 342.

³⁵⁹ MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 95.

Bittar³⁶⁰, José Carlos Costa Netto³⁶¹, Antonio Carlos Morato³⁶², entre tantos outros.

No entanto, alguns estudiosos como Sérgio Vieira Branco Júnior³⁶³ e Allan Rocha de Souza questionam a taxatividade desses dispositivos, justamente por entenderem que eles não abarcam situações importantes cujos interesses sociais, da coletividade, deveriam prevalecer sobre os interesses particulares dos titulares dos direitos autorais. Em outras palavras, a interpretação restritiva das hipóteses legais de limitações a esses direitos gera um desbalanceamento dos interesses em jogo, sendo insuficientes para sopesar as situações concretas que surgem. Nas palavras de Allan Rocha³⁶⁴:

Se os direitos da coletividade não estiverem satisfatoriamente representados nos dispositivos em questão, não há como sustentar a concentração da função social dos direitos autorais nos casos expressamente previstos na legislação, devendo, para solução do problema que se apresenta, serem elaborados princípios que esclareçam as diretrizes para a efetivação equilibrada tanto dos direitos individuais dos autores como dos direitos da coletividade de fruir da obra autoral.

Coaduna-se com esse entendimento Guilherme Carboni, para quem “[a] previsão

³⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 82.

³⁶¹ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 283-287.

³⁶² Conforme ensina Antonio Carlos Morato, essa taxatividade não implica no afastamento da interpretação extensiva que, diferentemente da analogia, não se propõe a preencher uma lacuna legal, mas sim completar uma norma que já existe no ordenamento jurídico. Nas palavras do autor: “[r]essalte-se que a taxatividade, (...), tem o condão de impedir a analogia, mas não o de inviabilizar a interpretação extensiva e, por tal razão, com aquela não se confunde, dado que tal interpretação parte da constatação de que inexistente lacuna a colmatar, mas que surge diante do intérprete a necessidade de completar norma já existente no sistema. (...) Logo, partindo da premissa que a analogia não se confunde com a interpretação extensiva é possível concluir que as limitações aos direitos autorais previstas no art. 46 da Lei 9.610/98 (LDA), em face da existência de regulação expressa, admitem a possibilidade de serem eventualmente completadas pelo julgador, mas não a de terem sua essência distorcida por este de forma a criar hipóteses distintas jamais cogitadas pelo legislador, uma vez que tais hipóteses só poderiam ser criadas pelo Poder Legislativo em nosso sistema”. MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 186-192.

³⁶³ O autor comenta o seguinte: “[p]odemos afirmar que o fundamento das limitações aos direitos autorais encontra-se exatamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, que prevê a função social da propriedade. Afinal, será em razão do exercício de sua função social que o legislador delimitará o uso do direito autoral por parte de seus titulares. Pode-se dizer que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos. E uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu artigo 46 são interpretadas como constituindo rol taxativo. Ocorre que, como veremos, no mundo digital, as limitações que a LDA elenca são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da *internet*, o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros”. BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 64-66.

³⁶⁴ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 178.

numerus clausus dessas limitações contraria a função social do direito de autor”³⁶⁵. Nessa perspectiva, o autor se manifesta favorável à regulamentação legal de aludidas limitações aos direitos autorais no formato de princípios gerais, como faz o “*fair use*” norte-americano³⁶⁶, que confere apenas diretrizes a serem analisadas pelo juiz no caso concreto, a fim de avaliar se o uso de obras protegidas feito sem autorização do titular pode ser considerado como justo ou como uma violação ao direito autoral. Vale dizer que, pelo sistema norte-americano, as limitações aos direitos autorais são ponderadas caso a caso, frente a um balanceamento da prevalência dos interesses públicos ou privados, sem uma definição prévia legal das hipóteses em que a proteção autoral pode ser afastada, diferentemente do sistema taxativo consagrado no Brasil³⁶⁷. Para Carboni, a adoção desse formato de princípio geral possibilita não apenas que o juiz molde casualmente a sua aplicação, como também é capaz de sobreviver e se adaptar às mudanças sociais e tecnológicas³⁶⁸ que possam ensejar novas situações que demandem restrições à proteção autoral e que poderiam não estar abarcadas pelo texto legal taxativo.

Sendo assim e, a despeito de o entendimento majoritário caminhar no sentido da exaustividade do rol de limitações aos direitos autorais pela legislação pátria, os argumentos levantados por alguns doutrinadores a respeito da sua ampliação foi tão relevante que alcançou as discussões sobre a reforma da legislação autoral, iniciadas em 2005 e que culminaram na elaboração de um Anteprojeto de Lei, pelo então Ministério da Cultura ou MinC, no ano de 2010, sob a gestão de Juca Ferreira enquanto Ministro, cujo texto foi reavaliado e modificado em 2011, pela nova gestão de aludido Ministério, comandada por

³⁶⁵ CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 211.

³⁶⁶ Conforme explica Maristela Basso, o *fair use* constitui um teste, utilizado pelos magistrados norte-americanos, que serve para determinar se o uso de material protegido por direitos autorais, sem a autorização do seu titular, configura ou não violação aos direitos deste. BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra dos três passos (three step test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 493-503, jan./dez. 2007. p. 502. Em outras palavras, o *fair use* caracteriza-se como um princípio geral “a ser aplicado sob determinadas circunstâncias descritas em lei” que, por sua vez, nada mais são do que casos em que o interesse público prevalece sobre o interesse particular, a ponto de justificar a não incidência da proteção autoral. Nessa esteira, o *fair use* propõe a análise de quatro passos a fim de identificar se o uso feito sem autorização do titular pode ser considerado como justo ou como uma violação ao direito autoral deste, quais sejam: (1) o propósito do uso; (2) a natureza do trabalho protegido; (3) a dimensão da parte utilizada em comparação com o todo; e (4) o impacto econômico. CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 132-133.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 132-133.

³⁶⁸ CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 211.

Ana de Holanda³⁶⁹. Um dos principais eixos da reforma tinha como escopo garantir um equilíbrio entre a proteção aos direitos do autor e os interesses da sociedade de acesso à cultura e ao conhecimento e, como consequência disso, muitas foram as alterações propostas quanto ao artigo 46, com o intuito de ampliar as limitações aos direitos autorais.

Também não faz parte da proposta deste trabalho analisar cada uma dessas alterações, especialmente considerando que ambas as redações do Anteprojeto (de 2010 e de 2011) trouxeram previsões distintas do assunto. O que não se pode deixar de mencionar apenas é que ambas as versões do Anteprojeto estabeleciam a transformação do rol de limitações aos direitos autorais em um rol exemplificativo, isto é, admitindo a existência de outras restrições, diversas daquelas elencadas na lei, desde que respeitados os requisitos estipulados em seus textos, baseados nos mandamentos da regra dos três passos comentada anteriormente. Sem entrar muito no mérito das redações sugeridas pelo Anteprojeto que, se analisadas mais a fundo, mereciam algumas críticas pela abertura e imprecisão dos termos utilizados, fato é que, em 15 de julho de 2011, o Anteprojeto foi enviado à Casa Civil da Presidência da República, para ser encaminhado ao Congresso Nacional, onde permaneceu naufragado³⁷⁰.

Ocorre que, a despeito de aludida destinação do Anteprojeto, existe um Projeto de Lei de n. 2.370/2019, proposto pela Deputada Federal Jandira Feghali, do Partido PCdoB/RJ, em tramitação na Câmara dos Deputados, desde 16 de abril de 2019, cujo escopo é promover alterações em diversos dispositivos da Lei n. 9.610/1998, dentre os quais, o artigo 46, prevendo uma série de outras hipóteses de limitações aos direitos autorais³⁷¹. Não faz parte do escopo deste trabalho analisar pormenorizadamente as modificações propostas, considerando, inclusive, que o Projeto ainda se encontra em fase inicial de tramitação e está sujeito a alterações pelo Poder Legislativo, como, aliás, já foi feito pela Relatora da Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados, Deputada Maria do Rosário, em Parecer

³⁶⁹ WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei autoral principais alterações: debates e motivações. *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju, ano IV, n. 08, p. 542-562, 2015. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 544-546.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 546.

³⁷¹ BRASIL. *Projeto de Lei 2.370*, de 16 de abril de 2019. Altera os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 15, 16, 17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 68, 77, 78, 79, 81, 86, 90, 95, 96, 97, 100-B, 101, 102, 103, 107, 108 e 109 e acrescenta os arts. 30-A, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D, 52-E, 61-A, 67-A, 85-A, 88-A, 88-B, 88-C, 99-C, 99-D, 110-A, 110-B, 110-C, 110-D, 110-E, 110-F, 110-G, 110-H, 110-I, 110-J, 110-K, 110-L, 111-A, 111-B, 113-A e 113-B na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=609106EC79A09B88AB06B50FC4A36ED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1734276&filename=PL+2370/2019>. Acesso em: 01 dez. 2019.

publicado no dia 19 de novembro de 2019³⁷². É interessante comentar apenas que esse Projeto também busca tornar o rol de limitações exemplificativo, admitindo a aplicação de restrições ao exercício dos direitos autorais em casos análogos aos elencados no dispositivo, uma vez respeitada a regra dos três passos. Ademais, no final de junho de 2019, o Ministério da Cidadania, por meio da Secretaria Especial da Cultura – uma vez extinto o Ministério da Cultura no início do mandato do Presidente Jair Bolsonaro – abriu nova consulta pública sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais como um todo³⁷³, de forma a, provavelmente, revisitar o assunto em questão. Contudo, os resultados de ambos os projetos só serão aferíveis após o fim dessa pesquisa, prejudicando uma abordagem mais acurada do tema no momento.

O que se depreende dessas breves observações acerca das limitações aos direitos autorais previstas na Lei n. 9.610/1998, independentemente das polêmicas e divergências de opiniões envolvendo a sua extensão – taxatividade ou não do seu rol e/ou necessidade de expansão das hipóteses –, é a importância e a justificativa da sua existência: garantir o desenvolvimento social, ao estabelecer situações em que o uso de obras intelectuais protegidas seja livre, a fim de privilegiar interesses sociais como a educação, a cultura e a informação que, por vezes, devem prevalecer sobre os interesses particulares dos titulares de direitos. Em outras palavras, essas limitações representam uma forma de exteriorização e aplicação do princípio da função social do direito autoral.

Guilherme Carboni classifica essas limitações, conjugadas com os prazos de proteção³⁷⁴, findo os quais as obras entram em domínio público, e as próprias delimitações do objeto de proteção pela legislação autoral, cujas criações, além de dotadas de originalidade precisam ser exteriorizadas para receber proteção³⁷⁵ – ideias não são protegidas

³⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Relatora Deputada Maria do Rosário (PT-RS), pela aprovação do PL 2370/2019, do PL 3035/2019 apensado, com substitutivo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=609106EC79A09B88AB06B50FC4A36ED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1835199&filename=Parecer-CCULT-19-11-2019>. Acesso em: 01 dez. 2019.

³⁷³ ROMEO, Bruno. Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais. *Ministério da Cidadania - Secretaria Especial da Cultura*, 28 jun. 2019. Disponível em: <<http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

³⁷⁴ Os prazos de proteção autoral, por sua vez, estão previstos nos artigos 41 a 45 da Lei n. 9.610/1998, bem como no § 2º do artigo 2º da Lei n. 9.609/1998, que trata dos programas de computador.

³⁷⁵ Quanto a essa questão da delimitação do objeto, Carboni explica: “[o] direito de autor não protege o objeto da criação em si (o livro, o quadro, a escultura), nem as ideias, os planos e os conceitos abstratos; apenas as formas de expressão do autor é que recebem a proteção autoral. Para que haja proteção autoral, a obra deve apresentar os seguintes componentes fundamentais: (a) esteticidade: as obras protegidas pelo direito de autor são as que possuem valor estético autônomo, que encerra-se em si mesmo, independentemente da sua origem, destinação ou utilidade prática – apesar da existência de exceções a esse componente, como o direito conexo

– como “restrições intrínsecas” aos direitos autorais, justamente por se relacionarem com a extensão da proteção autoral. Ao lado destas, Carboni ainda classifica como “restrições extrínsecas”, por incidirem sobre o exercício desses direitos, a função social da propriedade, conforme já debatido ao longo deste capítulo, bem como a função social dos contratos, a teoria do abuso do direito e as regras sobre desapropriação para reedição ou divulgação de obra intelectual. Todas essas restrições, em conjunto, compõem a aplicação do princípio da função social dos direitos autorais³⁷⁶.

Na mesma linha do quanto exposto em relação à função social da propriedade, a função social dos contratos foi consagrada nos artigos 421³⁷⁷ e 2.035, parágrafo único³⁷⁸, do Código Civil de 2002, também como um reflexo da postura mais intervencionista do Estado nas relações privadas, especialmente com o início do século XX, visando garantir um justo equilíbrio dos negócios firmados entre particulares, a partir de uma redução do papel ocupado pela autonomia da vontade – até então, absoluta –, com o objetivo de privilegiar o ideal de justiça social³⁷⁹. Carboni explica o seguinte a respeito desse princípio:

Com base no princípio da função social do contrato, este é passível de modificação, se não observar os critérios de justiça, de equidade e de paridade. O intuito é proteger do abuso de sua confiança, a parte mais fraca, quando a parte mais forte a obriga a efetuar contratos que contenham cláusulas leoninas e abusivas. Portanto, a função social do contrato procura evitar a imposição de

de autor das emissoras de radiodifusão, a proteção autoral do *software* e da base de dados; (b) o aporte trazido pelo autor: a obra intelectual deve resultar de uma atividade intelectual própria, que acrescente algo de novo à realidade do mundo; (c) a forma: para que haja proteção autoral, não se leva em conta o conteúdo ou o valor estético da obra, que é um critério discutível, revestido de subjetividade, mas quaisquer formas de expressão dotadas de caráter estético intrínseco; (d) a inserção em suporte: para que haja proteção autoral, a ideia precisa ser materializada em um determinado suporte; em outras palavras: a obra deve passar do *corpus mysticum* para o *corpus mechanicum*, salvo nos casos em que a comunicação é oral, ou mediante expressão corporal, quando a criação se exaure no mesmo ato; e (e) a originalidade: a obra deve ser original, isto é, composta por elementos que a tornem única e inconfundível, revestindo-se de traços e caracteres próprios. Essa originalidade deve ter caráter relativo, uma vez que é inevitável o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum. Não se exige, pois, originalidade absoluta, mesmo porque, uma mesma ideia pode ser apresentada sob formas diversas”. Ainda sobre o tema do objeto do direito de autor, Carboni faz uma crítica pertinente à sua crescente expansão: “[e]ssa crescente ampliação das obras protegidas pelo direito de autor, impulsionada pelos interesses da indústria de bens intelectuais, e propiciada pelo rol meramente exemplificativo da Convenção de Berna e das legislações internas dos países signatários, levou a uma certa banalização do objeto da proteção autoral, já que o que importa, hoje, é proteger o chamado ‘conteúdo’ comercializável, seja ele obra ou não. Com isso, expande-se a proteção do direito de autor para obras que, em princípio, não a justificariam. É o caso do *software*, que não é a expressão livre de uma criação intelectual, mas a expressão vinculada de um processo” CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 155-156 e 158.

³⁷⁶ Ibid., p. 97-98.

³⁷⁷ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. Trata-se de redação recentemente adotada conforme disposto na Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019.

³⁷⁸ “Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

³⁷⁹ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 182-183.

cláusulas danosas aos contratantes indefesos.³⁸⁰

Aqui não se discutem propriamente as peculiaridades que já fazem parte das obrigações no campo autoral, cuja autonomia da vontade é limitada, não apenas pelos mandamentos dos direitos morais que, por exemplo, impedem a modificação da obra pelo cessionário total de seus direitos patrimoniais, sem o prévio consentimento do autor, como também pela interpretação restritiva dos negócios jurídicos em benefício do autor, conforme disposto pelo artigo 4º da Lei n. 9.610/1998, por se tratarem de normas de ordem pública, de índole protecionista aos autores, especialmente pessoas físicas, diante das contratações mantidas com empresas que detêm maior poderio econômico nas negociações³⁸¹.

O que Carboni suscita, ao estabelecer a função social dos contratos como uma restrição extrínseca ao direito autoral, não é o afastamento dessa regra da interpretação restritiva. Ele apenas pondera que, em muitas ocasiões, o direito autoral acaba sendo usado como uma poderosa ferramenta de proteção dos interesses da indústria cultural e do entretenimento, podendo, inclusive, distorcer o real escopo protecionista desse direito, em prejuízo dos interesses da coletividade, por exemplo. É justamente para evitar condutas abusivas por parte dessas empresas, amparadas na bandeira do discurso protecionista do direito autoral, que Carboni sugere a aplicação do princípio da função social dos contratos, visando o equilíbrio de poder entre as partes contratantes, a partir de um exame mais acurado desses negócios jurídicos, com o objetivo de corrigir distorções. Com base nisso, a função social dos contratos e a interpretação restritiva mencionada devem coexistir³⁸².

No mesmo sentido de coibir condutas abusivas, Carboni também aponta como uma restrição extrínseca ao direito autoral a teoria do abuso do direito, consagrada no artigo 187 do Código Civil, como um “princípio geral, norteador de todas as áreas do direito”, aplicável, portanto, à disciplina autoral. Com base nessa teoria, “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”³⁸³ comete um ato ilícito. Em outras palavras, a ilicitude é verificada na “utilização anormal ou antifuncional” de um direito que é legítimo. Carboni³⁸⁴ ainda ressalta que essa teoria recebe amparo no próprio Acordo TRIPS, ao permitir que os Países-Membros adotem certas medidas voltadas a prevenir o abuso de

³⁸⁰ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 184.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 184-186.

³⁸² *Ibid.*, p. 186.

³⁸³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³⁸⁴ CARBONI, Guilherme, *op. cit.*, p. 188.

direitos por parte dos titulares de direitos de propriedade intelectual, conforme disposto no artigo 8º, item 2³⁸⁵, dentre os quais estão incluídos os direitos autorais.

Sobre este tema, Eliane Y. Abrão³⁸⁶ menciona alguns exemplos de situações em que o abuso de direito autoral pode ser identificado, tais como: pleitear proteção para os casos em que a Lei n. 9.610/1998 afasta da esfera do direito de autor, como acontece com as exceções elencadas no artigo 8º; restringir os usos livres decorrentes das limitações impostas pela legislação autoral, como nas hipóteses dos artigos 46, 47 e 48 da Lei n. 9.610/1998; o estabelecimento de contratos leoninos de exploração econômica de obras autorais, por aqueles que se utilizem destas como matéria-prima de sua atividade profissional; os ônus excessivos ou embaraços criados por herdeiros de modo a impedir ou dificultar a circulação do bem cultural, isto é, o exercício abusivo dos direitos pelos herdeiros; dentre tantas outras práticas que, conforme acentuado por Carboni³⁸⁷, podem, inclusive, configurar atos de concorrência desleal³⁸⁸ ou infrações da ordem econômica³⁸⁹.

Por fim, Carboni³⁹⁰ ainda classifica como uma das hipóteses de restrição extrínseca aos direitos autorais a possibilidade de desapropriação para reedição ou divulgação de obra protegida por esses direitos, o que, inclusive, é objeto de previsão expressa pelo Decreto-Lei n. 3.365 de 1941, conforme se depreende da leitura conjunta dos seus artigos 2º e 5º, alínea “o”, *in verbis*:

Art. 2º *Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados* pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e

³⁸⁵ “ARTIGO 8 – Princípios – (...) 2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, *poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares* ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia” (grifos nossos). BRASIL. *Decreto n. 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União 31.12.1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

³⁸⁶ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 512-513.

³⁸⁷ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 189.

³⁸⁸ Carboni explica que, “[n]o campo do direito autoral, os casos envolvendo abuso de direito caracterizadores da prática de concorrência desleal ocorrem com maior frequência nas atividades empresariais de comercialização de bens intelectuais protegidos por tais direitos. Podemos citar, como exemplo, uma empresa que comercializa determinado bem intelectual que está em domínio público e que resolve pleitear direitos autorais sobre esse bem, informando a clientela de empresa concorrente a respeito, de forma a angariá-la”. *Ibid.*, p. 191.

³⁸⁹ Nas palavras de Carboni, “ocorre abuso de direito de autor com infração da ordem econômica, quando, por exemplo, uma empresa, na qualidade de titular do direito autoral sobre determinada obra intelectual por ela comercializada, vale-se de um falso plágio ou contrafação de sua obra, por parte de terceiro, para retirar a obra desse terceiro do mercado, de forma a prejudicar a livre concorrência”. *Ibid.*, p. 190.

³⁹⁰ CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 213.

Territórios.

(...)

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

o) *a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; (...)*³⁹¹ (grifos nossos)

Mas sobre essa previsão de aludido Decreto-Lei, Carboni pondera que, via de regra, ela é incompatível com a Lei n. 9.610/1998, justamente porque esta consagra os direitos morais de inédito e de arrependimento, direitos da personalidade que não estão sujeitos ao instituto da desapropriação. Nessa perspectiva, Carboni pontua que aludida desapropriação só deverá ocorrer quando verificado o abuso de poder por parte do autor, sob pena de violação de mencionados direitos morais, o que seria inconcebível. Isso significa dizer que é dever do Estado notificar o autor antes de efetivar a desapropriação, requerendo que este fundamente a sua recusa para reedição ou divulgação e, só diante da verificação de caprichos pessoais por parte do autor, não embasados no exercício dos direitos de inédito ou de arrependimento, poderia o Estado, mediante interesse público, efetuar a desapropriação, tratando-se, portanto, de uma hipótese de extrema excepcionalidade³⁹².

Essas restrições extrínsecas trabalhadas por Guilherme Carboni corroboram o entendimento de que a função social do direito autoral, ainda que não literalmente disciplinada na legislação autoral pátria, pode ser claramente extraída de um olhar sistêmico do ordenamento jurídico, isto é, não apenas pelas restrições impostas na própria legislação especial, a partir dos prazos e dos requisitos de proteção, bem como das hipóteses de usos livres ali estabelecidas, mas também pela necessidade de compatibilização da proteção dos titulares com os interesses da coletividade e pela consequente eventual prevalência desses outros interesses sobre os dos autores, isso sem deixar de mencionar a aplicação de princípios e institutos que visam coibir abusos dos titulares. Isso porque, conforme já comentado anteriormente, é da essência do próprio direito autoral a transitoriedade da proteção dos seus aspectos patrimoniais, de modo que, ao final do prazo estabelecido em lei, a obra possa entrar

³⁹¹ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Diário Oficial da União 18.07.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³⁹² Carboni ainda pondera que mais adequado e pertinente com a natureza do direito autoral seria a aplicação do instituto da licença compulsória no lugar da desapropriação, para os casos mencionados de reedição ou divulgação, tendo em vista que a primeira, inclusive, já se encontra prevista em tratados internacionais e na legislação interna de alguns países, o que tornaria plausível a adoção pela legislação autoral brasileira. No entanto, a Lei n. 9.610/1998 acabou não recepcionando nenhuma hipótese de licença compulsória. CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 213-214.

em domínio público e ser livremente usufruída e acessada pela sociedade, passando a compor o patrimônio cultural desta.

Essa leitura funcionalizante do direito autoral é também um reflexo da passagem do Estado liberal para o Estado social, característico do próprio século XX – especialmente após a segunda metade do mesmo –, conforme já explorado no início deste capítulo, em que o direito privado como um todo passou a ser compreendido sob a perspectiva de se atender a uma função social, de modo que as relações entre particulares foram finalmente percebidas como parte integrante de um escopo maior, de um escopo social, cujos interesses particulares e coletivos devem ser compatibilizados³⁹³. Acontece que, do ponto de vista das legislações que regem a matéria do direito de autor, de modo geral, essa funcionalização não foi necessariamente consagrada de forma expressa, o que é motivo de críticas por parte da doutrina autoralista. Estudiosos como Allan Rocha identificam um movimento contrário dos textos legais que disciplinam os direitos autorais em comparação com as mudanças sofridas pela legislação civil comum, ao longo dos anos. Nas palavras de Allan³⁹⁴:

(...) observa-se, ao contrário, uma assimetria entre a despatrimonialização do direito civil a partir da segunda metade do século XX, principalmente a partir de sua constitucionalização e, em nosso caso, elevação do princípio de proteção da dignidade humana a uma das finalidades essenciais do Estado, e o que tem acontecido com os movimentos internacionais e nacionais de proteção autoral, onde nota-se, principalmente nas três últimas décadas, uma ampliação do processo de privatização de seus usos, restrição dos usos livres legalmente autorizados, expressando-se nas ‘tendências patrimonialista, argentária, anti-social, que preside tantas de nossas novas leis de propriedade intelectual,’ afetando as próprias bases dos direitos autorais, que ‘estão hoje corroídas por uma evolução economicista, que sufoca preocupações culturais.’ Diante disso, vislumbra-se um processo diverso, e não justificado, do que acontece com as demais áreas do direito civil, processo este que é na verdade assemelhado ao desenvolvimento histórico inicial do direito civil, talvez por seu tardio reconhecimento em comparação com os demais ramos civilísticos, repetindo os direitos autorais agora, com o neo-liberalismo, o período de apogeu da doutrina liberal, em sacrifício dos interesses coletivos que necessariamente o compõem.

Da mesma forma, Guilherme Carboni também traz alguns questionamentos

³⁹³ Conforme acentua Allan Rocha: “[a] efetivação da função social tem como objetivo principal a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade. Esta realidade atual é fruto do desenvolvimento jurídico do direito civil ao longo da segunda metade do século XX, com a superação do patrimonialismo e individualismo estrito de influências liberais, daquele pelas preocupações de preservação das qualidades intrínsecas do ser humano, como a personalidade, e deste pelo alargamento da concepção sobre o desenvolvimento humano, que passou a ser entendido como necessariamente integral, dentro de um contexto social e cultural”. SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 282-283.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 274-275.

acerca da ampliação do escopo de proteção garantido pelo direito autoral, propiciada não apenas pelo rol exemplificativo de obras, presente na Convenção de Berna e nas legislações internas dos países, como também pelo impulso gerado pelas indústrias de bens intelectuais, objetivando a proteção dos seus interesses, ocasionando, por exemplo, na disciplina jurídica do *software* via direito autoral, a despeito de sua índole mais técnica do que artística ou literária. Além da ampliação do objeto protegido, o autor também chega a indagar sobre a pertinência do progressivo aumento nos prazos de proteção das obras intelectuais e, para tanto, ele exemplifica com a situação dos programas de computador, protegidos por 50 (cinquenta) anos, período findo o qual os programas estão obviamente obsoletos. Na visão do autor, seria coerente uma revisão desses prazos, a fim de possibilitar retornos razoáveis aos investimentos feitos nesses bens intelectuais, inclusive, como forma de incentivar aludidos investimentos, mas sem obstar o posterior acesso livre pela comunidade, destino final dos bens intelectuais. Isso porque todos esses movimentos de expansão da proteção autoral, no entendimento de Carboni, acabam por beneficiar as grandes empresas do ramo intelectual e não necessariamente os criadores, para quem a proteção foi concebida, desvirtuando não apenas a disciplina do direito de autor em si, como também a sua função social³⁹⁵.

Conforme já comentado no capítulo anterior, Allan Rocha também demonstra sua preocupação com essa concentração da titularidade de direitos patrimoniais de autor em empresas intermediárias, na sua maioria, multinacionais sediadas em países desenvolvidos. O autor alerta que as maiores pressões pela ampliação do escopo de proteção desses direitos partem dessas empresas que, frequentemente, remuneram mal os autores – titulares originários e cedentes dos direitos – e, finalmente, acabam se tornando as maiores beneficiárias das proteções outorgadas pela legislação. A preocupação de Allan Rocha, portanto, é no sentido de que o direito de autor se transforme “em apenas um direito da empresa intermediária, mascarado com o nome mais apelativo ao público e convincente politicamente de direito de autor”³⁹⁶.

Não há que se olvidar dos inúmeros desafios enfrentados pelos autores e demais titulares de direitos autorais com o advento de novas tecnologias, especialmente a partir do

³⁹⁵ CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216. p. 210-211.

³⁹⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4). p. 282.

surgimento da Internet e do conseqüente rompimento das barreiras físicas para a difusão de obras intelectuais. Isso naturalmente gerou uma reação legítima por parte desses titulares, no sentido de lutar pela garantia da proteção dos seus interesses, diante da maior facilidade de acesso proporcionada por essas novas tecnologias. Por esse motivo, é importante destacar que as críticas e questionamentos levantados ao longo deste capítulo não buscam defender o acesso livre e gratuito às obras intelectuais protegidas pelos direitos autorais, especialmente neste cenário criado pela expansão da rede.

Por conseguinte, a proposta em se discutir a função social desses direitos é tentar compreender a constante necessidade e, ao mesmo tempo, dificuldade de compatibilizar os interesses privados envolvidos nessa proteção com os interesses da coletividade em acessar esses bens intelectuais, para melhor mensurar os movimentos históricos que levaram, de um lado, nessa busca por ampliar a proteção autoral e, de outro, nas reivindicações sociais por maior acesso. Nesse sentido, da mesma forma com que foram suscitados questionamentos acerca dos interesses por trás daqueles que levantaram a bandeira pelo aumento da proteção, critica-se também a “cultura do grátis” disseminada no fim da década de 1990 e início dos anos 2000, com o fenômeno de massificação da Internet, sob o discurso distorcido de que a informação seria livre e, portanto, o acesso a qualquer conteúdo deveria ser gratuito e irrestrito, ocasião em que os compartilhamentos ilícitos de obras protegidas alcançaram níveis alarmantes, à revelia dos titulares de direitos autorais³⁹⁷.

Não restam dúvidas a respeito dos malefícios proporcionados pelo crescimento da pirataria com o advento da Internet. Aliás, conforme se depreende do que foi debatido ao longo deste capítulo, a função social dos direitos autorais não propõe a garantia do acesso livre, irrestrito e gratuito às obras intelectuais, o que ocasionaria na própria perda da razão de ser da proteção autoral. Seu escopo é promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, conferindo a proteção exclusiva aos seus titulares, compensando-os pelo esforço criativo, por um período de tempo delimitado, findo o qual as obras entram em domínio público e podem ser acessadas livremente pela comunidade. Por vezes, durante esse prazo de proteção, algumas situações demandam que os interesses da coletividade prevaleçam sobre os interesses privados, ocasiões em que esses direitos exclusivos são excepcionados para garantir o atendimento de outros direitos, não implicando, nesse processo, na eliminação dos primeiros. Esse é o fundamento da função social do direito

³⁹⁷ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 278-280.

autoral.

Nessa perspectiva, as considerações realizadas ao longo deste capítulo servem como base para o estudo do *streaming*, objeto de análise nas próximas páginas deste trabalho, com o intuito de avaliar se o advento dessa tecnologia, em um período histórico em que a proteção dos titulares de direitos autorais se viu ameaçada pelo aumento da pirataria, gerado com a expansão da rede, foi capaz de reestabelecer um equilíbrio entre os interesses privados e sociais, envolvidos com a proteção e com o acesso a obras intelectuais, atendendo às propostas da função social dos direitos autorais debatidas neste tópico.

3 A TECNOLOGIA DO STREAMING

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS NA OBRA MUSICAL

Antes de iniciar a análise da tecnologia do *streaming*, cabe apresentar, ainda que muito brevemente, quem são os principais titulares de direitos encontrados no mercado musical, e quais são as principais modalidades de direitos negociadas nesse mercado, a fim de melhor compreender as discussões propostas neste trabalho. Sendo assim, conforme define o artigo 11 da Lei n. 9.610/1998, “[a]utor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Para determinar quem são os autores de uma obra musical, é necessário entender no que consiste propriamente esse tipo de obra. Nessa perspectiva, José Carlos Costa Netto explica que “[e]ssas obras compreendem toda a classe de combinações de sons (*composições*)³⁹⁸ com ou sem texto (*letra*)”³⁹⁹. Coadunando-se com essa definição, o artigo 7º, inciso V, da legislação autoral pátria elenca entre as obras intelectuais protegidas pelo regime do direito de autor “as composições musicais, tenham ou não letra”.

Das obras musicais originárias, é possível extrair elaborações secundárias, que darão origem às obras musicais derivadas, resultado de uma transformação das primeiras⁴⁰⁰, que, no campo musical, são, basicamente, os arranjos⁴⁰¹. Em suma, além dos compositores

³⁹⁸ José Carlos Costa Netto explica que “[a] orientação doutrinária predominante consigna serem três os elementos constitutivos da obra musical: a melodia, a harmonia e o ritmo. Nesse sentido, conforme Henry Desbois, a melodia seria a emissão de um número indeterminado de sons sucessivos (...). Ela consiste nos sons que se engrenam um após outros. Complementa ponderando que a harmonia forneceria a ‘roupagem’, o ‘estofa’ e o ‘adorno’ da melodia (...), que Le Tarnec define como o resultado da emissão simultânea de vários sons: os acordes. E finalmente, o ritmo seria ‘uma sensação determinada seja por diferentes sons consecutivos, seja por diversas repetições periódicas de um mesmo som’, normalmente marcando o andamento da melodia. Fica claro, portanto, a orientação doutrinária de qual – *ou quais* – desses três elementos seriam essenciais na caracterização da criação intelectual e da conseqüente condição indispensável de originalidade da obra intelectual. Nesse raciocínio, dois elementos se destacam: a melodia e a harmonia. (...) de qualquer forma, mesmo dos dois elementos, a *melodia*, mais do que a *harmonia*, sobrepõe-se no campo da originalidade (...)” (grifos no original). NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 214-215.

³⁹⁹ Sobre as obras musicais, José Carlos Costa Netto explica o seguinte: “[a] terminologia internacional inclui na denominação genérica ‘obra ou composição musical’ também a literomusical e, apesar dessa conceituação abrangente, exclui desse gênero a obra dramático-musical. *Ibid.*, p. 212.

⁴⁰⁰ A Lei n. 9.610/1998 conceitua tanto a obra originária, quanto a derivada, nos seguintes termos: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VIII - obra: (...) f) originária - a criação primígena; g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária; (...)”.

⁴⁰¹ Na linguagem técnica, Costa Netto distingue o arranjo da variação musical. Amparado nos ensinamentos de Henry Desbois, o autor explica que “o arranjo evoca a tradução, que se esforça por fazer passar todas as nuances da língua originária na versão. Assim, numerosos autores qualificam as transposições de um instrumento a outro de ‘traduções musicais’”. Já na variação musical, o seu compositor modifica mais a obra

da música (elemento sonoro) e do autor-compositor da letra (elemento literário), o arranjador também é considerado titular originário da sua adaptação, desde que esta seja dotada de originalidade⁴⁰².

Ademais, não se pode deixar de mencionar que diferentes conjugações de esforços são capazes de originar uma obra musical. Explica-se: (a) é possível que uma mesma pessoa seja compositora da música e autora-compositora da letra, resultando em uma autoria individual do produto musical que, portanto, será a única detentora dos direitos patrimoniais e morais incidentes sobre aludido produto; (b) a obra pode ser em coautoria quando um ou mais indivíduos compõem a música, e pessoa ou pessoas distintas escrevem a letra a ser incorporada na composição musical, gerando um regime de cotitularidade dos direitos patrimoniais sobre o resultado final, divididos em partes iguais entre os participantes deste produto e, em relação aos direitos morais, cada qual será detentor integral da sua contribuição; (c) ainda é possível que não haja uma divisão clara entre a contribuição de cada parceiro no produto musical final, de forma que permanece a divisão em partes iguais no que concerne aos direitos patrimoniais e, no tocante aos direitos morais, cada titular poderá exercê-los, em sua integridade, em relação à obra musical como um todo; e (d) na hipótese de um texto poético preexistente vir a ser musicado, o autor desse texto não será considerado compositor-letrista, pela falta de colaboração no produto musical final, de modo que cada autor mantém a individualidade sobre a sua criação: o poeta sobre o seu texto e o compositor sobre a sua composição⁴⁰³.

Na prática do mercado musical, é muito comum que esses autores licenciem ou até mesmo cedam os seus direitos patrimoniais através de contratos de edição musical, resguardando o recebimento de um percentual na exploração de suas obras pelas editoras. Ressalta-se que o contrato de edição⁴⁰⁴ não pressupõe automaticamente a cessão dos direitos pelo autor⁴⁰⁵, devendo esta consignar de forma expressa em sua redação. No entanto, é muito

preexistente, acrescentando elementos melódicos e, por vezes, ainda, modificando a própria harmonia e o ritmo. NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219.

⁴⁰² Ibid., p. 221.

⁴⁰³ Ibid., p. 221-222.

⁴⁰⁴ A Lei n. 9.610/1998 dispõe o seguinte a respeito do contrato de edição: “[a]rt. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor”.

⁴⁰⁵ Costa Netto explica a diferença entre a edição e a cessão nos seguintes termos: “[d]iversamente do negócio jurídico de edição, em que há o ato de concessão do exercício de direitos autorais sobre determinada(s) obra(s), normalmente em caráter temporário, na cessão opera-se a transferência dos direitos patrimoniais de autor, adquirindo, assim, o cessionário a titularidade (*derivada*) desses direitos. Ou seja, no primeiro caso (*edição*) o editor representa o titular (*originário*) dos direitos patrimoniais de autor, exercendo, em nome e a título de representação do autor (*ou seus sucessores legais*), esses direitos perante terceiros, e, no segundo caso (*cessão ou transferência*), o cessionário (*às vezes denominado contratualmente editor-cessionário*) é o próprio titular

comum que essa transferência de direitos aconteça na prática. Aliás, no ramo musical, essa espécie de contrato, na maioria das vezes, extrapola a simples função de edição gráfica, que tradicionalmente incluiria apenas a impressão, a publicação e a divulgação da partitura correspondente à obra musical editada, e passa a alcançar, por exemplo, a administração dos direitos patrimoniais de autor, decorrentes das diversas formas de utilização da obra musical, dentre as quais, principalmente, a sincronização ou inclusão, a reprodução fonomecânica, a distribuição e a execução pública, justificando, desta feita, a habitualidade na prática de cessão dos direitos pelos autores⁴⁰⁶.

Conforme acentua Mariana Giorgetti Valente, “[h]istoricamente, o aparecimento das editoras esteve ligado à venda de partituras”. No entanto, a criação dos discos, a partir do século XX, e o surgimento das gravadoras foram minando esse papel desempenhado pelas editoras que passaram a investir em outras frentes, como por exemplo na negociação de direitos para a realização de shows musicais – que cresceram exponencialmente, tanto os shows individuais, quanto os festivais –, bem como para a sincronização em filmes, propagandas, jogos de computador e programas de televisão, de modo que esses dois tipos de negociações se tornaram importantes fontes de remuneração das editoras⁴⁰⁷.

Além dos autores das obras musicais, cumprem também papéis importantes, nesse cenário, os titulares de direitos conexos. Conforme explica Carlos Alberto Bittar, “[d]ireitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano do autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual”⁴⁰⁸. A lei autoral pátria considera como titulares originários de direitos conexos⁴⁰⁹

(*derivado*) dos direitos patrimoniais de autor, exercendo-os, assim, em seu próprio nome” (grifos no original). NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 366.

⁴⁰⁶ No entendimento de José Carlos Costa Netto, “o editor musical é mais um mandatário ou administrador dos direitos patrimoniais da obra do que, propriamente, um editor, se considerado o termo restritivamente. Em grande parte das negociações nesse terreno, o editor procura adquirir, às vezes abusivamente, sem contrapartidas equilibradas, a condição de verdadeiro cessionário dos direitos patrimoniais de autor, durante a íntegra do período legal de proteção da obra musical. Pretende, assim, praticamente, substituir o autor, no que tange à exclusividade na exploração econômica da obra, isolando este da sua disposição e controle. Daí a titularidade derivada de direitos de autor ser assumida pelo ‘editor’, que, como já se expôs, só pode se referir aos direitos patrimoniais e – *mesmo assim* – restritivamente aos direitos específica e expressamente constantes do contrato” (grifos no original). *Ibid.*, p. 224-226.

⁴⁰⁷ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 329-330.

⁴⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 167.

⁴⁰⁹ Vale ressaltar que a Lei n. 12.853/2013 incluiu o conceito de “titular originário” no inciso XIV, do artigo 5º, da Lei n. 9.610/1998, que faz referência expressa ao autor da obra intelectual, ao intérprete, ao executante,

os intérpretes e executantes, os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão, dentre os quais os três primeiros são personagens mais atuantes na seara musical. A Lei n. 9.610/1998, em seu inciso XIII, do artigo 5º, define os artistas intérpretes e executantes como “todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore”.

Por sua vez, o conceito de produtor fonográfico pode ser extraído da leitura conjunta dos incisos IX e XI, do mesmo artigo 5º comentado, sendo que o primeiro estabelece que o fonograma se trata de “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual”, e o último se encarrega de definir a figura do produtor como “a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado”.

Fica evidenciado da leitura de aludidos dispositivos que, de um lado, a interpretação e a execução musical apresentam características mais artísticas, criativas, que as aproximam da obra intelectual e, de outro, a produção fonográfica é marcada por um caráter mais técnico, de modo que a sua proteção só surge a partir da fixação sonora da obra intelectual, diferentemente do direito de autor, que nasce com a criação intelectual. Especificamente no ramo musical, são considerados titulares originários de direitos conexos os cantores ou instrumentistas solistas e regentes, na condição de intérpretes, os músicos executantes e os produtores de fonogramas⁴¹⁰.

De outra sorte, enquanto os compositores negociam seus direitos com editoras musicais, os intérpretes e músicos executantes vão negociar com os produtores fonográficos ou gravadoras⁴¹¹, muitas vezes, inclusive, licenciando ou até mesmo cedendo seus direitos a estes últimos que, por sua vez, vão gerenciá-los, especialmente a partir da produção dos fonogramas contendo essas interpretações e execuções, cujas atividades incluem a organização das sessões de gravação, a captação e o processamento eletrônico dos sons, a

ao produtor fonográfico e à empresa de radiodifusão, eliminando qualquer dúvida ou questionamento que pudesse existir a respeito da titularidade originária (e não derivada) dos direitos conexos.

⁴¹⁰ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 305.

⁴¹¹ Luciana Pegorer entende que “[é] a figura do produtor fonográfico quem fomenta a indústria da música. É o produtor fonográfico que investe na gravação e é a gravação o ponto de partida para a circulação e remuneração da cadeia produtiva da música. O produtor fonográfico é o empreendedor da música”. PEGORER, Luciana. *Streaming é Execução Pública?* Site da Associação Brasileira da Música Independente, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.abmi.com.br/website/arquivos/legislacao/streaming-na-o-a-execua-a-o-pablica.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017. p. 8.

compilação e edição final das gravações, destinadas à posterior distribuição⁴¹². O resultado disso é que os produtores fonográficos/gravadoras, além de titulares originários sobre o fonograma, muitas vezes, são também titulares derivados dos direitos conexos dos intérpretes e executantes⁴¹³, isso sem olvidar do fato de que, para a exploração dos fonogramas, mencionados produtores fonográficos/gravadoras deverão negociar também os direitos autorais das obras musicais incluídas nas gravações, seja diretamente com os autores, seja por intermédio das editoras⁴¹⁴. Por essa razão, muitos grupos no mercado da música se dedicaram ao exercício de ambas as atividades, quais sejam, a edição e a gravação⁴¹⁵.

Em resumo, esses são, basicamente, os principais titulares (originários e

⁴¹² UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. Copyright Law Revision – Report n. 94-1476. *Report*. Washington: 1976. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/works/aba/ibr/H.Rep.94-1476.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019. p. 55-56. FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. Introdução. IN: _____ (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. p. 133-154. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 11.

⁴¹³ Conforme indica Mariana Giorgetti Valente, “[a]s práticas do passado envolviam contratos de cessão total de direitos, mediante os quais a gravadora passava a ser a detentora do fonograma, e o artista receberia 3% das vendas. Atualmente, esse valor teria subido para 14%”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 361.

⁴¹⁴ José Carlos Costa Netto explica o seguinte: “[n]ormalmente, é o produtor de fonogramas, além das atividades artísticas e musicais que possa vir a exercer, quem organiza – *operacional e tecnicamente* – as criações intelectuais e demais atividades que irão constituir o fonograma. A partir daí – *em relação a direitos de terceiros* –, o produtor deverá estar munido documentalmente – *de contratos ou termos de concessão ou cessão de direitos autorais de todos os titulares envolvidos na fixação fonográfica* – para poder utilizá-lo, regularmente, como um todo integrado, e controlar a sua reprodução, distribuição e, em sentido amplo, sua utilização por terceiros. Como a legislação autoral estabelece que as cessões de direitos só terão validade se formalizadas por escrito e que se interpretam restritivamente os negócios que envolvam direitos autorais, dependerá dessa documentação – *além das obrigatórias licenças autorais das obras musicais incluídas* – e, como os direitos morais são intransferíveis, da consequente harmonia entre o produtor e os demais titulares de direitos de autor e os que lhe são conexos, a amplitude do espectro da titularidade e o fortalecimento – *sob o aspecto jurídico e prático* – do produtor de fonogramas ante os usuários das diversificadas formas de utilização dos fonogramas” (grifos no original). NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 309-310.

⁴¹⁵ Antônio Augusto I. F. Bastos relata que, “[c]om o advento e a popularização dos fonogramas, a partir da metade do século XX, os editores gráficos acabaram perdendo parte da força que detinham para as gravadoras musicais; muitos grupos no mercado da música passaram também a exercer ambas as atividades (edição e gravação). Mesmo assim, até hoje, as editoras musicais são membros importantes e bem influentes delas, principalmente no caso das grandes gigantes internacionais como o ‘Universal Music Group’, a ‘Warner Music Group’, e a ‘Sony/ATV Music Publishing’”. BASTOS, Antônio Augusto I. F. A estrutura legal da gestão coletiva de direitos autorais. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. p. 97-132. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 108.

derivados) dos direitos autorais e conexos encontrados na seara musical: compositores, intérpretes, músicos executantes, editoras e produtores fonográficos/gravadoras. Não se pode deixar de mencionar que outras figuras também vão cumprir um papel importante no mercado da música, tais como as associações de gestão coletiva e, mais recentemente, as agregadoras, importantes intermediários que atuam na negociação de direitos autorais e conexos nesse ramo artístico. Ressalta-se que a atuação dessas entidades será melhor explorada em outros tópicos dessa pesquisa.

Para finalizar os comentários propostos neste subtítulo, cita-se o breve resumo, elaborado por Antônio Augusto I. F. Bastos, acerca das características básicas das principais modalidades de direitos patrimoniais explorados no campo musical. São elas:

a) Direito de reprodução: direito exclusivo de extrair e copiar exemplares no qual esteja contida a obra, sejam estes tangíveis (como um CD) ou intangíveis (arquivos virtuais de música como o mp3).

b) Direito de edição: destinado à fixação e subsequente reprodução autorizada e divulgação da obra, outorgados mediante contratos estabelecidos normalmente com editoras e gravadoras/ produtoras musicais.

c) Direito de transformação e arranjo musical: toda vez que alguém basear-se numa música para transformá-la ou adaptá-la para uma obra nova, ele deve obter autorização de seus titulares para fazê-lo.

d) Direito de sincronização: devido no caso de inserção ou inclusão da obra musical em uma outra, como um programa de televisão, um filme ou um comercial.

e) Recebimento de royalties pela distribuição: quando o público tem acesso a uma obra musical em suporte tangível (p. ex., por CD) ou intangível (p. ex., plataforma (sic) de venda virtual de músicas como o iTunes), o autor tem normalmente direito a usufruir de parte dos ganhos com esta venda.

f) Direito de execução pública: decorre da situação em que letra e música são executadas publicamente em shows, rádio, televisão, boates, ao vivo, por radiodifusão ou forma fixada – e não em ambientes privados.⁴¹⁶

Destaca-se que, dentre esse elenco de direitos, os mais relevantes para as discussões envolvendo a tecnologia do *streaming* são: o direito de reprodução, o de distribuição e o de execução pública. Todos eles serão objeto de um estudo mais pormenorizado nos tópicos subsequentes. Desta forma, feita uma breve introdução a respeito dos titulares e dos principais direitos explorados no mercado musical, passa-se à análise do *streaming*.

⁴¹⁶ BASTOS, Antônio Augusto I. F. A estrutura legal da gestão coletiva de direitos autorais. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 97-132. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 106.

3.2 ASPECTOS GERAIS DO STREAMING

Antes de abordar propriamente as questões jurídicas envolvendo a tecnologia do *streaming*, é necessário detalhar minimamente no que ela consiste e em que contexto histórico ela se insere, a fim de melhor compreender as discussões jurídicas em torno do assunto. Para tanto, a opção adotada para este tópico foi, a princípio, apresentar as suas características e modalidades, bem como a forma com que ela se estrutura, com o intuito de facilitar a compreensão dos elementos históricos que levaram ao surgimento gradual das plataformas e a sua inserção no mercado.

3.2.1 Características e modalidades

Conforme já comentado no início deste trabalho, “[o] streaming é uma tecnologia que consiste na distribuição *online* de dados, por meio de pacotes”, sem que haja o armazenamento do conteúdo no disco rígido do computador do usuário, de modo que os dados são reproduzidos na medida em que são recebidos pelo usuário⁴¹⁷, de forma “análoga ao *broadcasting*⁴¹⁸ analógico, com recepção simultânea e instantânea”. Com base nessa analogia, popularizou-se chamar essa transmissão de sons e imagens que é feita pela Internet, utilizando-se de aludida tecnologia de distribuição de dados por pacotes, como “*webcasting*”⁴¹⁹. Apesar desta semelhança, a transmissão via *streaming* conta com uma interface multimídia, não encontrada na radiodifusão tradicional, podendo apresentar elementos como os nomes da música e do álbum, a capa deste último, letras de músicas,

⁴¹⁷ Joseph Magri comenta o seguinte a respeito da tecnologia do *streaming*: “[t]he streaming process utilizes encoding software, otherwise known as a codec, which compresses and converts audio content into a streaming format. Next, a server makes the stream available over the Internet. Finally, decoding software, usually in the form of an audio player, retrieves, decompresses and translates the stream into the sounds heard by the listener”. MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 56.

⁴¹⁸ *Broadcasting* é o termo em inglês utilizado para se referir à radiodifusão analógica, isto é, à transmissão cuja propagação dos sons ou dos sons e imagens acontece por meio de ondas eletromagnéticas. A descoberta desse meio de propagação de sons e imagens proporcionou o surgimento das emissoras de rádio e de televisão, conforme comentado no primeiro capítulo deste trabalho.

⁴¹⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 267.

links para aquisição física ou digital das faixas⁴²⁰, “dados da programação, dados da equipe de produção, história da emissora, *hit parade*, promoções, parceiros comerciais, área para interatividade (via *chat*, *e-mail* etc.)”⁴²¹, entre outros elementos.

Outra diferença do *streaming* em relação à radiodifusão analógica é a questão das limitações geográficas do alcance dos sinais desta última. Explica-se: o alcance da Internet é muito mais amplo do que o de uma transmissão radiofônica, de modo que o conteúdo de um áudio, transformado em dados binários para ser distribuído *online*, por meio de uma tecnologia digital como o *streaming*, pode ser acessado por qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, desde que esta pessoa esteja conectada à rede mundial de computadores. Sendo assim, “a distribuição de conteúdo de áudio pela *Internet* ultrapassa os limites geográficos das transmissões analógicas radiofônicas, permitindo que não aconteça superposição de emissoras e eliminando transmissões com sinais fracos”. Uma consequência disso é a desnecessidade de obtenção de uma licença governamental para transmitir conteúdos *online*, como acontece com a radiodifusão, caracterizando o modelo que ficou conhecido como todos-todos, isto é, qualquer pessoa pode tanto receber mensagens, quanto emitir conteúdos⁴²².

Isso significa que basta uma pessoa para produzir e distribuir conteúdos *online*, necessitando apenas que ela manuseie um computador conectado à rede e os *softwares* utilizados para execução e transmissão de áudio, possibilitando, desta forma, “uma transmissão massiva (para públicos amplos), segmentada (para pequenas audiências) ou personalizada”, diferentemente da transmissão radiofônica que demanda toda uma estrutura e mão-de-obra para realizar a emissão e a recepção dos sinais. Por outro lado, a transmissão digital *online* apresenta uma limitação não verificada na radiodifusão, qual seja, o limite para a distribuição de dados, de acordo com o limite de banda da conexão. Em outras palavras, “quanto maior o número de pessoas acessando, menor a velocidade para acessar o material, diferente da radiodifusão, em que o número de audiência não influi na qualidade da

⁴²⁰ MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 55.

⁴²¹ VAN HAANDEL, Johan Cavalcanti. Webcasting sonoro: noções para a criação de conteúdo em um processo de distribuição de áudio online. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXXIII., 2010, Caxias do Sul. *Anais...* São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2010. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2564-1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016. p. 7.

⁴²² *Ibid.*, p. 2.

informação recebida”⁴²³.

De outra sorte, um aspecto interessante de se comentar a respeito do *streaming* é o fato de que, como não há armazenamento de conteúdo no disco rígido dos dispositivos em que os serviços podem ser acessados – computadores, *tablets*, *smartphones* e até mesmo televisões –, não é necessário que esses aparelhos contem com vasta memória para que os usuários acessem todo o catálogo disponibilizado pelas plataformas. “Basta adicionar o aplicativo no *smartphone*, televisão ou computador que se pode ter acesso ao repertório disponível”⁴²⁴. Nessa perspectiva e, diferentemente do *download*, o *streaming* se vale de uma técnica conhecida como *buffering*, em que “os arquivos são transferidos para o usuário e em seguida são apagados assim que são executados”, ficando os dados armazenados temporariamente na memória RAM do computador, apenas para permitir a execução do conteúdo pelo usuário, sendo removidos⁴²⁵ logo após o consumo⁴²⁶. Desta feita, Maurizio Borghi⁴²⁷ explica o processo de *buffering*, nos seguintes moldes:

In streaming, the digital content can be accessed when there is a connection between the host and the recipient. The streaming begins as soon as the end user clicks on the media player installed in his computer or embedded in the browser. Once it has begun, it is a continuous process of transmitting, receiving and playing by the designated player. For continuous streaming, there should be a proper coordination between the internet connection, which helps in receiving the data, and the processing capacity of the computer. This coordination can be affected due

⁴²³ VAN HAANDEL, Johan Cavalcanti. Webcasting sonoro: noções para a criação de conteúdo em um processo de distribuição de áudio online. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXXIII., 2010, Caxias do Sul. *Anais...* São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2010. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2564-1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016. p. 2.

⁴²⁴ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 20.

⁴²⁵ Nas palavras de Maurizio Borghi: “In buffering, small fragments of the work are successively copied in the volatile memory (RAM) of the computer or of the electronic device, and subsequently erased to be replaced by other fragments”. BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 18.

⁴²⁶ FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7203/Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes_4178765_assignsubmission_file_TCC%20-%20Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 22.

⁴²⁷ BORGHI, Maurizio, op. cit., p. 11-13.

to number of factors, such as the rate at which the computer receives the data from the host (the connection speed), the processing power of the computer (the configuration) or any other problems related to the network. To compensate for variability in data flow, the streaming media player creates automatically a stock of data to be stored in a piece of the volatile memory of the computer, the 'buffer'. The buffer is a sort of a waiting room for data to be read by a media player or by any other application. This operation, known as "buffering", affects all the processes that require continual uninterrupted flow of data, while the speed at which the data can be accessed is subject to fluctuations. These include playing CDs or DVDs, writing data on disks ("burning"), receiving a TV signal from a decoder, broadcasting real-time audio or video over the internet (live streaming), and playing any sort of digital content made available on demand in streaming modality. Buffering is therefore essential for many uses of digital media content, and not only streaming.

(...)

This can be shown by looking more closely at what happens during a streaming session. As seen, buffering is the storage of segments of the data flow that are subsequently replaced by other segments. The volatile memory retains the data only for the time necessary to their processing by the media player or by any other applications. Nowhere, during this process, is anything like a "copy" of the streamed content, or of a part of it, retrievable by users.^{428 429}

⁴²⁸ Tradução livre: "[n]o *streaming*, o conteúdo digital pode ser acessado quando existe uma conexão entre o hospedeiro e o destinatário. O *streaming* começa assim que o usuário final clica no reproduzidor de mídia instalado em seu computador ou embutido no navegador. Uma vez iniciado, trata-se de um processo contínuo de transmissão, recepção e execução pelo reproduzidor designado. Para a continuidade do *streaming*, deve haver uma coordenação adequada entre a conexão à Internet, que ajuda na recepção dos dados, e a capacidade de processamento do computador. Essa coordenação pode ser afetada por inúmeros fatores, como o ritmo em que o computador recebe os dados do hospedeiro (a velocidade de conexão), o poder de processamento do computador (a configuração) ou quaisquer outros problemas relacionados à rede. Para compensar a variabilidade no fluxo de dados, o reproduzidor de mídia do *streaming* cria automaticamente um estoque de dados a ser armazenado em um pedaço da memória volátil do computador, o 'buffer'. O 'buffer' é uma espécie de sala de espera para que os dados sejam lidos pelo reproduzidor de mídia ou por qualquer outro aplicativo. Essa operação, conhecida como 'buffering', afeta todos os processos que demandam fluxo de dados contínuo e ininterrupto, enquanto a velocidade na qual os dados podem ser acessados está sujeita a flutuações. Isso inclui reproduzir CDs ou DVDs, gravar dados em discos ('burning'), receber um sinal de televisão de um decodificador, transmitir áudio ou vídeo em tempo real pela Internet (transmissão ao vivo) e executar qualquer tipo de conteúdo digital colocado à disposição sob demanda na modalidade de *streaming*. O *buffering* é, então, essencial para muitos usos de conteúdos de mídia digital, e não apenas para o *streaming*. (...) Isso pode ser demonstrado olhando mais de perto para o que acontece durante uma sessão de *streaming*. Como visto, o buffering é o armazenamento de segmentos do fluxo de dados que são, subsequentemente, substituídos por outros segmentos. A memória volátil retém os dados apenas pelo tempo necessário para o seu processamento pelo reproduzidor de mídia ou por quaisquer outros aplicativos. Em nenhum lugar, durante esse processo, existe algo como uma 'cópia' do conteúdo transmitido, ou de parte dele, recuperável pelos usuários".

⁴²⁹ Considerando que o *buffering* é uma forma de armazenamento temporário de conteúdo, Maurizio Borghi o diferencia do *caching*, nos seguintes termos: "A cache is a temporary storage location for data that need to be accessed repeatedly and quickly. Typically, cache copies are saved into a hidden folder of the home computer called 'Temporary internet files'. Depending on the settings of the operating system, older data are automatically cancelled to be replaced by fresh ones once the folder is full. In this respect, caching may qualify as temporary storing, although, unlike buffering, it occurs in the permanent memory of the computer. Each web page and each resource which is accessed by the user through the browser is temporarily stored in a cache, in order to be displayed quickly when it is later requested. The same occurs when, for instance, a video is viewed in streaming modality from YouTube or a music file is listened to through Last FM. In these cases, the whole file is stored in the permanent memory of the computer until it is automatically erased according to the computer settings. Although such files are not normally retrievable by users, it is always possible to recover them and to save a copy into a permanent folder, thereby (sic) obtaining the same result as with downloading. Like downloading, caching is not necessary to the functioning of the streaming process; however, it is very likely that it is associated with streaming in the end user's computer". Nessa perspectiva, o autor resume as diferenças entre *buffering*, *caching* e *downloading*: "- Buffering is an act of temporary storage in the temporary memory, and it is inherent to the streaming process. - Caching, as temporary storage in the permanent memory,

De outra sorte, na prática, o *streaming* pode assumir diferentes formas de disponibilização dos conteúdos de áudio e vídeo, proporcionando, por via de consequência, diferentes experiências de acesso aos usuários. Nesses termos, conforme acentua Matt Jackson, as transmissões pela Internet ou *webcasts* podem ser executados sob demanda (*on demand*), quando o usuário seleciona, a seu critério, um programa já armazenado em um servidor; ou, de outra sorte, a programação pode ser executada continuamente, seja ao vivo ou no formato de uma transmissão pré-gravada – de maneira similar a uma transmissão de rádio analógica – e o usuário só consegue iniciar o acesso em um momento aleatório de aludida programação⁴³⁰. Outras denominações também utilizadas pelo mercado de música para essas modalidades comentadas são o *streaming* interativo, para os casos sob demanda, porque o usuário acessa cada música individualmente, de forma randômica e assíncrona, sendo que “a transmissão de uma obra musical específica inicia-se quando o usuário determina”; e o *streaming* não interativo para a última hipótese comentada anteriormente, em que o usuário acessa em um momento aleatório da programação transmitida continuamente, modelo adotado pelas rádios *online* ou web-rádios. Estas, por sua vez, “podem também consistir em um único canal (aproximando-se assim da rádio tradicional típica) ou em um conjunto de canais”⁴³¹.

Conforme destacado por Maurizio Borghi, embora o processo de transmissão em si seja bastante similar em ambas as modalidades de *streaming* comentadas, o início dessa transmissão é bem diferente. Explica-se: no caso do *streaming* interativo, os dados ficam armazenadas em um servidor central, de onde a transmissão se inicia, de acordo com a demanda de cada usuário. Diferentemente, no caso do *streaming* não interativo ao vivo, o

is ancillary or subsidiary to streaming, in the sense that it is not part of the streaming process but is commonly associated to it for technical or practical reasons. - Finally, *downloading*, as permanent storage in the permanent memory, is totally unrelated to streaming, as it is only subsequent and unnecessary to the streaming process”. BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 12-13.

⁴³⁰ JACKSON, Matt. From broadcast to webcast: Copyright Law and streaming media. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Austin, v. 11, n. 3, p. 447-482, 2003, p. 450.

⁴³¹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 267-268.

sinal é captado de uma fonte, processado enquanto um sinal digital e, posteriormente, transmitido de forma simultânea para uma multiplicidade de usuários que, por sua vez, só conseguem acessar o conteúdo no momento em que ele está sendo disponibilizado no *website* ou na plataforma. Em outras palavras, o autor esclarece que a maneira com que o conteúdo é comunicado ao público diverge de uma modalidade para a outra⁴³².

Ademais, não se pode deixar de mencionar também que a interatividade dos serviços não está apenas relacionada à possibilidade de escolher a música que se quer ouvir ou o filme que se quer assistir, no momento em que o usuário deseja ouvir/assistir. A interatividade também está ligada à questão da interação entre os usuários por meio da plataforma⁴³³, bem como à possibilidade de estes organizarem os conteúdos em listas, sejam de músicas, sejam de filmes e séries⁴³⁴. As *playlists*, então, assumem um protagonismo nos serviços de *streaming*⁴³⁵.

Outra maneira de se classificar os serviços de *streaming* está relacionada à fonte original dos conteúdos e isso principalmente no mercado musical. Nessa perspectiva, o *streaming* pode assumir a forma de uma transmissão simultânea da programação da rádio analógica (radiodifusão ou via satélite), só que por meio da Internet, o que Matt Jackson

⁴³² No original: “While the process of transmission is similar in both live and on-demand streaming, initiation of the transmission is significantly different. In on-demand streaming, data are stored on a central server from where the transmission is initiated upon a user’s request. In live streaming, data are captured from a source, processed to a digital signal and transmitted to multiple users at the same time. Users can access the transmission only when it is delivered by the website. As a consequence, on-demand and live streaming involve different sets of rights, since the way of communicating the content to the public is different”. BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=53609109111808601403002800102708108504200003001506802709209512407407108709108401102700210301702206103100409201006506411002410602204208903303510611106911009906411900700802208508601212706607501202900008911209802411506609807007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 4.

⁴³³ Nessa perspectiva, destacam Marcelo Kischinhevsky, Eduardo Vicente e Leonardo de Marchi o seguinte: “[n]a medida em que o usuário vai selecionando os arquivos que escuta, essas escolhas são publicadas em seus perfis no programa e/ou em outras mídias sociais, com o objetivo de que seus pares possam ser informados sobre o que ele ou ela está ouvindo e, possivelmente, desfrutarem daquele conteúdo na plataforma. É importante notar que, agindo dessa forma, a tradicional experiência de escuta solitária cede espaço a uma experiência de consumo coletiva e colaborativa, na qual o engajamento nos serviços é fundamental para o funcionamento de todo o sistema, fazendo do internauta um interagente”. KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 305.

⁴³⁴ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 20.

⁴³⁵ KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de, op. cit., p. 304.

chama de “retransmissão de rádio” (“*radio retransmission*” – RR) para se referir a essa modalidade no campo musical, ou também conhecida como *simulcasting*, termo consagrado na doutrina e jurisprudência nacionais. De outra sorte, o *streaming* ainda pode se referir a uma programação disponível apenas na Internet, o que Jackson⁴³⁶ chama de “*an Internet-only (IO) transmission*”⁴³⁷.

Outra caracterização muito comum no mercado de música digital está relacionada às opções de registro oferecidas pelas plataformas aos usuários. Explica-se: geralmente, as plataformas de *streaming* de música possibilitam o acesso a seus catálogos de duas maneiras: (a) a primeira delas é a modalidade gratuita ou *freemium*, mais comumente referida pela indústria como *ad-supported*⁴³⁸, por não cobrar nenhuma mensalidade do usuário, remunerando-se por meio da publicidade negociada e transmitida entre as faixas musicais; (b) a segunda é o *streaming* por assinatura (*subscription*) ou também conhecido como *premium*, em que o usuário paga pelo acesso ao catálogo, ficando livre da publicidade⁴³⁹.

Além da publicidade, a modalidade gratuita também é acompanhada de uma interatividade mais limitada, se comparada com a assinatura paga, ao manter, por exemplo, limites de *skips*, que nada mais são do que as possibilidades de passar adiante ou “pular” uma música da lista escolhida. É muito comum também que as plataformas ofereçam um período de teste gratuito do serviço por assinatura (*premium*), tudo isso com o objetivo de convencer os usuários do modelo *freemium* a aderirem ao serviço pago, para ter acesso às funcionalidades avançadas comentadas anteriormente, como a falta de publicidade interrompendo a programação e a possibilidade de “pular” músicas quantas vezes quiser⁴⁴⁰.

Ademais, é interessante mencionar que “as plataformas têm oferecido a possibilidade de escuta *offline* das músicas”, ao admitir que o usuário armazene em seu

⁴³⁶ JACKSON, Matt. From broadcast to webcast: Copyright Law and streaming media. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Austin, v. 11, n. 3, p. 447-482, 2003. p. 450.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 450.

⁴³⁸ Conforme explica Mariana Giorgetti Valente, “o termo ‘gratuito’, que usamos aqui, tem como foco a figura do usuário, enquanto a ideia de *ad-supported* foca na plataforma, que no fim das contas é quem repassa a receita relativa a *royalties* às gravadoras. A palavra ‘gratuito’ provavelmente é evitada, também, na tentativa de eliminar a referência ao consumo de música ‘pirata’, que, embora reconhecido como um problema atual, tem sido tratado pela indústria como algo ‘futuramente do passado’”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 268-269.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 268-269 e 282.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 282.

hardware conteúdos que deseja acessar sem estar conectado com a Internet. Não se trata propriamente de um *download* comum, tendo em vista que os arquivos armazenados só conseguem ser executados no próprio aplicativo do serviço, o que vincula essa funcionalidade a um aparelho móvel, como um celular ou um *tablet*. Conforme explica Mariana Giorgetti Valente⁴⁴¹:

A plataforma que oferece isso é conhecida por *duo delivery*, e a modalidade tem sido chamada de diferentes nomes: *streaming offline*, *download ilimitado* ou *cache download*. O modelo é diferente do que passou a ser conhecido como *download condicional*, no qual pagava-se uma mensalidade e descarregavam-se as músicas. Os arquivos passavam a ser do usuário, mas eram protegidos por DRM – e só se conseguia escutar enquanto se estava pagando pelo serviço. Depois disso, a trava tecnológica desativava o arquivo. No modelo atual, o arquivo tem uma licença pra rodar – depois de um tempo sem acessar a plataforma, a licença expira. Seria um “empréstimo” do arquivo.

Isso demonstra que, ao menos no mercado de *streaming* de música, a despeito de o serviço ser oferecido também para execução em computadores, seu foco é o acesso via aparelhos móveis, de forma que a adesão de usuários está diretamente vinculada ao uso de *smartphones*, aparelhos cada vez mais populares no mercado, conforme já comentado em tópicos anteriores. Nessa perspectiva, ainda que as plataformas ofereçam essa possibilidade de escuta *offline* de músicas, não há que se olvidar da importância de bons planos de conexão móvel para um melhor e mais amplo acesso às plataformas, onde o usuário estiver⁴⁴², o que demonstra a relevância da evolução das tecnologias de banda larga móvel 3G e 4G, para o desenvolvimento e a expansão desses tipos de serviços.

Feitas essas breves considerações a respeito das características e modalidades assumidas pela tecnologia do *streaming*, passa-se, no tópico subsequente, a analisar o seu histórico, a fim de melhor compreender a posição ocupada pelas plataformas no atual cenário informacional, com o intuito de embasar os estudos jurídicos sobre o assunto.

3.2.2 Breve histórico e algumas das principais plataformas

Conforme comentado no primeiro capítulo deste trabalho, o final da década de 1990 e início dos anos 2000 marcou uma grande expansão dos sistemas P2P, bem como um

⁴⁴¹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 283.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 287.

crescimento no compartilhamento ilegal de conteúdos protegidos, o que levou a uma série de processos contra as empresas que ofereciam esse tipo de serviços. Nesse mesmo período, como uma decorrência natural da popularização do formato MP3 e da facilitação no acesso a inúmeros títulos, ainda que pelo compartilhamento, muitas vezes, ilegal de músicas, os aparelhos reprodutores de música digital (*MP3 players*) ganharam cada vez mais espaço no mercado.

Com a derrota da RIAA no processo ajuizado contra a Diamond Multimedia, restando configurada a inexistência de ilegalidade no uso do *Rio Player*, a Apple, em 2001, resolve lançar o seu próprio *MP3 player*, da marca iPod, um aparelho de música portátil, contendo cinco *gigabytes* de armazenamento, capacidade que comportava, à época, cerca de mil músicas. De acordo com o que relata Rodrigo Moraes Ferreira, a despeito de o iPod conter um adesivo alertando os consumidores para não piratearem música (“*Don’t steal music*” – “Não roube música”), na prática, o dispositivo não contava com nenhum mecanismo de bloqueio a conteúdos não autorizados, o que acabou contribuindo para o sucesso de aludido produto⁴⁴³.

Ocorre que esse cenário de crescente demanda não apenas pela abundância, como também pelo consumo isolado de títulos, somado à popularização dos aparelhos reprodutores de música digital ocasionou uma primeira solução aos desafios enfrentados pela indústria fonográfica com o aumento da pirataria no início do milênio: a venda direta de música digital. É interessante notar que o primeiro impulso nesse sentido surge fora do tradicional mercado musical e parte de empresas não pertencentes ao portfólio das grandes gravadoras⁴⁴⁴, como é o caso da Apple, com o lançamento do *iTunes Music Store*, em 28 de abril de 2003, primeira experiência de venda de *downloads* de músicas⁴⁴⁵. O modelo de negócios praticado consistia na negociação dessas empresas especializadas como a Apple, com as grandes gravadoras, objetivando a digitalização das músicas e a criação de acervos e

⁴⁴³ Conclui, ainda, Rodrigo Moraes Ferreira: “[p]ode-se dizer, portanto, que, assim como Karlheinz Brandenburg, inventor do formato MP3, se beneficiou com a pirataria *on-line*, pois esta popularizou o MP3 e, conseqüentemente, aumentou o licenciamento dessa patente de compressão de áudio, Steve Jobs também foi beneficiado, pois a enorme vendagem de iPod deveu-se também ao desejo de consumidores de ouvirem músicas baixadas ilegalmente em redes P2P. Tanto Brandenburg quanto Jobs sempre tiveram um discurso contra a violação de direitos autorais, mas foram beneficiados economicamente por ela. Isto é um fato”. FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 264.

⁴⁴⁴ CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 206.

⁴⁴⁵ FERREIRA, Rodrigo Moraes, op. cit., p. 264 e 327.

ambientes *online* para venda direta das músicas para os consumidores, tendo como contrapartida às gravadoras o pagamento de *royalties* de direitos autorais, isto é, uma parcela dos lucros auferidos com as vendas⁴⁴⁶.

O modelo de venda digital de música inaugurado pela Apple foi um sucesso, tendo a *iTunes Store* vendido um milhão de músicas nos seis primeiros dias após o seu lançamento e atingindo a marca de setenta milhões de músicas só no primeiro ano. No entanto, Rodrigo Moraes Ferreira registra que esse sucesso do iTunes aponta no sentido contrário ao entendimento de que a Internet geraria uma desintermediação no mercado fonográfico, identificando, já nesse primeiro momento, uma tendência à reintermediação. Ademais, o autor também comenta que, a despeito das elevadas vendas pela Apple ainda no primeiro ano de lançamento do iTunes, isso pouco representou em termos de receitas para a indústria fonográfica, totalizando apenas 1% (um por cento) da receita da Universal, naquele momento⁴⁴⁷.

Relata-se, outrossim, que o sucesso do iTunes se potencializa com o lançamento do *iPhone* em 2007. Nessa perspectiva, a partir de 2006, a telefonia móvel assume um papel de importância nesse mercado de serviços de assinaturas de *downloads* musicais, passando a representar a maior parcela do mercado de música *online*, considerando que as vendas que alcançaram 0,4 bilhão de dólares em 2004, atingem 2,9 bilhões em 2007. Esse cenário de reestruturação da indústria enfrenta, então, dois momentos. O primeiro deles, correspondente ao período entre a segunda metade da década de 1990 e a primeira metade da década de 2000, é caracterizado por uma oposição entre os interesses das gravadoras e os dos fabricantes de aparelhos reprodutores de música digital (como o *iPod*), tendo em vista que estes fabricantes se beneficiavam bastante do livre compartilhamento de músicas nas redes, alavancando as suas vendas, conforme já comentado anteriormente. A partir do lançamento do iTunes e de outros serviços de distribuição digital de música, operados pelas empresas de telefonia, especialmente na segunda metade dos anos 2000, ocorre uma reconfiguração de aludidos interesses, que passam a se alinhar, ocasionando nas negociações entre essas empresas e as gravadoras⁴⁴⁸. A venda digital de música é a primeira reação positiva da

⁴⁴⁶ CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 206.

⁴⁴⁷ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 265-266.

⁴⁴⁸ VICENTE, Eduardo. Indústria da música ou indústria do disco? A questão dos suportes e de sua desmaterialização no meio musical. *RuMoRes*, v. 6, n. 12, p. 194-213, 2 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/Rumores/article/view/55300/58927>>. Acesso em: 09 ago. 2018. p. 209.

indústria fonográfica no sentido de buscar se inserir em um mercado proporcionado pelo advento das tecnologias digitais.

É interessante notar que esse mercado de música em telefonia móvel não demorou para chegar no Brasil. Já em 2007, o país contava com projetos de licenciamento de música para *download* em celulares, especialmente, em decorrência da parceria firmada entre o grupo América Móvel e a empresa brasileira iMusica, objetivando a criação de uma loja de *downloads* para celulares que alcançasse o mercado de dezessete países da América Latina. O resultado dessa parceria foi que, entre 2007 e 2008, todas as empresas de telecomunicações no Brasil que ofereciam o serviço de telefonia móvel, já contavam também com esse serviço de *downloads* de músicas. Operadoras como a Tim, a Vivo e a Oi chegaram a desenvolver “plataformas próprias, comprando conteúdo licenciado do iMusica. A Claro, por sua vez, comprava do iMusica o serviço completo, incluindo a plataforma – que abriu, em 2007, com um oferecimento de 100 mil músicas”⁴⁴⁹.

A despeito dos valores altos praticados à época, por causa da alta tributação dos serviços de telefonia móvel e das exigências das gravadoras, em que uma música custava, no Brasil, cerca de R\$ 3,99 (três reais e noventa e nove centavos) a R\$ 4,99 (quatro reais e noventa e nove centavos) – principalmente se comparado com o mercado internacional, tendo em vista que o iTunes já vendia música por US\$ 0,99 (noventa e nove centavos de dólar) –, esse mercado foi um sucesso no país, provavelmente devido à possibilidade de pagamento das músicas baixadas junto com a conta de celular, ou pelas mesmas vias de aquisição dos cartões pré-pagos, não exigindo do usuário o uso de um cartão de crédito necessariamente. Ademais, “[a] música baixada no celular podia ser utilizada tanto para escuta quanto como toque de chamada”⁴⁵⁰.

De outra sorte, paralelamente a esse mercado de venda de música digital, desenvolvia-se um outro modelo de negócios: o *streaming*. As origens dessa tecnologia remontam à metade da década de 1990, quando a empresa Progressive Networks – tendo seu nome alterado para RealNetworks em 1997, sobre o qual ficou mais conhecida – lança, em abril de 1995, o RealAudio 1.0, uma plataforma de *streaming* só de áudio. Dan Rayburn comenta que, a despeito de o RealAudio ser considerado a referência dos primórdios dessa

⁴⁴⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 291.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 291.

tecnologia, muitas eram as empresas que já investiam no seu desenvolvimento na década de 1990, dentre as quais a Xing, VDOnet, VXtreme e, inclusive, a Microsoft que foi uma grande competidora da Progressive Networks ao longo de aludida década⁴⁵¹.

Rayburn relata que pouco depois do lançamento do RealAudio, a Xing lançou sua própria plataforma, conhecida como StreamWorks, que suportava o fluxo não apenas áudio, mas de vídeo também. Na opinião do autor, o crédito de inauguração desse novo modelo de negócio não pode ser atribuído a apenas uma empresa, considerando que várias companhias investiram no desenvolvimento dessa tecnologia. Nessa perspectiva, destaca-se que não se sabe ao certo quando ocorreu a primeira transmissão na Internet via *streaming*, mas muitos consideram um marco a transmissão de uma partida de baseball entre os times Mariners e Yankees, pela Progressive Networks, em 05 de setembro de 1995. Por esse motivo, a empresa acaba recebendo o crédito como a primeira companhia responsável pela ampla adoção do *streaming* de áudio e vídeo, negociando com produtores de conteúdos e consumidores, desde 1995⁴⁵².

Em 1996, a Progressive Networks lançou a terceira versão do RealAudio, transmitindo o *single* da cantora Sheryl Crow “*If It Makes You Happy*”, inaugurando a era do *streaming* de música de boa qualidade. 1996 também foi o ano em que a Microsoft entrou em aludido mercado, lançando a primeira versão da sua própria plataforma, que ficou conhecida como NetShow, tornando-se, em pouco tempo, uma grande competidora da Progressive Networks. Em 1997, por sua vez, a Progressive Networks, já com a denominação de RealNetworks, inaugura a quarta versão da sua plataforma, estreando, naquela oportunidade, o RealVideo. Finalmente, em 1999, a tecnologia começa a se tornar efetivamente popular, quando em 5 de fevereiro, a Victoria’s Secret faz uma transmissão *online* ao vivo do seu desfile anual de moda que, apesar de ainda baixa qualidade da imagem, atingiu milhões de espectadores⁴⁵³.

Os anos 2000 vão marcar, finalmente, a expansão e o crescimento das plataformas de serviços de *streaming*, ocasião em que muitas empresas alcançam esse mercado. Nessa medida, em janeiro de 2002, a Last.fm surge como um serviço de rádio *online* e, ao mesmo tempo, lança uma plataforma que grava trechos das faixas ouvidas pelos

⁴⁵¹ RAYBURN, Dan. *The early history of the streaming media industry and the battle between Microsoft and RealNetworks*. Artigo disponibilizado na plataforma “Seeking Alpha” em 09 mar. 2016. Disponível em: <<https://seekingalpha.com/article/3957046-early-history-streaming-media-industry-battle-microsoft-realnetworks>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ Ibid.

usuários e, com base nisso, recomenda músicas que se enquadrem no perfil musical de cada um deles. A plataforma também era capaz de recomendar artistas que se assemelhassem aos artistas favoritos de cada usuário, além de oferecer recursos de interação social entre eles⁴⁵⁴. No entanto, o serviço de rádio era descontinuado e, com o passar do tempo, acabou se tornando obsoleto se comparado com outras plataformas que foram surgindo, o que ocasionou perdas financeiras por parte da empresa, motivo pelo qual, a partir de 2014, ela passou a investir somente na sua principal funcionalidade, qual seja, o manuseio de dados para criar históricos de músicas dos usuários⁴⁵⁵.

Nessa perspectiva, o *streaming* ganha força efetivamente com o lançamento da plataforma Pandora, em 2005⁴⁵⁶, como uma estratégia de *rebranding* do *Music Genome Project*, um projeto que consistia basicamente em analisar e mapear as estruturas musicais presentes nas faixas ouvidas pelos usuários, com o intuito de sugerir outras músicas que possuíssem traços similares⁴⁵⁷. O objetivo da plataforma é utilizar algoritmos e um complexo programa de classificação de músicas para criar estações de rádio personalizadas, baseadas nas preferências musicais dos ouvintes⁴⁵⁸. Já nesse momento, a Pandora lança as bases do modelo “*freemium*”, em que os usuários poderiam ouvir música gratuitamente, com a inserção de anúncios publicitários entre as faixas, ou poderiam pagar dez dólares para o uso do serviço ininterrupto, sem publicidade⁴⁵⁹.

Em 2007, é criado na França, por Daniel Marhely, de apenas 23 (vinte e três) anos de idade à época, o primeiro serviço de *streaming* que foi capaz de negociar com selos

⁴⁵⁴ GIL, Lauren. *History of music streaming*. Disponível em: <<https://www.sutori.com/story/history-of-music-streaming--zqSr2qQSUWhuDsXbmAUxfi6Y>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁴⁵⁵ BETTS, Andy. *Remember Last.fm? A fresh look at the redesigned music service*. Site Make Use Of, 08 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.makeuseof.com/tag/remember-last-fm-look-redesigned-music-service/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

⁴⁵⁶ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 20.

⁴⁵⁷ “Pandora has no concept of genre, user connections or ratings. It doesn't care what other people who like Gomez also like. When you create a radio station on Pandora, it uses a pretty radical approach to delivering your personalized selections: Having analyzed the musical structures present in the songs you like, it plays other songs that possess similar musical traits. Pandora relies on a Music Genome that consists of **400 musical attributes** covering the qualities of melody, harmony, rhythm, form, composition and lyrics. It's a project that began in January 2000 and took 30 experts in music theory five years to complete. The Genome is based on an intricate analysis by actual humans (about 20 to 30 minutes per four-minute song) of the music of 10,000 artists from the past 100 years. The analysis of new music continues every day since Pandora's online launch in August 2005” (grifos no original). LAYTON, Julia. *How Pandora Radio works*. Site How Stuff Works, 23 maio 2006. Disponível em: <<https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/pandora.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

⁴⁵⁸ GIL, Lauren, op. cit.

⁴⁵⁹ GIL, Lauren, op. cit.

e artistas, legalizando os direitos autorais das músicas nele disponibilizadas: o Deezer. Primeiramente como um serviço apenas na modalidade gratuita, em 2009, o Deezer consegue licenciar os catálogos de todas as *majors* do mercado da música, além de mais de 1000 (um mil) selos independentes⁴⁶⁰, lançando, na ocasião, seu primeiro plano pago. Presente em mais de 180 (cento e oitenta) países do mundo, o serviço conta com cerca de 56 (cinquenta e seis) milhões de faixas e 14 (catorze) milhões de usuários ativos, dentre os quais 8 (oito) milhões são pagantes, tendo como foco de investimentos os nichos de mercado, de modo a valorizar as culturas locais, sendo, desta forma, a plataforma mais usada na Europa. A despeito da sua criação em 2007, o Deezer chega ao Brasil apenas em 2013, mas já conta com parcerias com *sites* e serviços de telefonia no país, tendo a sua atuação crescido tanto ao longo dos anos, ao ponto de alçar o Brasil como o segundo maior mercado global do serviço, cujos investimentos apostam em gêneros como sertanejo, gospel e funk⁴⁶¹. O serviço na modalidade *premium* é oferecido, atualmente, no Brasil, pelo valor de R\$ 16,90 (dezesesseis reais e noventa centavos) por mês, e ainda conta com um plano familiar que permite o acesso a 6 (seis) usuários, pelo montante de R\$ 26,90 (vinte e seis reais e noventa centavos) por mês, isso sem deixar de mencionar o oferecimento de 3 (três) meses grátis de teste⁴⁶².

De outra sorte, em outubro de 2008, é lançado o Spotify, um serviço sueco de *streaming* de música por demanda, que conta com a modalidade gratuita, contendo publicidade entre as faixas de música e uma qualidade inferior de áudio; e com os serviços pagos, em que a qualidade do áudio é melhor, além de não apresentar publicidade. A plataforma chegou ao Brasil somente em janeiro de 2014 e, atualmente, está disponível em mais de 70 (setenta) países, contando com 232 (duzentos e trinta e dois) milhões de usuários ativos, dentre os quais 108 (cento e oito) milhões são assinantes do serviço pago. Um dos

⁴⁶⁰ Conforme acentua Mariana Valente, “[*m*]ajor é o nome dado a qualquer uma das grandes corporações multinacionais da indústria da música. São elas a Universal Music Group (UMG), a Warner Music Group (WMG) e a Sony Music Entertainment (CBS Records até Janeiro de 1991)”. Ademais, a autora também explica que “[o] conceito de artista, selo ou gravadora independente costuma ser pensado em oposição às *majors*, ou seja, é independente quem não é ou não está vinculado a uma *major*”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 344-345.

⁴⁶¹ Informações obtidas das seguintes fontes: CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 209. FERNANDES, Daniela. Com gostos regionais, Deezer cresce no Brasil. *Valor Econômico*, [Online], 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/06/14/com-gostos-regionais-deezer-cresce-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 27 ago. 2019. DEEZER. *Nossa história*. Disponível em: <<https://www.deezer.com/br/company/press>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁴⁶² DEEZER. *Planos*. Disponível em: <<https://www.deezer.com/br/offers>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

maiores e mais populares serviços de *streaming* do mundo, o Spotify possibilita a criação de *playlists* pelos usuários, além daquelas geradas pela própria plataforma, isso sem deixar de mencionar que ele apresenta novidades do cenário musical aos seus usuários, informando sobre lançamento de músicas e álbuns, bem como novas *playlists*⁴⁶³. Os valores ofertados no Brasil para os planos *premium* individual e familiar são os mesmos do Deezer, também com os 3 (três) meses de teste gratuito, com o diferencial de que o Spotify oferece um plano Duo, para apenas 2 (dois) usuários, por um valor de R\$ 21,90 (vinte e um reais e noventa centavos) por mês⁴⁶⁴.

Dentre as grandes plataformas de *streaming* conhecidas mundialmente, duas delas são lançadas apenas em 2015. A primeira delas é a Apple Music, cujos serviços são oferecidos pela empresa Apple Inc. Embora esta tenha sido uma das pioneiras na venda de música digital, com a criação do iTunes, a Apple demorou a lançar seu serviço de *streaming*, o que aconteceu somente em junho de 2015. Ofertando apenas a modalidade paga, mas com a possibilidade de degustação por três meses, a plataforma possui um catálogo de 50 (cinquenta) milhões de músicas, está disponível em mais de 100 (cem) países, incluindo o Brasil, e já alcançou a cifra de 60 (sessenta) milhões de assinantes, dentre aqueles que ainda se encontram na fase de teste grátis e os que já pagam pelo serviço, tendo, inclusive, ultrapassado o número de usuários pagos do Spotify nos Estados Unidos⁴⁶⁵. A plataforma

⁴⁶³ Informações obtidas das seguintes fontes: CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 209. GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 5-7. OLIVEIRA, Carol. Spotify ganha 8 milhões de assinantes – parte graças aos podcasts. *Revista Exame*, [Online], 31 jul. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/spotify-ganha-8-milhoes-de-assinantes-parte-gracas-aos-podcasts/>>. Acesso em: 27 ago. 2019. SPOTIFY. *Onde o Spotify está disponível?* Disponível em: <https://support.spotify.com/br/using_spotify/the_basics/full-list-of-territories-where-spotify-is-available/>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁴⁶⁴ SPOTIFY. *Premium*. Disponível em: <https://promo.spotify.com/br/store-4/?checkout=false&utm_expid=.7bg_-n4qSvyqPNKWQ7ozfA.4&utm_referrer=>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁶⁵ Informações obtidas das seguintes fontes: CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 209. FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7203/Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes_4178765_assignsubmission_file_TCC%20-%20Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 23-24. KLEINA, Nilton. *Apple Music chega a 60 milhões de assinantes em todo o mundo*. Site Tecmundo, 01 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/143248-apple-music-chega-60-milhoes-assinantes-mundo.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019. APPLE. *Apple Music*. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/apple-music/>>. Acesso em: 29 ago. 2019. APPLE. *Disponibilidade*

abarca “um modelo híbrido oferecendo download, streaming por assinatura e rádio, e que pode ser instalado também em aparelhos que não rodem sistema operacional Apple”⁴⁶⁶. Atualmente, o valor do plano individual no Brasil é o mesmo das demais plataformas já comentadas e o plano familiar é um pouco mais barato, sendo oferecido pelo montante de R\$ 24,90 (vinte e quatro reais e noventa centavos) por mês⁴⁶⁷.

Em 2015, aconteceu também o grande evento de lançamento do Tidal, sob a iniciativa do cantor Jay-Z, cujos proprietários da plataforma incluem outros artistas como Alicia Keys, Beyoncé, Calvin Harris, Claudia Leitte, Clifford “T.I.” Harris, Coldplay, Daft Punk, Jack White, Jason Aldean, J. Cole, Kanye West, Madonna, Nicki Minaj, Rihanna, Damian Marley, Indochine, Lil Wayne, Usher, entre outros. Trata-se de um projeto concebido por artistas, com o intuito de combater as baixas remunerações repassadas por outros serviços de *streaming*, ao estabelecer percentuais de repasses mais altos para compositores, intérpretes e executantes, além da maior transparência do *site* a respeito destes dados. Nessa perspectiva, a plataforma oferece apenas serviços pagos e já conta com mais de 60 (sessenta) milhões de músicas, mais de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) vídeos de alta qualidade, dentre os quais estão inseridos alguns conteúdos exclusivos – uma decorrência da sua constituição por uma classe artística –, estando disponível em 53 (cinquenta e três) países⁴⁶⁸. No Brasil, o plano individual é oferecido por R\$ 16,90 (dezesesseis reais e noventa centavos) e o familiar, possibilitando o acesso por 5 (cinco) usuários, por R\$ 25,35 (vinte e cinco reais e trinta e cinco centavos) por mês⁴⁶⁹.

Em meio a essas plataformas de *streaming* focadas na disponibilização de conteúdos musicais, especialmente para equipamentos móveis, surge um modelo diversificado de plataforma interativa, oferecendo serviços bastante *sui generis*: o YouTube. Lançado em 2005 e adquirido pelo Google em outubro de 2006, o YouTube oferece conteúdo gratuito, baseado em vídeos, e não apenas em áudio, sendo concebido,

dos Serviços de Mídia da Apple. Disponível em: <<https://support.apple.com/pt-br/HT204411>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁴⁶⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 280.

⁴⁶⁷ APPLE. *Apple Music*. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/apple-music/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁴⁶⁸ Informações obtidas das seguintes fontes: CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 209. TIDAL. *What is TIDAL?* Disponível em: <<https://tidal.com/whatistidal>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁴⁶⁹ TIDAL. *Tipos de assinaturas*. Disponível em: <<https://support.tidal.com/hc/pt-br/articles/115003662825-Tipos-de-assinaturas>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

inicialmente, para funcionar como um repositório de vídeos caseiros. A partir da compra do YouTube pelo Google, a plataforma se desenvolve e cresce rapidamente, passando “a ser utilizada também como meio de distribuição de conteúdo da indústria de música e vídeo, e depois para veiculação de material produzido especificamente para ela”. Trata-se, portanto, de uma plataforma que agrega produção amadora e consumo criativo⁴⁷⁰.

Cumprе ressaltar que, ao longo do tempo, o YouTube desenvolveu duas importantes estratégias de negócio que contribuíram para uma gradual diminuição da desconfiança em relação aos seus usos como potenciais violadores de direitos autorais: a primeira delas é a monetização dos seus vídeos, de modo que a receita auferida com a publicidade veiculada passou a ser dividida entre a plataforma e os detentores de conteúdos; a segunda foi o desenvolvimento de “sistemas automatizados de controle de direitos autorais”⁴⁷¹, cujo investimento originou, desde 2007, em um sistema que identificasse conteúdos protegidos por direitos autorais, que ficou conhecido como *Content ID*. Por meio desse sistema, os proprietários exclusivos de conteúdos firmam uma parceria com o YouTube que consiste, em um primeiro momento, na entrega do seu material para compor um banco de dados, sobre o qual a plataforma mantém um controle e consegue detectar de modo automático se aquele material está sendo utilizado em outros vídeos que não os do seu titular⁴⁷². A partir dessa parceria, três são as opções ofertadas pela plataforma ao proprietário do conteúdo utilizado por terceiros: (1) bloquear a visualização do vídeo inteiro; (2) gerar receita a partir da veiculação de anúncios e, em alguns casos, ao compartilhar lucros com o usuário que utilizou o conteúdo; e (3) rastrear as estatísticas de visualização do vídeo⁴⁷³. Conforme demonstrado, o sistema do *Content ID*, além de contribuir para o controle dos usos não autorizados de conteúdos de terceiros, também viabilizou uma forma de regularização e monetização dos mesmos.

Em 2014, o YouTube lança um primeiro projeto de serviço por assinatura de

⁴⁷⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 274-275.

⁴⁷¹ Ibid., p. 275.

⁴⁷² VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 320.

⁴⁷³ YOUTUBE. *Como funciona o Content ID*. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

conteúdo musical, o Music Key, inaugurado nos Estados Unidos e em outros seis países europeus. Em outubro do ano seguinte, o Music Key é substituído pelo YouTube Red, sendo este disponível apenas nos Estados Unidos, também como uma modalidade paga, que incluía não apenas músicas, mas todo o conteúdo audiovisual da plataforma⁴⁷⁴. Além de disponibilizar esse conteúdo livre de publicidade, o YouTube Red permitia que os usuários salvassem os vídeos para assistir *offline*, isso sem deixar de mencionar a possibilidade de reprodução dos mesmos em plano de fundo, viabilizando que os usuários manuseassem outras funções do *smartphone* ou do *tablet*, enquanto o vídeo era reproduzido⁴⁷⁵.

Em 2018, o Google confirmou a chegada de dois novos produtos no mercado: o YouTube Music, que nada mais é do que a versão apenas musical do YouTube Red, renovada em 2018, com a proposta de substituição do Google Play Music – serviço de música lançado em 2011, a princípio com apenas uma versão paga e posteriormente, em 2015, com a modalidade gratuita, incluindo publicidade –; e o YouTube Premium, que é o novo nome conferido ao YouTube Red, a versão paga da plataforma de vídeos. Nessa perspectiva, o YouTube Music surge como um competidor de serviços como Spotify e Deezer, nas modalidades gratuita com publicidade e paga, contando com milhares de músicas, álbuns oficiais, serviços de rádio, catálogos de remixes, performances ao vivo e vídeos musicais exclusivos, além de possibilitar a busca de músicas através da descrição das mesmas e não necessariamente apenas pelo nome. Por sua vez, o YouTube Premium oferece acesso irrestrito a todos os serviços da plataforma, incluindo o YouTube Music, além de conteúdos audiovisuais exclusivos, como filmes e séries originais. Ressalta-se, outrossim, que, no final de setembro de 2018, ambos os serviços já estavam disponíveis no Brasil⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 278.

⁴⁷⁵ HIGA, Paulo. *YouTube Red: o plano pago do YouTube, com vídeos offline e livre de propagandas*. Site Tecnoblog, 2015. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/186824/youtube-red-video-offline-propagandas/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁴⁷⁶ Informações obtidas das seguintes fontes: CIRIACO, Douglas. *Novos YouTube Music e YouTube Premium são oficialmente anunciados*. Site Tecmundo, 17 maio 2018. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/130349-youtube-music-youtube-premium-oficialmente-anunciados.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2019. CASEY, Henry T. *YouTube Music and YouTube Premium, Explained*. Site Tom's guide, 08 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.tomsguide.com/us/youtube-music-youtube-premium-faq,news-27226.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019. TECHTUDO. *Google Music*. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/google-music.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019. KURTZ, João. *Google Play Music, rival do Spotify, lança versão grátis com anúncios*. Site Techtudo, 23 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/06/google-play-music-rival-do-spotify-lanca-versao-gratis-com-anuncios.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019. ARRUDA, Wellington. *YouTube Music e Premium chegam ao Brasil por a partir de R\$ 16,90*. Site Canaltech, 23 set. 2018. Disponível em:

Atualmente, o YouTube Music conta com um plano de assinatura individual de R\$ 16,90 (dezesseis reais e noventa centavos) por mês e um familiar, para 6 (seis) usuários, por R\$ 25,50 (vinte e cinco reais e cinquenta centavos) mensais⁴⁷⁷. Por sua vez, os valores do YouTube Premium são R\$ 20,90 (vinte reais e noventa centavos) para a assinatura individual e R\$ 31,90 (trinta e um reais e noventa centavos) para a assinatura familiar⁴⁷⁸.

De outra sorte, não se pode deixar de mencionar que o *streaming* vem ganhando cada vez mais espaço no mercado audiovisual, com o advento da Netflix. Criada em 1997, nos Estados Unidos, por Reed Hastings e Marc Randolph, a empresa surge com o propósito de oferecer um serviço *online* de locação e venda de DVDs que, dado ao seu tamanho e peso, eram passíveis de ser encaminhados aos usuários via correio⁴⁷⁹. O *site* oferecendo aludidos serviços é oficialmente lançado apenas em 1998 e, no ano seguinte, a empresa inaugura a modalidade de assinatura, viabilizando que os clientes aluguem DVDs ilimitadamente, mediante o pagamento de um valor mensal, não mais por unidade⁴⁸⁰.

Somente em 2007, a Netflix lança efetivamente a plataforma *online* de *streaming*, ofertando o consumo de filmes e séries por meio dos computadores pessoais dos usuários, necessitando apenas da conexão à Internet⁴⁸¹. Especialmente entre os anos de 2008 e 2010, a Netflix negocia com uma série de empresas que comercializam aparelhos eletrônicos, ampliando a disponibilidade dos serviços para equipamentos como Xbox 360, leitores de Blu-ray, decodificadores de TV, PS3, equipamentos da Apple, dentre os quais o iPad, o iPhone e o iPod Touch, TVs conectadas à Internet, Nintendo Wii, entre outros dispositivos com conexão à rede⁴⁸².

Ademais, a partir de 2010, a empresa começa a expandir seu negócio para fora dos Estados Unidos, chegando primeiramente no Canadá em aludido ano, na América Latina

<<https://canaltech.com.br/software/youtube-music-e-premium-chegam-ao-brasil-a-partir-de-r-1690-123348/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁴⁷⁷ YOUTUBE. *YouTube Music*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/musicpremium>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁷⁸ YOUTUBE. *YouTube Premium*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/premium>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁷⁹ STÜRMER, Adriana; SILVA, Giana Petry Dutra da. Do DVD ao *online streaming*: a origem e o momento atual do Netflix. In: ENCONTRO NACIONAL DA HISTÓRIA DA MÍDIA, 10º, 2015, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores da História da Mídia, 2015. p. 1-15. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/do-dvd-ao-online-streaming-a-origem-e-o-momento-atual-do-netflix/at_download/file>. Acesso em: 22 fev. 2018. p. 2.

⁴⁸⁰ NETFLIX. *About Netflix*. Disponível em: <<https://media.netflix.com/en/about-netflix>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁴⁸¹ STÜRMER, Adriana; SILVA, Giana Petry Dutra da, op. cit., p. 3.

⁴⁸² NETFLIX. *About Netflix*. Disponível em: <<https://media.netflix.com/en/about-netflix>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

e no Caribe em 2011, nos países europeus a partir de 2012, alcançando um total de 190 (cento e noventa) países no mundo todo, em 2016. E não é só: com o tempo a Netflix passa a investir em produções próprias, lançando, em 2013, uma lista de programas originais, incluindo grandes sucessos como *House of Cards*, *Hemlock Grove* e *Orange is the New Black*⁴⁸³. Neste ano de 2019, a empresa atingiu a marca de 149 (cento e quarenta e nove) milhões de assinantes⁴⁸⁴ e, no Brasil, os planos de assinatura variam entre R\$ 21,90 (vinte e um reais e noventa centavos) e R\$ 45,90 (quarenta e cinco reais e noventa centavos) por mês⁴⁸⁵.

Com o sucesso da Netflix, outras empresas passaram a investir nesse mercado de *streaming* de obras audiovisuais, lançando suas próprias plataformas, dentre as quais é possível citar a Amazon Prime Video [R\$ 9,90 (nove reais e noventa centavos) por mês], a HBO Go (planos variáveis) e a Apple TV+ [esta última estreada no dia 01 de novembro de 2019, pelo valor de R\$ 9,90 (nove reais e noventa centavos) por mês], três grandes plataformas internacionais que já alcançaram o mercado brasileiro, além de algumas nacionais como a Globoplay [R\$ 21,90 (vinte e um reais e noventa centavos) por mês] e o Now da Claro/NET (planos variáveis), isso sem deixar de mencionar a Disney+, inaugurada nos Estados Unidos, Canadá e Países Baixos em 12 de novembro de 2019, com previsão de chegada na América Latina no segundo semestre de 2020⁴⁸⁶.

Fica evidenciado, portanto, que, desde a metade da década de 1990, empresas de tecnologia vem investindo no desenvolvimento e no aprimoramento do *streaming*, o que foi possibilitado pelos constantes avanços na velocidade de conexão em banda larga, bem como pelas evoluções no setor de telefonia móvel. A consequência disso é um número cada vez

⁴⁸³ NETFLIX. *About Netflix*. Disponível em: <<https://media.netflix.com/en/about-netflix>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁴⁸⁴ ALECRIM, Emerson. *Netflix já acumula 149 milhões de assinantes e diz não temer Disney+*. Site Tecnoblog, 2019. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/286368/netflix-primeiro-trimestre-2019-resultados/>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁴⁸⁵ NETFLIX. *Escolha o melhor plano para você*. Disponível em: <<https://www.netflix.com/signup/planform>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁴⁸⁶ Informações obtidas das seguintes fontes: GOMES, Fernando. *Além da Netflix: 12 plataformas de streaming para conhecer e assinar*. Site M de Mulher, 28 jun. 2019. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/estilo-de-vida/alem-da-netflix-12-plataformas-de-streaming-para-conhecer-e-assinar-hoje/>>. Acesso em: 26 ago. 2019. OMELETE. *Disney+ - Séries e filmes originais do serviço de streaming*. 12 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.omelete.com.br/walt-disney/disney-plus-series-filmes-confirmados#25>>. Acesso em: 08 dez. 2019. RIBEIRO, Carolina. *Apple TV+ estreia no Brasil para concorrer com Netflix; veja preço e catálogo*. Site Techtudo, 01 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/11/apple-tv-estreia-no-brasil-para-concorrer-com-netflix-veja-preco-e-catalogo.ghtml>>. Acesso em: 08 dez. 2019. AMAZON. *Amazon Prime Video*. Disponível em: <https://www.primevideo.com/?ref_=dvm_pds_amz_BR_kc_s_glc_388717858485_m_RBnwrGg4-dc_s__>. Acesso em: 08 dez. 2019. GLOBO. *Globoplay - assine*. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/assine/>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

mais elevado de empresas que têm apostado nesse mercado, especialmente no ramo musical, com o oferecimento de serviços cada vez mais personalizados e a preços acessíveis ao consumidor.

Desta sorte, não há que se olvidar que o *streaming*, assim como as vendas digitais de música surgiram como alternativas à explosão de pirataria que marcou o início dos anos 2000 e afetou principalmente a indústria fonográfica, retomando a legalidade na difusão de obras musicais e, ao mesmo tempo, possibilitou a oferta de música a preços acessíveis aos usuários, conforme demonstrado. No entanto, a despeito de o *streaming* representar, de alguma forma, uma recuperação do controle pela indústria fonográfica, muitos autores e artistas têm questionado as formas de repasses das receitas auferidas com esses serviços e a ausência de transparência no tocante a esses valores, o que sugere a existência de problemas nesse modelo de negócio.

Não restam dúvidas de que o *streaming* é uma forma de exploração comercial de obras intelectuais, que demanda não apenas a prévia autorização, mas também a justa contraprestação aos autores e artistas. Por essa razão, é relevante discutir a natureza jurídica desses serviços, a fim de compreender a logística por trás dos repasses de valores a esses autores e artistas, e o que tem levado à insatisfação destes no cenário atual. Essa é a proposta de abordagem dos tópicos subsequentes.

3.3 STREAMING E DIREITOS AUTORAIS

3.3.1 Os direitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público

Pela ordem natural dos acontecimentos, primeiro nasce um fato, um evento, um comportamento humano e somente em seguida o direito é capaz de refletir o suficiente sobre esse fato, evento ou comportamento, para então discipliná-lo. Essa diferença de temporalidade entre a realidade fática e o direito fica ainda mais evidenciada quando essa realidade envolve o surgimento de novas tecnologias, considerando que estas se desenvolvem, evoluem e trazem consequências aos meios em que se inserem, em uma velocidade ainda superior a outros acontecimentos e comportamentos sociais, oferecendo maiores desafios ao direito. Nessa perspectiva, conforme observa Antonio Carlos Morato, “o tempo do Direito não é o mesmo da tecnologia até mesmo em razão dos legisladores, dos julgadores e doutrinadores terem a responsabilidade de adaptar, após refletirem sobre tais

mudanças, as inovações tecnológicas aos institutos jurídicos já existentes”⁴⁸⁷.

Essa é a situação enfrentada pelo advento do *streaming*, objeto de estudo deste trabalho. A questão que se coloca, portanto, é a seguinte: de que maneira o direito deve recepcionar essa tecnologia? Não restam dúvidas de que o *streaming*, dentro do escopo trabalhado nesta pesquisa, isto é, como uma ferramenta de disponibilização de obras intelectuais ao público, representa uma modalidade de utilização dessas obras, especialmente as musicais e as audiovisuais, e, como tal, está inserido no cerne do direito exclusivo dos autores de utilizarem as suas criações. Isso é o que dispõe o artigo 28 da Lei 9.610/1998 ao determinar que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Além disso, a legislação autoral mencionada também estabelece, em seu artigo 29, que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”, dentre as quais estão incluídas todas aquelas hipóteses listadas nos seus incisos, inclusive, “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”, conforme dispõe o inciso X. Com base nisso, a dúvida que se coloca é: o *streaming* se insere em qual modalidade de utilização de obras intelectuais? Ou melhor: qual a natureza jurídica dessa tecnologia?

Para responder a essas perguntas, entende-se pertinente apresentar, ainda que brevemente, o trinômio “reprodução, distribuição e comunicação ao público” adotado pela legislação autoral brasileira, especialmente a partir da Lei n. 9.610/1998, conforme destacado por José Carlos Costa Netto⁴⁸⁸. Nas palavras do autor, “a utilização de obras intelectuais encontra-se, basicamente, inserida em três campos fundamentais: o da reprodução, o da distribuição e o da comunicação (*ao público*)”⁴⁸⁹, o que se aplica tanto ao cenário analógico, quanto ao digital.

Sendo assim, primeiramente, o inciso VI, do artigo 5º, da Lei n. 9.610/1998, conceitua o ato de reprodução como

a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, *incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos* ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido. (grifos nossos)

⁴⁸⁷ MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 79.

⁴⁸⁸ Não restam dúvidas de que a legislação autoral pátria estabelece outras modalidades de utilização de obras intelectuais, como a adaptação, a sincronização, a fixação, dentre outras. No entanto, para efeitos do estudo proposto neste trabalho, entende-se necessário e pertinente analisar apenas as três modalidades comentadas, quais sejam, a reprodução, a distribuição e a comunicação ao público.

⁴⁸⁹ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 249 e 333.

Em outras palavras, a reprodução nada mais é do que a cópia de uma obra intelectual, seja ela uma cópia materializada em um suporte físico, seja ela uma cópia armazenada em um meio eletrônico, isto é, em um suporte intangível, como é o caso da memória do disco rígido (*hard drive*) de um computador. Para ilustrar essa espécie de utilização, destaca-se que, na indústria musical, os chamados direitos fonomecânicos, que são aqueles decorrentes da gravação de uma obra musical em algum suporte, geralmente físico, – produzindo um fonograma – e da vendagem deste suporte, decorrem de aludido direito de reprodução, bem como do direito de inclusão, listados, respectivamente, nos incisos I e V do artigo 29 e no artigo 30 da Lei n. 9.610/1998⁴⁹⁰. O seu exercício normalmente está relacionado a negociações mantidas entre compositores ou editoras musicais (representantes de aludidos compositores) e gravadoras, e entre músicos e intérpretes e gravadoras que, por sua vez, responsabilizam-se pelo controle das vendagens e pelo repasse dos valores devidos aos detentores de direitos, conforme negociação contratual⁴⁹¹. Já a cópia

⁴⁹⁰ “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;

(...)

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

(...)

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

§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.

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

⁴⁹¹ Sobre essa negociação de valores dos direitos fonomecânicos, Mariana Giorgetti Valente, Pedro Augusto P. Francisco e Elizete Ignácio explicam o seguinte: “[e]sses valores não são estabelecidos por lei, e variam de acordo com a negociação feita entre os polos. Alguns atores envolvidos com a indústria da música citam que os direitos fonomecânicos correspondem a 3,5% da vendagem. Outros mencionam 1/12 por fonograma, o que corresponde a 8,33% do valor total. Esse valor é dividido pelo número de músicas ou canções incluídas na mídia física, e depois repartido por todos os detentores de direitos. Posto de forma simplificada, a conta seria: supondo que um disco tenha 10 diferentes faixas e venda um total equivalente a R\$ 100 mil. Neste caso, na hipótese de participação em 1/12 do valor da venda do fonograma, os titulares de direitos teriam direito a R\$ 8.333,33, o que significa cerca de R\$ 833,00 por composição incluída. O valor de cada composição será dividido por seus detentores de direito. Ou seja, no caso de um samba com cinco autores, o que não é uma situação incomum, e ignorando por ora outros detentores envolvidos: cada autor receberia cerca de R\$ 166,66 pelos direitos fonomecânicos, do total de R\$ 100 mil gerados pela venda. As porcentagens em questão são somente parâmetros utilizados pela indústria fonográfica, já que a inclusão de músicas em fonogramas é uma negociação particular. Tudo pode variar de acordo com o modelo de negócio adotado entre os diversos agentes envolvidos na gravação do fonograma”. VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; IGNÁCIO, Elizete. O ECAD e sua estrutura. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 133-154. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20stream>

armazenada em meio eletrônico tem como grande expoente a prática do *download*, cujo processo de transferência de arquivos via rede mundial de computadores resulta no armazenamento permanente de aludidos arquivos no disco rígido dos dispositivos dos usuários⁴⁹².

A segunda modalidade de utilização comentada, qual seja, a distribuição encontra respaldo em dois dispositivos da Lei n. 9.610/1998, que são:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos citados, a lei de direitos autorais brasileira caracterizou como ato de distribuição duas modalidades diferentes de disponibilização de obras intelectuais. A primeira delas, descrita no inciso IV, do artigo 5º, tem como pressuposto que o público entre em contato com as obras por meio da transferência da propriedade ou da posse de exemplares das mesmas, como é o caso da venda de livros, CDs, DVDs e, inclusive, a venda de arquivos digitais. Já a segunda hipótese trabalha mais com uma noção de acesso às obras, sem que isso implique em transferência ou posse de exemplares, de modo que as obras ou produções fiquem apenas disponíveis aos usuários para que eles possam percebê-las, sem possuí-las efetivamente, através de algum tipo de sistema que também permita que eles as selecionem, em um tempo e lugar por eles demandados, e contanto que esse sistema importe em uma cobrança pecuniária a aludidos

ing.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 134-136. Ainda sobre os direitos fonomecânicos, José Carlos Costa Netto comenta que, “no âmbito dos direitos de obra musical, consiste essa a utilização que costuma gerar uma retribuição mais satisfatória aos titulares de direitos autorais. Assim, terá o titular um percentual no preço de vendagem de exemplares. Tais participações vão atingir números muito mais significativos do que a comercialização de partituras musicais, principal atividade inerente à reprodução eminentemente gráfica da obra musical”. NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 260.

⁴⁹² Ibid., p. 256 e 333-334.

usuários. Ambas dizem respeito a uma forma de comercialização de obras intelectuais, cujas contraprestações financeiras aos autores consistem, geralmente, em um percentual das receitas auferidas com essa comercialização. Conforme acentua José Carlos Costa Netto, “[a] base média percentual gira em torno de 10% (*é assim, normalmente, em relação aos livros – sobre o preço de capa. Em relação a obras musicais esse percentual – atualmente 9,17% – é aplicado sobre o preço do faturamento da gravadora ao revendedor*)” (grifo no original)⁴⁹³.

A terceira grande modalidade de utilização consagrada na Lei de Direitos Autorais pátria é a comunicação ao público, conceituada pelo inciso V, do seu artigo 5º, como o “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”. De acordo com aludida redação, excepcionada a distribuição de exemplares, todo e qualquer ato que permita o acesso do público a obras intelectuais se mostra abarcado pela definição de comunicação ao público. Nessa perspectiva, José Carlos Costa Netto destaca que a comunicação ao público, ao lado da distribuição, são espécies do gênero “publicação”⁴⁹⁴, cujo cerne está no oferecimento de obras intelectuais ao conhecimento do público, por qualquer meio que seja, desde que devidamente autorizado pelos seus titulares⁴⁹⁵.

Ainda sobre a comunicação de obras intelectuais ao público, Rodrigo Moraes Ferreira⁴⁹⁶ explica que elas podem alcançar aludido público de duas maneiras diversas, quais sejam:

- (i) **comunicação ao público direta ou primária:** é aquela feita para espectadores presenciais, ou seja, com a presença física do público. Consiste no modelo clássico (“ao vivo”) de comunicação ao público, pensado pelos pioneiros legisladores. Dá-se na hipótese de existência de um agrupamento de pessoas, em determinado lugar, para assistir a uma determinada apresentação artística. A comunicação é direta e pessoalmente realizada para uma pluralidade de pessoas que se encontra num determinado local. É feita de maneira imediata e fugaz.
- (ii) **comunicação ao público indireta ou secundária:** é aquela feita para um público que não se encontra reunido de maneira presencial, havendo a presença de um intermediário no ato da comunicação. Trata-se do modelo surgido com o advento de novas tecnologias como a fonografia e a

⁴⁹³ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 263-264 e 334.

⁴⁹⁴ A Lei n. 9.610/1998 conceitua a “publicação” no inciso I, do artigo 5º, como “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”.

⁴⁹⁵ NETTO, José Carlos Costa, op. cit., p. 267.

⁴⁹⁶ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 249-250.

radiodifusão.⁴⁹⁷

Não restam dúvidas, portanto, de que o conceito de comunicação ao público, especialmente aquele exarado pelo legislador brasileiro, é deveras aberto, capaz de abarcar uma série de situações. Conforme explica Rodrigo Moraes Ferreira, todas as modalidades de utilização de obras intelectuais elencadas no inciso VIII, do artigo 29⁴⁹⁸, da Lei n. 9.610/1998, caracterizam atos de comunicação ao público, a despeito de o legislador não as ter tratado com essa nomenclatura, mas sim valendo-se do termo “utilização”, de forma atécnica, na acepção de aludido autor⁴⁹⁹. Em consonância com o que assevera Rodrigo Moraes, é interessante destacar que mencionado dispositivo chega a elencar como espécies diferentes do gênero “comunicação ao público” (apesar do termo “utilização” empregado no texto legal) a execução musical (alínea b) e a radiodifusão sonora ou televisiva (alínea d), além de outras modalidades como a recitação ou declamação, a exibição audiovisual, a exposição de obras de artes plásticas, entre outras hipóteses. É importante que essa observação seja feita porque, embora muitas sejam as diferentes espécies de atos de comunicação ao público, a Lei n. 9.610/1998, ao dedicar o Capítulo II, do Título IV (Da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas) para tratar dessa modalidade de utilização, só se ocupou em disciplinar a representação e a execução públicas, sem se preocupar com outras espécies. Mais do que isso, a radiodifusão foi incluída dentro do escopo da execução pública, alargando o seu conceito trazido no bojo do artigo 68 da lei. Explica-se melhor essa situação nos parágrafos que se seguem.

O artigo 68 da Lei n. 9.610/1998 inaugura o capítulo sobre comunicação ao público e traz, no seu *caput* e nos parágrafos 1º, 2º e 3º, alguns delineamentos que vão

⁴⁹⁷ Com base nisso, infere-se que, para a primeira hipótese de comunicação ao público, é necessário solicitar autorização apenas para os titulares de direitos autorais, tendo em vista que nessa modalidade, os intérpretes e/ou os executantes se apresentam pessoalmente para um grupo de pessoas (público), geralmente sobre um palco. Já no segundo caso, a autorização deve ser demandada também dos titulares de direitos conexos, considerando que a comunicação da obra é intermediada por algum mecanismo como a radiodifusão, o cabo, a transmissão por satélite, o sistema de computadores ou outros meios em que o artista não fica em contato direto com o público, justificando a necessidade de autorização de titulares de direitos autorais e conexos. NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 267-268.

⁴⁹⁸ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) VIII - a *utilização*, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) *representação, recitação ou declamação*; b) *execução musical*; 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*; (...)” (grifos nossos).

⁴⁹⁹ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 248.

contribuir para a definição das duas únicas espécies trabalhadas pela legislação pátria, quais sejam, a representação pública e a execução pública. Transcrevem-se os dispositivos mencionados, a fim de melhor visualizar as questões debatidas neste capítulo, *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*.

§ 1º Considera-se *representação pública* a utilização de *obras teatrais* no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em *locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica*.

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

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

Nota-se que a diferença básica entre as modalidades de comunicação ao público apresentadas é a espécie de obras a que cada uma se refere, isto é, enquanto a representação pública consiste em uma forma de utilização de obras teatrais, a execução pública está relacionada com a utilização de obras musicais, incluindo aqui as composições musicais e literomusicais, e de fonogramas.

De outra sorte, a legislação autoral brasileira caracteriza a utilização de uma obra teatral como representação pública e a de uma obra musical ou de um fonograma como execução pública em duas situações distintas: (a) na primeira delas, há representação pública ou execução pública quando, respectivamente, a obra teatral ou a obra musical/fonograma são utilizados em um dos locais de frequência coletiva elencados exemplificativamente no parágrafo 3º, do artigo 68 citado anteriormente; (b) na segunda hipótese, basta que a utilização da obra teatral ou da obra musical/fonograma seja efetivada por meio da radiodifusão⁵⁰⁰, que é uma espécie de transmissão sem fio de sons, de imagens e sons, ou da representação desses, ou ainda de sinais codificados, a serem recepcionados pelo público,

⁵⁰⁰ O artigo 5º, inciso XII, da Lei n. 9.610/1998 conceitua a radiodifusão como “a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento”.

bem como por meio de qualquer outro tipo de transmissão⁵⁰¹, capaz de difundir sons ou sons e imagens, para que seja considerada, respectivamente, um ato de representação pública ou de execução pública.

Nota-se que o legislador pátrio optou por alargar os conceitos de representação e execução públicas ao inserir no escopo da sua caracterização a radiodifusão, diferentemente do que faz a Convenção de Berna ao tratar desta de maneira apartada daquelas, conforme se depreende da leitura dos artigos 11 e 11 bis⁵⁰². Nos termos do que comenta Rodrigo Moraes Ferreira, ao analisar especificamente a execução pública, “[n]o Brasil, o legislador preferiu abrigar diversos atos de comunicação pública no conceito de **execução pública**” (grifos no original), “[c]aso contrário, somente haveria execução pública em locais de frequência coletiva, ou seja, onde existisse pluralidade (simultânea ou sucessiva) de pessoas”. Coadunando-se com a crítica tecida por Vanisa Santiago, o autor sublinha que a execução pública, que deveria ser considerada apenas uma espécie do gênero “comunicação ao público”, acaba por se confundir com esta, ao englobar na sua definição “todos os demais usos relativos à comunicação ao público, como a radiodifusão, a transmissão por qualquer processo ou meio, a captação de transmissão de radiodifusão em

⁵⁰¹ Transmissão é definida na Lei de Direitos Autorais como “a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético” (artigo 5º, inciso II).

⁵⁰² “ARTIGO 11 - 1) Os autores de *obras dramáticas, dramático-musicais e musicais* gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º *a representação e a execução públicas das suas obras*, inclusive a representação e a execução públicas por todos os meios e processos; 2º a transmissão pública por todos os meios da representação e da execução das suas obras. 2) Os mesmos direitos são concedidos aos autores de obras dramáticas ou dramático-musicais, por toda a duração dos seus direitos sobre a obra original, no que respeita à tradução das suas obras. ARTIGO 11 bis - 1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º *a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras* por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º *qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radio difundida*, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º *a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radio difundida*. 2) Compete às legislações dos Países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1) do presente Artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração equitativa, fixada na falta de acordo amigável, pela autoridade competente. 3) Salvo estipulação em contrário, as autorizações concedidas nos termos do parágrafo 1) do presente Artigo não implicam autorização de gravar, por meio de instrumentos que fixam os sons ou as imagens, as obras radio difundidas. Entretanto, os países da União reservam-se a faculdade de determinar nas suas legislações nacionais o regime das gravações efêmeras realizadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação de tais gravações em arquivos oficiais atendendo ao seu caráter excepcional de documentação”. BRASIL. *Decreto n. 75.699*, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial da União 09.05.1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

locais de frequência coletiva, sonorização ambiental, dentre outros”⁵⁰³.

Essa incorporação da radiodifusão dentro do conceito de execução pública se mostra como um reflexo do entendimento jurisprudencial que foi sendo construído ao longo do século XX, de que a definição clássica de execução pública, baseada somente na modalidade de comunicação pública direta, comentada anteriormente, tornou-se insuficiente para amparar as situações práticas decorrentes do surgimento das emissoras de rádio. Os tribunais pátrios, portanto, gradualmente optaram por alargar o conceito de execução pública, interpretando-o extensivamente para abarcar também a radiodifusão, influenciando, nessa perspectiva, na escolha do legislador brasileiro ao disciplinar a matéria⁵⁰⁴.

Um aspecto curioso que se observa da simples leitura comparativa dos parágrafos 1º e 2º do artigo 68 é que as diferentes redações de cada parágrafo poderiam dar margem a interpretações diversas de cada modalidade ali descrita. Explica-se: no parágrafo 1º, a representação pública é caracterizada pela utilização de obras teatrais em locais de frequência coletiva **ou** pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica, oferecendo uma ideia de alternância em que ou uma situação (a frequência coletiva) ou a outra (a radiodifusão) são, independentemente, capazes de classificar a representação como pública. Já no parágrafo 2º, a execução pública se qualifica quando composições musicais ou literomusicais, fonogramas e obras audiovisuais são utilizadas “em locais de frequência coletiva, **por quaisquer processos, inclusive** a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica” (grifos nossos). Nota-se que, neste último caso, não há o uso da conjunção alternativa “ou”, de modo que uma interpretação possível seria vincular que o uso das obras musicais/fonogramas/obras audiovisuais por quaisquer processos, incluindo a radiodifusão, só seria caracterizado como execução pública quando realizado em um local de frequência coletiva, e não de forma independente como explicitado no parágrafo 1º.

Ressalta-se, contudo, que essa é uma leitura apenas especulativa trabalhada neste capítulo, a fim de demonstrar as redações confusas do texto legal pátrio, tendo em vista que, na prática, já é consolidado o entendimento de que a radiodifusão, por si só, caracteriza um ato de execução pública⁵⁰⁵. Tanto é assim que, se essa transmissão radiofônica for realizada

⁵⁰³ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 243 e 247.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 247.

⁵⁰⁵ Sobre a radiodifusão, explica José de Oliveira Ascensão: “[n]a radiodifusão, a recepção é privada. Mas viu-se o caráter público da comunicação na simultaneidade das recepções. O mesmo continuaríamos a dizer em

em um lugar de frequência coletiva, como um restaurante que deixa uma emissora de rádio tocando para os seus clientes, dois são os fatos geradores a ensejar a execução pública, demandando duas autorizações distintas aos titulares de direitos autorais e conexos: uma pela transmissão radiofônica em si e a outra pela utilização dessa transmissão em um local de frequência coletiva⁵⁰⁶. Assim explica José Carlos Costa Netto⁵⁰⁷, ao tratar do parágrafo 2º do artigo 68:

Na esteira dessa regra legal, observa-se que a “transmissão” de uma determinada fonte, que pode ser uma emissora de rádio ou televisão, por sistema de radiodifusão, a cabo, e “outras modalidades” que resultarem em “comunicação de obras intelectuais” ao público, consiste em uma modalidade de utilização (execução pública originária).

Quando essa “transmissão” é reutilizada, pode – ou não – resultar em uma nova execução pública. Ou seja, essa reutilização pode ser pública (*quando realizada nos locais de frequência coletiva previstos no art. 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98*) ou privada (*como na residência do usuário, por exemplo*). (grifos no original)

Retomando as discussões sobre a primeira hipótese de execução pública, qual seja, a utilização de obras musicais/fonogramas em locais de frequência coletiva, cumpre ressaltar que, a despeito de a Lei n. 9.610/1998 ter reservado um parágrafo para tratar de aludidos locais (§3º do artigo 68), esse dispositivo não traz propriamente uma definição do que eles seriam, mas apenas elenca alguns lugares que são considerados pela lei como de frequência coletiva. Fica evidenciado pela redação final do dispositivo, ao acrescentar, após a lista de lugares, a expressão “ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”, que se trata de um rol meramente exemplificativo, tendo o legislador intencionado que outras hipóteses semelhantes pudessem ser ali enquadradas para efeitos de ensejar a caracterização não só da execução pública, foco da análise proposta neste trabalho, como também da representação pública.

programas distribuídos por fio, em que o utente seleciona o programa que deseja”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 197.

⁵⁰⁶ Nessa perspectiva, comenta Manoel Joaquim Pereira dos Santos: “[h]á quem sustente que ‘a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade’ somente configura execução pública se realizada em locais de frequência coletiva. Ao tratar da representação pública, no parágrafo 1º do artigo 68 da Lei nº 9.610/98, o legislador distinguiu claramente a representação pública em locais de frequência coletiva daquela realizada pela radiodifusão, transmissão ou exibição cinematográfica. O uso da partícula ‘inclusive’ na redação do parágrafo 2º do artigo 68 pode ser interpretado como associando a radiodifusão e a transmissão por qualquer modalidade ao local de frequência coletiva. Não é esse, porém, o entendimento acolhido pela nossa jurisprudência que sujeita as emissoras de radiodifusão e as empresas de televisão por assinatura ao pagamento dos direitos de execução pública musical em qualquer caso. Na verdade, a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva, assim como a sonorização ambiental, são modalidades de utilização distintas da chamada ‘radiodifusão sonora ou televisiva’, conforme se constata pelo disposto nas letras d, e e f do inciso VIII do artigo 29 da Lei nº 9.610/98”. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais*. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009. p. 56.

⁵⁰⁷ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 339.

A falta de uma conceituação precisa sobre o que se encontra sob a égide do “local de frequência coletiva” é uma questão que, geralmente, causa dúvidas e polêmicas no mundo jurídico, atribuindo, muitas vezes, a definição pelo Poder Judiciário, como foi o caso, por exemplo, da consolidação do entendimento jurisprudencial pelo Superior Tribunal de Justiça, ao longo do tempo e, especialmente, a partir do advento da Lei n. 9.610/1998, de que incide cobrança de direitos autorais pelo uso de aparelhos de rádio e televisão em quartos de hotéis e motéis⁵⁰⁸. De um lado, a supressão no texto do artigo 68 da Lei n. 9.610/1998, do elemento condicionante do “lucro direto ou indireto”, que existia no artigo 73 da Lei n. 5.988/1973⁵⁰⁹, para a caracterização das representações e execuções públicas, e que gerava dúvidas sobre o que consistiria o tal do lucro indireto e, por via de consequência, suscitava questionamentos sobre se os hotéis e motéis auferiam lucro indireto com a disponibilização de aparelhos de rádio e televisão para os seus hóspedes, fez com que esse tipo de discussão perdesse o sentido, já que a Lei n. 9.610/1998 entendeu pela incidência da cobrança de direitos autorais, independentemente da aferição de lucro por quem representasse ou executasse obras publicamente⁵¹⁰.

De outra sorte, para além da ideia de público simultâneo, isto é, o agrupamento de pessoas que se reúne presencial e simultaneamente em determinado espaço, foi-se consolidando a noção de público sucessivo, em que, apesar de não haver uma aglomeração simultânea de pessoas, estas se sucedem sequencialmente na ocupação de um espaço, como acontece nos quartos de hotéis e motéis que, “apesar de serem ocupados individualmente pelos hóspedes (pessoas sozinhas ou acompanhadas)”, muitos são os indivíduos que passam por aquele lugar ao longo do tempo, caracterizando um público sucessivo. Trata-se de uma interpretação extensiva que foi incorporada ao vocábulo “público”⁵¹¹ e que, por sua vez, é constantemente revisitada nos debates envolvendo os locais de frequência coletiva. Nessa perspectiva, conforme acentua Rodrigo Moraes Ferreira, pressupor a necessidade de “um agrupamento temporário de pessoas em locais abertos ao público” como único elemento para caracterização de um “local de frequência coletiva” é um argumento obsoleto e já

⁵⁰⁸ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 224.

⁵⁰⁹ “Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado” (grifos nossos).

⁵¹⁰ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 269-270.

⁵¹¹ FERREIRA, Rodrigo Moraes, op. cit., p. 233.

superado⁵¹².

Cada uma dessas modalidades de utilização das obras intelectuais apresentadas brevemente neste capítulo, quais sejam, a reprodução, a distribuição e a comunicação ao público (em especial, a execução pública), dá ensejo a um direito exclusivo de exploração de aludidas obras pelos seus titulares (sejam de direitos autorais, sejam de direitos conexos), cujo exercício naturalmente vai demandar um controle a ser efetivado sobre esses usos. Nessa perspectiva, ensina José Carlos Costa Netto que três são as possibilidades de efetivação de mencionado controle: a direta, a indireta e a coletiva⁵¹³.

Conforme explica o autoralista, o controle direto caracteriza o exercício dos direitos exclusivos pelos próprios titulares originários, ou seja, “o autor, nas hipóteses de direitos de autor, e os artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e organismos de radiodifusão, nas hipóteses de direitos conexos aos de autor”. Nessa primeira situação, uma vez que a titularidade dos direitos é originária, o que significa que ela nasce junto com a criação intelectual e independe de qualquer tipo de formalidade, “torna-se desnecessária a demonstração de qualquer documentação aquisitiva desses direitos” para que os respectivos titulares possam exercê-los⁵¹⁴.

Já o controle indireto tem como pressuposto a atuação de um terceiro que não o titular originário, podendo ser um titular derivado e, portanto, cessionário de aludidos direitos, ou ainda um representante ou administrador. Costa Netto aponta como exemplos dessa segunda hipótese os editores, que podem atuar na condição de cessionários ou de meros administradores de obras intelectuais; e as gravadoras, que além de figurarem como produtores fonográficos, podem e, na maioria das vezes, são cessionárias ou licenciadas de direitos conexos de artistas intérpretes e executantes. Ademais, estão incluídas nessa hipótese as associações de titulares de direitos autorais e conexos, também conhecidas como associações ou entidades de gestão coletiva. Assim, o exercício dos direitos por essa modalidade de controle fica condicionado à comprovação documental por quem os exerce, a fim de demonstrar a legitimidade, seja do cessionário, seja do licenciado, para aquela

⁵¹² Acrescenta o autor que “[é] preciso não confundir o conceito de **execução pública**, existente no Direito Autoral, com o conceito de **reunião pública**, existente no Direito Constitucional. Para os constitucionalistas, o direito de reunião, previsto no art. 5º, XVI, da Carta Política de 1988, pressupõe um ajuntamento temporário de indivíduos em locais abertos ao público. [...] Repita-se: os elementos que compõem o perfil jurídico do direito de **reunião pública** não se confundem com aqueles que compõem o direito de **execução pública**, pois este último não exige, para a sua configuração, uma pluralidade de pessoas num local aberto ao público” (grifos no original). FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 244-245.

⁵¹³ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 335.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 335.

finalidade⁵¹⁵.

A terceira forma de controle, elencada por José Carlos Costa Netto, é o chamado controle coletivo, cujo exercício dos direitos autorais é efetuado a partir de uma “entidade de gestão coletiva que representa todo o universo de titulares em relação a determinado uso de um gênero específico de obras e bens intelectuais”. O regime dessa gestão é estabelecido e disciplinado por lei, para ser exercido, obrigatoriamente, de forma unificada e, portanto, funciona como um “regime de substituição legal de todos os titulares de direitos autorais envolvidos em determinadas utilizações”. Nesse modelo, a atuação dessa entidade única, constituída legalmente para gerenciar os direitos de todos os tipos de titulares, não demanda uma comprovação documental, a partir de instrumentos de cessões ou licenciamentos, como acontece, por exemplo, no caso do controle indireto⁵¹⁶. Esse é o caso do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que será brevemente comentado nos próximos parágrafos.

Ressalta-se, de qualquer sorte, que não faz parte do escopo deste trabalho analisar com minúcia essas modalidades de controle de direitos autorais, nem mesmo a gestão coletiva⁵¹⁷, assunto de extrema complexidade, capaz de demandar um estudo específico só para tratar dessas questões. Contudo, alguns comentários merecem ser realizados já que a Lei n. 9.610/1998 não apenas traz normas disciplinando a organização de associações de titulares de direitos, como também estabelece um regime obrigatório de gestão coletiva para a arrecadação e distribuição dos direitos autorais e conexos decorrentes da execução pública de obras musicais e fonogramas, a partir de um escritório criado, sob a égide da legislação anterior (Lei n. 5.988/1973), especificamente para gerir esses direitos.

Nessa perspectiva, é relevante apontar, primeiramente, que entidades que gerenciam os direitos autorais de uma coletividade de titulares surgem de uma necessidade prática desses titulares de controlarem os usos de suas criações e bens intelectuais. Conforme destaca José de Oliveira Ascensão, é muito comum, em vários setores artísticos, que o titular

⁵¹⁵ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 335-336.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 335-336.

⁵¹⁷ É importante destacar que, independente da terminologia adotada por José Carlos Costa Netto para tratar das modalidades de controle das utilizações de obras intelectuais, dentre as quais ele classifica no escopo do controle coletivo apenas aquele exercido compulsoriamente por uma única entidade estabelecida por lei, como é o caso do ECAD, cuja representação de todos os titulares de direitos autorais e conexos decorre de determinação legal, e não da escolha pelos titulares, o uso da expressão “gestão coletiva” neste trabalho serve para se referir não apenas a essa forma de gestão compulsória, como também à atuação das entidades representantes de titulares de direitos autorais e conexos, que atuam em nome destes, por livre escolha e estipulação dos mesmos.

não tenha capacidade suficiente para controlar individualmente o uso de suas obras e gerir os seus direitos, o que o leva a recorrer a um ente que o faça⁵¹⁸. Na acepção de José Carlos Costa Netto, “não se trata, portanto, a gestão coletiva, de um sistema de derrogação ou enfraquecimento do sólido princípio do ‘direito exclusivo’ do autor sobre a utilização de sua obra, mas, sim, do instrumento apto ao seu efetivo exercício”⁵¹⁹.

No Brasil, esse regime foi adotado pela primeira vez em 1917, com a criação da SBAT (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais), concebida para negociar “as condições de pagamento de direitos autorais decorrentes de representações dramáticas e prover a consequente arrecadação junto às bilheterias dos teatros cariocas”, mas que, aos poucos, foi agregando compositores, pelo fato de que as casas teatrais também executavam músicas e ela era, na ocasião, a única entidade arrecadadora. Com o passar dos anos, surgiram disputas entre compositores e autores teatrais, gerando uma cisão na SBAT que ocasionou na fundação da ABCA (Associação Brasileira de Compositores e Autores), em 1938⁵²⁰.

Ao longo do século XX, outros conflitos se instauraram no setor musical, resultando na organização de diversas entidades encarregadas de arrecadar e distribuir especialmente os direitos de compositores, mas também de intérpretes e produtores fonográficos. Contudo, a existência de diversas associações, atuando simultaneamente nessas atividades de cobrança e distribuição, acabou por gerar problemas de ordem prática, como o recebimento em duplicidade dos valores por alguns autores, além da dificuldade de arrecadação desses direitos, por causa da vastidão do território nacional⁵²¹, proporcionando um panorama de desorganização no cenário autoral brasileiro, “confundindo e desgastando tanto os usuários dos direitos quanto os próprios titulares destes”⁵²².

Por muitos anos, essas associações existiram e funcionaram sem nenhuma regulação legislativa, que só foi acontecer após a promoção de diversos debates, ocasionando

⁵¹⁸ Nessa perspectiva, Ascensão tece os seguintes comentários e críticas: “em vastos setores o titular é forçado a recorrer a um ente de gestão coletiva, porque não tem outro modo de gerir os seus direitos. Aí, temos a gestão coletiva necessária; seja por razões de direito, seja por razões de fato. [...] Em largos domínios o direito de autor, de direito que pode ser exercido por mandatário, tornou-se direito que só pode ser exercido por meio de mandatário: direito necessariamente não pessoal. E de direito de autorização passou a direito a remuneração. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de o autor autorizar previamente a utilização é ficcioso: ao autor só cabe decidir que a obra seja utilizada. Troca isso na prática por um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão” (grifo no original). ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 620-621.

⁵¹⁹ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 419.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 405-406.

⁵²¹ SOARES FILHO, Sidney. A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD). In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. *Anais...* Niterói: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>>. Acesso em: 02 dez. 2018. p. 67.

⁵²² NETTO, José Carlos Costa, op. cit., p. 406-408.

na elaboração da Lei 5.988 em 1973, responsável não só por disciplinar a estrutura dessas associações, como também por criar o que ficou conhecido como ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). Nessa perspectiva, estabeleceu o artigo 115⁵²³ de aludida lei que as associações existentes à época, baseadas nas normas de um órgão criado também sob a égide da Lei de 1973, qual seja, o CNDA (Conselho Nacional de Direito Autoral), organizariam esse Escritório que, por sua vez, ficaria encarregado de arrecadar e distribuir os direitos relativos à execução pública (incluindo por meio da radiodifusão e da exibição cinematográfica) de obras musicais e de fonogramas. Nos termos do quanto assevera Sidney Soares Filho⁵²⁴, a estipulação legal do ECAD foi uma tentativa de solucionar os problemas causados pelas disputas entre as associações existentes, a partir da centralização, em um único organismo, das atividades de arrecadação e distribuição dos direitos decorrentes da execução pública musical.

Ressalta-se que o ECAD só iniciou suas atividades efetivamente em 1977, com sua sede estabelecida no Rio de Janeiro e núcleos operacionais em outras localidades, além de agentes e representantes em outras capitais, viabilizando que ele unificasse a cobrança dos direitos de execução pública no país⁵²⁵. Conforme destaca José Carlos Costa Netto⁵²⁶, “[s]ob o aspecto jurídico, o ECAD substituiu as associações – tanto as existentes à época de sua instalação quanto as surgidas posteriormente – como mandatário legal dos titulares de direitos autorais decorrentes de utilização, pela via da execução pública, de obras musicais”. Em suma, o ECAD nada mais é do que uma associação de associações, constituído mandatário destas que o integram, caracterizando-se, portanto, por seu cunho privado, embora exerça atividades de interesse público⁵²⁷. Foi esse entendimento que, na época de sua criação, motivou seu controle e fiscalização por um órgão governamental, o CNDA comentado previamente, tendo, inclusive seu estatuto aprovado por este órgão, além da exigência, desde o princípio, de que ele não pudesse ter finalidade lucrativa, conforme

⁵²³ “Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas”.

⁵²⁴ SOARES FILHO, Sidney. A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD). In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. *Anais...* Niterói: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>>. Acesso em: 02 dez. 2018. p. 67.

⁵²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 142.

⁵²⁶ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 413-414.

⁵²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 143.

preceituava o artigo 115 e seus parágrafos, da Lei 5.988/1973.

Esclarece-se brevemente que, criado pela Lei n. 5.988/1973, o CNDA foi organizado pelo Decreto n. 76.275/1975, mas só veio a se constituir formalmente em 1976, especialmente, com a Portaria do Ministério da Educação e Cultura n. 248, de 1976, responsável por estabelecer seu Regimento Interno⁵²⁸. Nessa perspectiva, ele era tido como órgão público de fiscalização, consulta e assistência ao direito autoral. Composto por cinco conselheiros, incluindo um representante do Ministério da Educação e Cultura, que era o presidente, um do Ministério da Justiça, um do Ministério do Trabalho e dois de livre nomeação, o CNDA⁵²⁹ tinha dentre as suas responsabilidades fiscalizar as associações dos titulares de direitos autorais, autorizar o seu funcionamento ou, se fosse o caso, cassar essa autorização; fiscalizar o ECAD; estabelecer regras de cobrança; “organizar e manter registro próprio das obras musicais que, com fins de comércio, sejam gravadas ou fixadas em qualquer tipo de suporte material”; isso sem deixar de mencionar a sua atuação como árbitro na solução de eventuais litígios que versassem sobre direitos autorais “entre autores, intérpretes, ou executantes, e suas associações, tanto entre si quanto entre uns e outras”, dentre outras funções⁵³⁰.

Conforme esclarece José Carlos Costa Netto, o maior impulso que ocasionou na

⁵²⁸ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 409.

⁵²⁹ Os artigos 116 e 117 da Lei n. 5.988/1973 estabeleciam o seguinte: “Art. 116. O Conselho Nacional de Direito Autoral é o *órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos*. Art. 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe: I - determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direito que lhes são conexos; II - *autorizar o funcionamento, no País, de associações de que trata o título antecedente, desde que observadas as exigências legais e as que forem por ele estabelecidas; e, a seu critério, cassar-lhes a autorização, após, no mínimo, três intervenções, na forma do inciso seguinte*; III - *fiscalizar essas associações e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição a que se refere o art. 115, podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou disposições legais, ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos associados*; IV - *fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais*; V - *funcionar, como árbitro, em questões, que versem sobre direitos autorais, entre autores, intérpretes, ou executantes, e suas associações, tanto entre si, quanto entre uns e outras*; VI - gerir o Fundo de Direito Autoral, aplicando-lhe os recursos segundo as normas que estabelecer, deduzidos, para a manutenção do Conselho, no máximo, vinte por cento, anualmente; VII - manifestar-se sobre a conveniência de alteração de normas de direito autoral, na ordem interna internacional, bem como sobre problemas a ele concernentes; VIII - manifestar-se sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em Tratados e Convenções Internacionais. IX - fiscalizar o exato e fiel cumprimento das obrigações dos produtores de videofonogramas e fonogramas, editores e associações de direitos do autor, para com os titulares de direitos autorais e artísticos, procedendo, a requerimento destes, a todas as verificações que se fizerem necessárias, inclusive auditorias e exames contábeis. X - impor normas de contabilidade às pessoas jurídicas referidas no inciso anterior, a fim de que os planos contábeis e escrituração permitam a adequada verificação da quantidade de exemplares reproduzidos e vendidos; XI - tornar obrigatório que as etiquetas que distinguem as cópias de videofonogramas e fonogramas sejam autenticadas (VETADO) pelo próprio Conselho Nacional de Direito Autoral na forma das instruções que venha a baixar. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Direito Autoral organizará e manterá um Centro Brasileiro de informações sobre Direitos Autorais” (grifos nossos).

⁵³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 624-627.

criação do CNDA decorreu da “necessidade de organização da coleta e distribuição dos direitos autorais resultantes da utilização de música”, motivo pelo qual, na prática, a sua atuação esteve focada nesse setor artístico, tendo o órgão enfrentado a dificuldade de lidar com questões envolvendo outras esferas de proteção via direitos autorais e conexos, pela elevada demanda na área musical⁵³¹. Além destes, outros desafios práticos foram colocados à atuação do órgão nos termos do quanto concebido pela Lei n. 5.988/1973, levando a uma tentativa de reforma do CNDA que, no entanto, não surtiu muitos efeitos, resultando, portanto, na sua desativação em 1990, juntamente com a extinção do Ministério da Cultura, promovida pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Formalmente, o CNDA foi extinto somente em 1998, com o advento da Lei n. 9.610, ao revogar a Lei n. 5.988/1973 que o criara⁵³², sem nada prever nesse sentido. O ECAD, por sua vez, continuou existindo, tendo, inclusive, a sua previsão legal mantida, conforme disposto no artigo 99 da Lei 9.610/1998, mas sem a supervisão de aludido órgão administrativo imparcial, o que, na acepção de José de Oliveira Ascensão, figurou um verdadeiro vazio legal, tendo em vista que o CNDA complementava a sua atuação⁵³³.

Somente a partir de 2013, há um retorno da presença estatal na gestão coletiva promovida pelo ECAD e pelas associações que o compõem, com o advento da Lei n. 12.853, que modificou o Título VI, da Lei n. 9.610/1998, que trata dessas entidades. Como resultado de “pressões perante órgãos do Poder Executivo e Legislativo, inclusive com a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional e oposições ‘comerciais’ junto à Comissão Administrativa de Defesa Econômica”, bem como do interesse do Ministério da Cultura em retomar a supervisão estatal dessa modalidade de gestão (o que anteriormente era feito pelo CNDA), a Lei n. 12.853 foi aprovada em 2013⁵³⁴, passando a estabelecer uma série de regras que direcionam a atuação das associações e do ECAD, exigindo, inclusive, a habilitação das primeiras junto à Administração Pública Federal, para o efetivo exercício das suas atividades.

Não faz parte do escopo deste trabalho uma análise pormenorizada das alterações

⁵³¹ Nos termos do que pontua Costa Netto, “com efeito, das 17 resoluções que baixou de 1976 ao final de 1978, dez se referiam especificamente ao campo musical e apenas sete extrapolaram esses limites. Além da atividade regulamentadora (*resoluções*), o CNDA exercia, na esfera administrativa, a de árbitro (*pareceres*), na qual o órgão podia cuidar mais acentuadamente das outras áreas da criação intelectual além da musical. Contudo, à época, os pareceres tratavam de assuntos específicos trazidos à apreciação do Colegiado por interessados. Destarte, não tinham aplicabilidade geral, mas restringiam-se a decidir questões interpartes”. NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 410.

⁵³² *Ibid.*, p. 410-413.

⁵³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 633.

⁵³⁴ NETTO, José Carlos Costa, op. cit., p. 440-441.

proporcionadas pela Lei n. 12.583/2013, de modo que a sua menção tem o intuito apenas de explicar que tanto o ECAD, quanto as associações que o compõem, ou mesmo outras entidades que promovam a atividade de gestão coletiva fora dessa estrutura (em outros ramos artísticos) passam a se sujeitar às regras estipuladas por essa lei, estando submetidas ao controle estatal proporcionado com a criação de uma “Comissão Permanente para Aperfeiçoamento da Gestão Coletiva”, pelo Decreto n. 8.469 de 2015, que regulamentou aludida lei, posteriormente revogado e substituído pelo Decreto n. 9.574 de 2018, também parcialmente revogado e substituído pelo Decreto n. 9.879 de 2019, sendo este último a norma atualmente vigente para disciplinar especificamente as funções dessa Comissão⁵³⁵.

Em suma, a situação que se vivencia atualmente no Brasil, na vigência da Lei n. 9.610/1998, modificada pela Lei n. 12.583/2013, é a possibilidade de autores e titulares de direitos conexos⁵³⁶, de qualquer ramo artístico (e não apenas do musical), constituírem associações que, a partir do ato de filiação dos mesmos, tornam-se mandatárias⁵³⁷ deles para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial dos seus direitos, além da possibilidade de também exercerem a atividade de cobrança de quaisquer desses direitos (distribuição, reprodução, sincronização, entre outros), no interesse dos seus associados, conforme estipula o artigo 98⁵³⁸, da Lei n. 9.610/1998. Mas, especificamente para a cobrança de direitos autorais e conexos decorrentes da execução pública de obras musicais e

⁵³⁵ Ressalta-se que o Decreto n. 9.879 de 2019 só revogou os artigos 26, 27 e 28 do Decreto n. 9.574 de 2018, que tratavam especificamente dessa Comissão, uma vez que ela fora criada pelo então Ministério da Cultura e, portanto, estava a ele vinculada. Contudo, no início de 2019, aludido Ministério foi extinto pelo Presidente Jair Bolsonaro, cujas atribuições foram transferidas para uma Secretaria, vinculada ao Ministério da Cidadania, o que provavelmente motivou o advento do Decreto n. 9.879 de 2019, a fim de redefinir a vinculação da Comissão a este último.

⁵³⁶ Sobre os “legitimados” a constituírem associações de gestão coletiva de direitos autorais e conexos, José Carlos Costa Netto comenta: “[a] Lei vigente de Direitos Autorais, ao regular o tema de seu Título VI, ‘Das Associações de Titulares de Direito de Autor e dos que lhes são conexos’, não utiliza essa mesma terminologia em seu art. 97 (modifica ‘titulares de direitos de autor’ para, simplesmente, ‘autores’) ao estabelecer: ‘Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro’ (o art. 103 da lei anterior, 5.988/73, utiliza a expressão ‘titular de direitos autorais’, que, nos termos de seu art. 1º, inclui tanto os titulares de direito de autor quanto os que lhes são conexos). Encontram-se desatendidos, assim, por este novo dispositivo legal, os editores e demais titulares derivados de direitos de autor, uma vez que estabelece a possibilidade de associação, ‘para o exercício e defesa’ de direitos autorais, apenas para ‘os autores e os titulares de direitos conexos’” (grifos no original). NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 414.

⁵³⁷ Conforme explica José Carlos Costa Netto, “[a] Lei n. 9.610, de 1998, veio consagrar, em definitivo, a substituição processual do ECAD – *qualidade ampliada para as associações de titulares de direitos de autor e os que lhe são conexos* – para atuar em nome próprio na representação de seus associados (no caso do ECAD, *irrestritamente de todos os titulares da área musical para fins de arrecadação e distribuição de direitos autorais decorrentes de execução pública*) e no das associações restritas a seus associados, representação, nesta hipótese, documentalmente demonstrada” (grifos no original). *Ibid.*, p. 430.

⁵³⁸ Pela nova redação ofertada com a Lei n. 12.583/2013, o artigo 98 dispõe o seguinte: “[a]rt. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos”.

fonogramas, a legislação autoral brasileira centraliza, obrigatoriamente, essa atividade em um único escritório arrecadador, no caso, o ECAD.

É relevante destacar que a Lei 9.610/1998 não menciona, como fazia a Lei n. 5.988/1973 expressamente, o “Escritório Central de Arrecadação e Distribuição” (ECAD)⁵³⁹. Na redação original do artigo 99 da Lei 9.610/1998, discorria-se genericamente sobre a *manutenção*⁵⁴⁰ de um escritório central, responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e fonogramas, cuja direção e administração ficariam a cargo das associações que o integram. Já a nova redação do artigo 99, conferida pela Lei n. 12.853/2013, fala que essas associações “deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição”⁵⁴¹. Conforme acentua José Carlos Costa Netto⁵⁴², o acréscimo da palavra “único” antes de “escritório central”, em aludido artigo 99 (ausente na redação do artigo 115 da Lei n. 5.988/1973), “reforça a obrigatoriedade legal do sistema unificado e coletivo da arrecadação de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais e literomusicais”.

Tendo em vista a continuidade das atividades prestadas pelo já existente ECAD, criado pela lei de 1973 e operante desde 1977, pressupõe-se, da leitura do artigo 99, a referência indireta a esta entidade que, por via de consequência, segue gozando de plena autonomia e liberdade para atuar na arrecadação e distribuição dos direitos provenientes da execução pública das obras musicais e dos fonogramas. Nos termos do quanto pontua Carlos Alberto Bittar, desde 1º de janeiro de 1977, quando o ECAD iniciou suas atividades, as associações que o compõem⁵⁴³ assumiram o papel de meras repassadoras dos valores

⁵³⁹ Destaca-se o *caput* do artigo 115 da lei anterior, *in verbis*: “[a]rt. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública*, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou litero-musicais e de fonogramas” (grifos nossos).

⁵⁴⁰ Nos termos da redação original do artigo 99: “[a]rt. 99. As associações *manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e litero-musicais e de fonogramas*, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais” (grifos nossos).

⁵⁴¹ A nova redação do artigo 99 dispõe o seguinte: “[a]rt. 99. *A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição*, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B” (grifos nossos).

⁵⁴² NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 427.

⁵⁴³ Atualmente, o ECAD é composto por sete associações, quais sejam: Abramus (Associação Brasileira de Música e Artes), Amar (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes), Assim (Associação de Intérpretes e Músicos), Sbacem (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), Sicam (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), Socinpro (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais) e UBC (União Brasileira de Compositores). ESCRITÓRIO

recolhidos a título de direitos de execução pública aos seus associados, cobrando por isso e pelos demais serviços prestados, uma taxa de administração, a exemplo do que também o faz o ECAD. Nessa perspectiva, destaca-se que, antes da reforma da gestão coletiva proporcionada pela Lei n. 12.853/2013, estima-se que aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) do valor arrecadado ficava retido no ECAD, dentre os quais 17% (dezessete por cento) eram destinados ao próprio ECAD e cerca de 7,5% (sete e meio por cento) às associações, com a finalidade de cobrir as despesas administrativas, operacionais, sob a rubrica dessa “taxa de administração”⁵⁴⁴.

A Lei n. 12.853/2013 modificou esse cenário, ao estabelecer uma nova redação para o parágrafo 4º do artigo 99⁵⁴⁵, prevendo limites à retenção de valores por aludidas entidades, a título de taxa de administração. Desta feita, o dispositivo impõe que em um ano da data da publicação da lei, essa taxa não poderia exceder 22,5% (vinte e dois e meio por cento) e que, nos três anos subsequentes, ela deveria ser no máximo 15% (quinze por cento), garantindo um maior repasse aos autores. De qualquer sorte, o legislador levou em consideração as peculiaridades da manutenção de cada associação, ao prever expressamente no parágrafo 12, do artigo 98⁵⁴⁶, a possibilidade de fixação diferenciada das taxas de administração por cada entidade, conforme melhor atendesse às suas demandas, desde que respeitados os limites estabelecidos pela lei.

Dentre os valores efetivamente repassados aos titulares, isto é, 85% (oitenta e cinco por cento) do que foi arrecadado, a distribuição é feita com base em duas circunstâncias distintas, quais sejam: (a) quando há apresentação musical “ao vivo”, cujo contato do público

CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Associações*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/associacoes/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁵⁴⁴ SOARES FILHO, Sidney. A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD). In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. *Anais...* Niterói: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>>. Acesso em: 02 dez. 2018. p. 243.

⁵⁴⁵ “Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B. [...] § 4º *A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados*” (grifos nossos).

⁵⁴⁶ “Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. [...] § 12. A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas”.

com os artistas intérpretes e executantes é direto, conforme já explanado anteriormente, o pagamento é feito apenas aos autores das obras, não havendo distribuição de direitos conexos; (b) diversamente, nas hipóteses das chamadas “músicas mecânicas” ou “por aparelhos”, em que há o uso de fonogramas, dentre os valores a serem repassados, 2/3 (dois terços) ou 66,67% (sessenta e seis vírgula sessenta e sete por cento) são destinados aos titulares de direitos autorais (autores e editoras), enquanto o 1/3 (um terço) restante, ou 33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento) são destinados aos titulares de direitos conexos, dentre os quais estão incluídos os intérpretes, os músicos executantes e os produtores fonográficos. Por sua vez, dentre essa fatia de 1/3 (um terço), destinada aos direitos conexos, o ECAD estabeleceu, por meio de Assembleia Geral⁵⁴⁷, que 41,7% (quarenta e um vírgula sete por cento) são repassados aos intérpretes, outros 41,7% (quarenta e um vírgula sete por cento) são distribuídos aos produtores fonográficos, e os 16,6% (dezesseis vírgula seis por cento) restantes ficam a cargo dos músicos executantes⁵⁴⁸.

Não se intenta, neste trabalho, analisar detidamente os critérios de cobrança, nem a fixação dos preços para cada hipótese de execução pública, muito menos as regras de distribuição estabelecidas pelo ECAD, considerando não apenas o alto nível de complexidade dessas informações, como também o fato de não se tratarem do escopo primordial deste estudo. É interessante comentar apenas que os valores são estabelecidos com base em critérios objetivos, partindo das diretrizes estipuladas pela Lei n. 12.853/2013 e pelo Decreto n. 9.574/2018 (que regulamenta a primeira), que, por sua vez, são consubstanciados por meio do Regulamento de Arrecadação⁵⁴⁹ e de uma “tabela de preços”⁵⁵⁰, elaborados pelo ECAD. Esses critérios são considerados e aplicados na outorga de cada licença, que deve ser prévia e expressa, a ser emitida em cada utilização de obras

⁵⁴⁷ Conforme destaca Rodrigo Moraes Ferreira, essa definição pelo ECAD é uma herança da revogada Lei n. 4.944, de 1966, que tratava sobre a proteção de artistas, produtores fonográficos e organismos de radiodifusão, e já estabelecia esse tipo de divisão, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, o que foi mantido na forma de usos e costumes, e incorporado no Regulamento de Distribuição do ECAD. FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 394 e 397. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Regulamento de Distribuição*. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento_de_distribuicao.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019. p. 20.

⁵⁴⁸ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 488. FERREIRA, Rodrigo Moraes, op. cit., p. 396-397.

⁵⁴⁹ ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Regulamento de Arrecadação*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/Documents/regulamento-de-arrecadacao.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵⁵⁰ ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Tabela de Preços*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/tabela-de-precos/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

musicais e/ou fonogramas, através da execução pública, em todo o território nacional. “A decisão respeitante a esses critérios e valores (...) é privativa das associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos que dirigem o ECAD”. De forma semelhante, “[o] ECAD mantém um ‘Regulamento de Distribuição’⁵⁵¹, que, votado pelas associações que o comandam, estabelece os critérios de distribuição entre os titulares dos direitos autorais da receita arrecadada no período”⁵⁵².

Feitas essas breves considerações a respeito dos direitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público, com especial atenção para uma espécie deste último, qual seja, a execução pública, e compreendida a dinâmica de controle desses direitos por seus titulares, principalmente considerando o regime compulsório de gestão coletiva estabelecido pela legislação nacional pátria para cobrança dos direitos de execução pública, passa-se agora a uma análise mais focada na natureza jurídica do *streaming*. Isso porque, conforme será melhor abordado no tópico subsequente, as discussões nacionais giram em torno, basicamente, da sua classificação, ora como um ato de distribuição, ora como de comunicação ao público, demonstrando, nessa perspectiva, a importância do estudo proposto neste tópico.

3.3.2 Natureza jurídica do streaming

3.3.2.1 Breves considerações sobre o contexto internacional

Antes de tratar propriamente das discussões envolvendo a natureza jurídica do *streaming* no cenário nacional, entende-se pertinente tecer algumas considerações acerca dos direcionamentos proporcionados no contexto internacional. Desta forma, há que se destacar que, já no ano de 1996, isto é, nos primórdios da Internet comercial, e também na mesma época em que se iniciaram os investimentos de algumas empresas de tecnologia no que concerne ao desenvolvimento e aprimoramento do *streaming*, conforme relatado em tópicos anteriores, foram elaborados dois tratados pela OMPI, com o intuito de disciplinar algumas nuances envolvendo os direitos autorais e conexos no ambiente da Internet, quais sejam: (a) o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor ou WCT (*WIPO Copyright Treaty*); e (b) o

⁵⁵¹ ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Regulamento de Distribuição*. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento_de_distribuicao.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵⁵² NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 459-460 e 485.

Tratado da OMPI sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas ou WPPT (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*)⁵⁵³. Ambos os tratados só entraram em vigor em 2002, no entanto, o Brasil não chegou a aderir a nenhum deles até a data em que a presente pesquisa foi finalizada. Conforme acentua José Carlos Costa Netto, ao lado destes dois instrumentos, o Tratado de Beijing sobre Interpretações e Execuções Audiovisuais (*Beijing Treaty on Audiovisual Performances*), adotado em junho de 2012, formam a tríade que ficou conhecida como tratados da OMPI sobre a Internet⁵⁵⁴. Ressalta-se que o Brasil também não aderiu a este último que, por sua vez, sequer chegou a entrar em vigor⁵⁵⁵.

De acordo com o que relata José Cintra Matias, esses tratados resultaram da criação pela OMPI de dois comitês de peritos: um em 1991, para discutir a possibilidade de desenvolvimento de um protocolo de revisão à Convenção de Berna e outro em 1992, para estudar a questão da proteção de intérpretes e executantes e produtores fonográficos. O autor pontua que, nesse primeiro momento, não havia uma preocupação latente acerca da transmissão de obras intelectuais em redes digitais, tendo em vista que a Internet comercial ainda se encontrava em uma fase inicial, com a recém-criada *World Wide Web* e com apenas alguns navegadores em funcionamento, de modo que ainda não se dimensionavam os problemas adjacentes a esse tipo de transmissão. Apenas por volta de 1995, quando foram realizadas reuniões conjuntas de aludidos comitês, surgem as primeiras preocupações com o assunto⁵⁵⁶, cujos debates giraram em torno de definir se os direitos patrimoniais já previstos nas Convenções de Berna e Roma eram suficientes para abarcar as hipóteses de transmissão pela Internet, ou se haveria a necessidade de estabelecer novos direitos⁵⁵⁷, resultando, nessa

⁵⁵³ Nessa perspectiva, explicam Olenka Woolcott e Germán Flórez: “[l]a normatividad internacional de la Ompi nos ofrece desde 1996 un marco general de protección sobre derecho de autor: Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor (Toda) y Tratado de la Ompi sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) que entraron en vigencia, el primero en marzo y el segundo en mayo del 2002 y se conocieron como los Tratados Internet, precisamente porque instituyeron las normas mínimas de protección de los derechos de autor y conexos en el entorno digital. Con estas regulaciones internacionales se sientan las bases para la protección de los contenidos protegidos por el derecho de autor y las prestaciones intelectuales protegidas por los derechos conexos, y es a partir de ellas que los países miembros deben adecuar sus legislaciones”. WOOLCOTT, Olenka; FLÓREZ, Germán. La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 17, n. 34, p. 13-32, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n34/v17n34a02.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017. p. 24.

⁵⁵⁴ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 323-324.

⁵⁵⁵ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO-Administered Treaties - Contracting Parties > Beijing Treaty on Audiovisual Performances*. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=841>. Acesso em: 19 ago. 2019.

⁵⁵⁶ MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusitana. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 39-40.

⁵⁵⁷ Nessa perspectiva, relata José Cintra Matias: “[a]s questões em debate eram as seguintes: Será que os Direitos Patrimoniais já concedidos pela Convenção de Berna e pela Convenção de Roma seriam aplicáveis à

perspectiva, nos dois tratados da OMPI de 1996: WCT e WPPT.

Dentre as questões disciplinadas por estes tratados, destaca-se como relevante, para o escopo da análise aqui proposta, a previsão dos direitos de distribuição e de comunicação ao público, tanto para os autores no WCT, quanto para intérpretes e executantes no WPPT e no Tratado de Beijing, e para os produtores fonográficos no WPPT, de modo que aludidos instrumentos se ocuparam em definir esses direitos. Assim sendo, o direito de distribuição é conceituado de maneira bastante semelhante em todos os tratados, mudando, basicamente, os titulares a quem esse direito se destina. Nessa perspectiva, transcrevem-se as redações dos Artigos 6(1) do WCT, 8(1) e 12(1) do WPPT e 8(1) do Tratado de Beijing, *in verbis*:

Article 6

Right of Distribution

(1) *Authors of literary and artistic works* shall enjoy the exclusive right of authorizing *the making available to the public* of the original and copies of their works *through sale or other transfer of ownership*.⁵⁵⁸ (grifos nossos)

Article 8

Right of Distribution

(1) *Performers* shall enjoy the exclusive right of authorizing *the making available to the public* of the original and copies of their performances fixed in phonograms *through sale or other transfer of ownership*.

(...)

Article 12

Right of Distribution

(1) *Producers of phonograms* shall enjoy the exclusive right of authorizing *the making available to the public* of the original and copies of their phonograms

transmissão em rede na INTERNET? Quer a resposta seja negativa ou não, como empreender o controlo de tais actos? Começando por abordar a segunda interrogação, devemos referir que as respostas para fornecer modelos de controlo que foram sendo apresentadas foram as seguintes: Através do Direito de Reprodução, sendo necessária a autorização do titular logo à partida, de forma a impedir a gravação no disco rígido do computador? Ou ainda através do direito de reprodução, controlando, antes, a saída, o descarregamento, o download da rede? Ou, como era proposto pelos EUA (e pela União Europeia numa primeira fase no seu ‘Livro Verde sobre o Direito de Autor e os Direitos Conexos na Sociedade da Informação’), simplesmente operando-se a alteração do Direito de Distribuição de exemplares (que requer uma materialização da obra), de modo a abarcar as transmissões imateriais? Repare-se que o conceito de Direito de Distribuição já incluía a expressão ‘making available’ – tornar disponível, havendo apenas que afinar o conceito relativamente ao meio de transmissão imaterial. Ou então através da aplicação dum direito geral de transmissão por cabo, tese do agrado do Governo Australiano? Aqui a solução centrava-se no acto de transmissão. Ou instituindo-se um Direito Geral de comunicação? Presente nos espíritos das várias delegações estava, igualmente, a teoria defendida por Mihaly Ficsor, denominada de ‘open umbrella’. Segundo esta teoria do ‘guarda chuva aberto’ dever-se-ia optar por uma definição tão neutral quanto possível. Neutral na medida em que não deveria conter expressões especificamente tecnológicas (não deveria haver referência sequer ao digital), nem deveria haver uma inclinação do legislador para a adopção da qualificação jurídica do acto visado”. MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusitana. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 40-41.

⁵⁵⁸ Tradução livre: “[a]rtigo 6 – Direito de Distribuição (1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e das cópias de suas obras, através da venda ou de outra forma de transferência de propriedade”. GENEVA. *WIPO Copyright Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>> Acesso em: 12 nov. 2015. p. 3.

*through sale or other transfer of ownership.*⁵⁵⁹ (grifos nossos)

Article 8

Right of Distribution

(1) *Performers* shall enjoy the exclusive right of authorizing *the making available to the public* of the original and copies of their performances fixed in audiovisual fixations *through sale or other transfer of ownership.*⁵⁶⁰ (grifos nossos)

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos supracitados, todos eles se utilizam da expressão “*the making available to the public*” ou “a colocação à disposição do público” associada à transferência de exemplares, seja por meio da venda, seja por outra forma de transferência de propriedade, a fim de caracterizar o ato de distribuição. A despeito de o Brasil não ter aderido a esses tratados, a Lei n. 9.610/1998⁵⁶¹ adotou um conceito de distribuição bastante semelhante às definições desses instrumentos, incluindo também no escopo da distribuição a locação, disciplinada de maneira apartada pelos tratados (em outros dispositivos), bem como a transferência de posse, conforme redação conferida ao inciso IV, do artigo 5º: “*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*” (grifos nossos).

De outra sorte, embora aludidos tratados sejam considerados pela doutrina como os tratados da OMPI sobre a Internet, é interessante comentar que todos eles, ao se referirem aos direitos de distribuição e de locação, apresentam notas de rodapé que explicam que as expressões “originais” e “cópias” mencionadas no escopo dos dispositivos que preveem esses direitos fazem referência exclusivamente a exemplares fixados que podem ser colocados em circulação como objetos tangíveis⁵⁶², dando margem a um entendimento de

⁵⁵⁹ Tradução livre: “[a]rtigo 8 – Direito de Distribuição (1) Os artistas intérpretes e executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e das cópias de suas performances fixadas em fonogramas, através da venda ou de outra forma de transferência de propriedade. (...) Artigo 12 – Direito de Distribuição (1) Os produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e das cópias de seus fonogramas, através da venda ou de outra forma de transferência de propriedade”. GENEVA. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 5-6.

⁵⁶⁰ Tradução livre: “[a]rtigo 8 – Direito de Distribuição (1) Os artistas intérpretes e executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e das cópias de suas performances fixadas em fixações audiovisuais, através da venda ou de outra forma de transferência de propriedade”. BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 6.

⁵⁶¹ Não se pode ignorar o fato de que, ainda que o Brasil não tenha aderido ao WCT e ao WPPT, a Lei n. 9.610/1998 é posterior a eles, de modo que algumas disposições de aludidos tratados foram consideradas nas redações trazidas pela legislação pátria.

⁵⁶² No WCT, os rodapés 5 e 6 dispõem: “[a]greed statement concerning Articles 6 and 7: As used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies,’ being subject to the right of distribution and the

que esses artigos não se aplicam às distribuições e locações eletrônicas, por meios intangíveis, como a Internet.

Por outro lado, verificam-se algumas diferenças entre os tratados analisados no tocante à disciplina do direito de comunicação ao público. A primeira delas é a nomenclatura utilizada por cada um deles para caracterizar a mesma forma de utilização: enquanto o WCT se vale do termo “comunicação ao público”, os demais usam apenas a expressão “direito de colocação à disposição”. Para ficar mais evidente a diferença apontada, transcrevem-se os Artigos 8 do WCT, 10 e 14 do WPPT e 10 do Tratado de Beijing, *in verbis*:

Article 8

Right of Communication to the Public

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, *authors of literary and artistic works* shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, *by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.*⁵⁶³ (grifos nossos)

Article 10

Right of Making Available of Fixed Performances

Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the *making available to the public* of their performances fixed in phonograms, *by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.*

(...)

Article 14

Right of Making Available of Phonograms

Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the *making available to the public* of their phonograms, *by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time*

right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects”. GENEVA. *WIPO Copyright Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>> Acesso em: 12 nov. 2015. p. 8. No WPPT, os rodapés 3, 7, 8, 10 e 11 estabelecem: “[a]greed statement concerning Articles 2(e), 8, 9, 12, and 13: As used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies,’ being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects”. GENEVA. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 12. E, por fim, os rodapés 7 e 8 do Tratado de Beijing também dispõem: “[a]greed statement concerning Articles 8 and 9: As used in these Articles, the expression ‘original and copies,’ being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refers exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects”. BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 6.

⁵⁶³ Tradução livre: “[a]rtigo 8 – Direito de Comunicação ao Público – Sem prejuízo do disposto nos Artigos 11(1)(ii), 11bis(1)(i) e (ii), 14(1)(ii) e 14bis(1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras, por meio de fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público de suas obras, de modo que os membros do público possam acessá-las de um lugar e em um momento individualmente por eles escolhidos”. GENEVA. *WIPO Copyright Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>> Acesso em: 12 nov. 2015. p. 3-4.

*individually chosen by them.*⁵⁶⁴ (grifos nossos)

Article 10

Right of Making Available of Fixed Performances

*Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in audiovisual fixations, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.*⁵⁶⁵ (grifos nossos)

Nota-se que, enquanto o WCT trata a “colocação à disposição do público” (“*the making available to the public*”) conjugada com a noção de interatividade, em que o público acessa a obra em um lugar e em um tempo individualmente escolhido por ele, como uma espécie do gênero “comunicação ao público”; os demais tratados preveem esse tipo de “colocação à disposição do público”, com as mesmas características de interatividade, como um “direito autônomo”. Independente da opção formal do WPPT e do Tratado de Beijing, comparando as redações dos dispositivos supracitados, extrai-se que o escopo da “colocação à disposição do público” marcada por esse caráter de interatividade, em que o público acessa a obra, a interpretação, a execução ou o fonograma da maneira que melhor lhe aprouver, parece se aproximar mais da noção de “comunicação ao público”, uma vez que ela é prevista de modo apartado ao direito de distribuição em todos os tratados. Curiosamente, ao analisar a Lei n. 9.610/1998 à luz desses tratados, a definição que mais se aproxima das redações dos Artigos 8 do WCT, 10 e 14 do WPPT e 10 do Tratado de Beijing, é a de distribuição, prevista no inciso VII, do artigo 29, ao incluir no seu conceito a oferta de obras ou produções por “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”⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Tradução livre: “[a]rtigo 10 – Direito de Colocação à Disposição de Performances Fixadas – Os artistas intérpretes e executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público de suas performances fixadas em fonogramas, por meio de fio ou sem fio, de modo que os membros do público possam acessá-las de um lugar e em um momento individualmente por eles escolhidos. (...) Artigo 14 – Direito de Colocação à Disposição de Fonogramas – Os produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público de seus fonogramas, por meio de fio ou sem fio, de modo que os membros do público possam acessá-las de um lugar e em um momento individualmente por eles escolhidos”. GENEVA. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 5-6.

⁵⁶⁵ Tradução livre: “[a]rtigo 10 – Direito de Colocação à Disposição de Performances Fixadas – Os artistas intérpretes e executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público de suas performances fixadas em fixações audiovisuais, por meio de fio ou sem fio, de modo que os membros do público possam acessá-las de um lugar e em um momento individualmente por eles escolhidos”. BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 6.

⁵⁶⁶ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em

Vale lembrar, de um lado, que o conceito de “*making available to the public*” associado à noção de interatividade, introduzido especialmente pelo WCT e pelo WPPT, é uma solução “guarda-chuva”, voltada a orientar, genericamente, os países signatários a respeito das maneiras possíveis de se tratar internamente os direitos autorais no ambiente digital⁵⁶⁷, sem uma determinação rígida nesse sentido e, de outro lado, o Brasil sequer chegou a aderir a aludidos tratados, ficando o legislador pátrio ainda mais livre para seguir os caminhos que entendesse mais apropriados.

Conforme acentua José Cintra Matias, uma das preocupações dos comitês que trabalharam nestes tratados “era preencher os vazios deixados pela Convenção de Berna e a instituição de um direito de comunicação de carácter geral seria o caminho mais eficaz”, o que aconteceu com a introdução dos mencionados conceitos nos Artigos 8 do WCT, 10 e 14 do WPPT. Nas palavras do autor, de duas ordens diferentes eram essas lacunas deixadas pela Convenção de Berna: (a) a primeira delas diz respeito às obras abarcadas no direito de comunicação ao público, que incluíam apenas “as obras dramáticas, dramático - musicais e musicais, a recitação, as adaptações ou reprodução cinematográficas de uma obra ou a obra cinematográfica”, o que, para alguns estudiosos, foi solucionado pela segunda parte do Artigo 8 do WCT, que fala genericamente em obras literárias e artísticas; (b) já a outra suposta lacuna era mais controversa, tendo em vista que, de um lado, alguns autores entendiam que a previsão da transmissão por fio abarcaria a transmissão digital e, por via de consequência, também esse conceito da colocação à disposição do público, enquanto de outro lado, estudiosos defendiam que esse “direito de colocação à disposição do público” não podia ser depreendido da Convenção de Berna, já que, na época da revisão de Paris, em 1971, a Internet ainda não fazia parte do cenário social, configurando a outra lacuna, ideia que, na aceção de Matias, foi “reforçada pelo facto de os Tratados Internet não se terem limitado a invocar uma interpretação dos artigos da CB [Convenção de Berna], mas a inserir expressamente a descrição de um novo direito”⁵⁶⁸.

Retomando a análise dos tratados, é interessante comentar que o WPPT e o

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”.

⁵⁶⁷ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 26.

⁵⁶⁸ MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 41-42.

Tratado de Beijing conceituam a “radiodifusão” (“*broadcasting*”) e a “comunicação ao público” (“*communication to the public*”) (apartado do “*making available*”), de modo a diferenciá-las. A definição de radiodifusão é idêntica em ambos os tratados e a de comunicação ao público diverge basicamente no tocante às obras a que eles se referem, sendo que o WPPT menciona músicas e fonogramas, enquanto o Tratado de Beijing fala sobre audiovisual. Sublinham-se os itens (f) e (g) do Artigo 2 do WPPT, e os itens (c) e (d) do Artigo 2 do Tratado de Beijing:

Article 2

Definitions

For the purposes of this Treaty:

(...)

(f) “*broadcasting*” means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission by satellite is also “*broadcasting*”; transmission of encrypted signals is “*broadcasting*” where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent;

(g) “*communication to the public*” of a performance or a phonogram means the transmission to the public by any medium, otherwise than by broadcasting, of sounds of a performance or the sounds or the representations of sounds fixed in a phonogram. For the purposes of Article 15, “*communication to the public*” includes making the sounds or representations of sounds fixed in a phonogram audible to the public.⁵⁶⁹ (grifos nossos)

Article 2

Definitions

For the purposes of this Treaty:

(c) “*broadcasting*” means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission by satellite is also “*broadcasting*”; transmission of encrypted signals is “*broadcasting*” where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent;

(d) “*communication to the public*” of a performance means the transmission to the public by any medium, otherwise than by broadcasting, of an unfixed performance, or of a performance fixed in an audiovisual fixation. For the purposes of Article 11, “*communication to the public*” includes making a performance fixed in an audiovisual fixation audible or visible or audible and visible to the public.⁵⁷⁰ (grifos nossos)

⁵⁶⁹ Tradução livre: “[a]rtigo 2 – Definições – Para efeitos deste Tratado: (...) (f) ‘radiodifusão’ significa a transmissão sem fio para a recepção pública de sons, ou de imagens e sons, ou da representação dos mesmos; essa transmissão via satélite também é ‘radiodifusão’; a transmissão de sinais criptografados é ‘radiodifusão’, onde os meios para descriptografá-los são fornecidos ao público pela emissora de radiodifusão ou com o seu consentimento; (g) ‘comunicação ao público’ de uma performance ou de um fonograma significa a transmissão ao público por qualquer meio, que não seja a radiodifusão, de sons de uma performance, ou de sons ou de representações de sons fixados em um fonograma. Para os fins do Artigo 15, a ‘comunicação ao público’ inclui tornar os sons ou as representações de sons fixados em um fonograma audíveis ao público”. GENEVA. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 2-3.

⁵⁷⁰ Tradução livre: “[a]rtigo 2 – Definições – Para efeitos deste Tratado: (...) (c) ‘radiodifusão’ significa a transmissão sem fio para a recepção pública de sons, ou de imagens, ou de imagens e sons, ou da representação dos mesmos; essa transmissão via satélite também é ‘radiodifusão’; a transmissão de sinais criptografados é ‘radiodifusão’, onde os meios para descriptografá-los são fornecidos ao público pela emissora de radiodifusão

Diferentemente do que faz a legislação pátria, que inclui a radiodifusão nos conceitos de execução e representação públicas, espécies do gênero comunicação ao público (de acordo com o que já foi comentado no tópico antecedente), para os termos dos tratados sobre direitos conexos (WPPT e Tratado de Beijing), comunicação ao público inclui qualquer transmissão ao público, por qualquer meio que não seja a radiodifusão. Outra peculiaridade interessante do WPPT é que seu Artigo 15(1) estabelece uma espécie de licença compulsória⁵⁷¹ ao prever o direito de intérpretes, executantes e produtores fonográficos receberem uma remuneração equitativa e única decorrente do uso direto ou indireto para radiodifusão ou para qualquer forma de comunicação ao público dos fonogramas publicados com fins comerciais. Ademais, esse mesmo dispositivo, no item 4, qualifica a colocação à disposição do público com caráter de interatividade (acessado onde e quando o público quiser) como uma publicação para fins comerciais, de modo a enquadrá-la também nessa hipótese de remuneração equitativa, além de relacioná-la, em certa medida, com o direito de comunicação ao público (considerando que o Artigo 15 trata especificamente do direito de remuneração para radiodifusão e comunicação ao público)⁵⁷².

ou com o seu consentimento; (d) ‘comunicação ao público’ de uma performance significa a transmissão ao público por qualquer meio, que não seja a radiodifusão, de uma performance não fixada, ou de uma performance fixada em uma fixação audiovisual. Para os fins do Artigo 11, a ‘comunicação ao público’ inclui tornar uma performance fixada em uma fixação audiovisual audível ou visível, ou audível e visível ao público”. BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 4.

⁵⁷¹ Sobre o assunto, Ascensão explica que uma licença pode ser legal ou compulsória. No caso da licença legal, é admitido o uso livre da obra por terceiro, sem prévio consentimento do autor, mas os direitos deste são mantidos, tanto no seu aspecto moral, quanto no patrimonial. Isso significa dizer que, a despeito de preservar os seus direitos, o autor não pode recusar a autorização para que terceiro utilize sua obra. É como se a lei substituísse o autor nesse aspecto. No entendimento de Ascensão, a diferença da licença legal com a licença compulsória é que, no caso desta última, além da possibilidade de utilização livre, sem prévio consentimento do autor, e geralmente remunerada, ela depende também da intervenção de um órgão administrativo ou judicial responsável por decidir a sua outorga. Aparentemente, a barreira que diferencia licença legal de licença compulsória no momento de interpretar um artigo de lei ou de uma convenção internacional é tênue, motivo pelo qual se adota, nesse trabalho, a terminologia “licença compulsória” para se referir, genericamente, à possibilidade de utilização livre de uma obra, interpretação ou execução fixada, fonograma, sem prévio consentimento dos seus titulares, e compulsoriamente remunerada. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 258.

⁵⁷² No original: “Article 15 - *Right to Remuneration for Broadcasting and Communication to the Public* (1) Performers and producers of phonograms shall enjoy the *right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.* (...) (4) For the purposes of this Article, phonograms *made available to the public by wire or wireless means in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them shall be considered as if they had been published for commercial purposes*” (grifos nossos). Ademais, o rodapé 12 do Tratado explica que esse artigo 15 não esgota as hipóteses de direitos de radiodifusão e comunicação ao público que intérpretes, executantes e produtores fonográficos podem gozar no cenário digital, sendo apenas o que os países acordantes foram capazes de prever naquele momento, já que não houve consenso sobre outras questões debatidas na ocasião. No original, o rodapé 12 dispõe o seguinte: “*Agreed statement concerning Article 15: It is understood that Article 15 does not represent a complete*

Por sua vez, o Tratado de Beijing prevê o direito exclusivo de intérpretes e executantes autorizarem a radiodifusão e a comunicação ao público de suas performances fixadas em suporte audiovisual, ou ainda, a possibilidade de os países signatários, mediante notificação depositada perante o Diretor Geral da OMPI, estabelecerem a licença compulsória, como faz o WPPT, conferindo um direito de remuneração equitativa aos intérpretes e executantes, no lugar desse direito de autorização, conforme dispõe o Artigo 11 (1) e (2)⁵⁷³.

Em suma, a partir da análise dos conceitos trazidos pelos tratados da OMPI sobre Internet, em especial o WCT e o WPPT que datam de 1996 e estão em vigor desde 2002, e com base nas modalidades de *streaming* estudadas no primeiro tópico deste capítulo, depreende-se que, tanto o formato não interativo (seja na modalidade simultânea, seja na forma de transmissão apenas via Internet; ao vivo ou por meio de transmissão pré-gravada), quanto o interativo (sob demanda) parecem se aproximar mais da definição de comunicação ao público, dentre as modalidades de utilização disciplinadas pelos tratados. Aliás, especificamente o *streaming* interativo, que possibilita ao usuário acessar o conteúdo no momento e no local por ele desejado, parece se subsumir ao conceito de colocação à disposição do público, previsto nos Artigos 8 do WCT, 10 e 14 do WPPT e 10 do Tratado de Beijing, como uma espécie de comunicação ao público ou como um direito autônomo (no caso dos dois últimos tratados).

Essa é uma leitura que se faz dos tratados que buscaram direcionar as nuances dos direitos autorais e conexos, perante o cenário digital. Cabe pontuar que os tratados não vincularam a definição da natureza jurídica do *streaming* a alguma das modalidades de utilização neles disciplinadas (a tecnologia nem é citada em aludidos documentos), conferindo apenas alguns substratos para que os países signatários estabelecessem suas

resolution of the level of rights of broadcasting and communication to the public that should be enjoyed by performers and phonogram producers in the digital age. Delegations were unable to achieve consensus on differing proposals for aspects of exclusivity to be provided in certain circumstances or for rights to be provided without the possibility of reservations, and have therefore left the issue to future resolution". GENEVA. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 6-7 e 12-13.

⁵⁷³ "Article 11 - Right of Broadcasting and Communication to the Public (1) Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the broadcasting and communication to the public of their performances fixed in audiovisual fixations. (2) Contracting Parties may in a notification deposited with the Director General of WIPO declare that, instead of the right of authorization provided for in paragraph (1), they will establish a right to equitable remuneration for the direct or indirect use of performances fixed in audiovisual fixations for broadcasting or for communication to the public. Contracting Parties may also declare that they will set conditions in their legislation for the exercise of the right to equitable remuneration". BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 7.

próprias regras internas, lembrando, inclusive, que o Brasil sequer aderiu a esses tratados, embora tenha adotado algumas previsões semelhantes na Lei n. 9.610/1998.

Conforme destaca José Cintra Matias, a intenção do WCT foi, de fato, incorporar o direito de colocação à disposição do público dentro do direito de comunicação ao público, no entanto, pondera o autor que, na prática, os países não precisariam efetivar essa incorporação do primeiro dentro do escopo do segundo, desde que a noção da colocação à disposição do público pudesse ser depreendida de outros direitos previstos nas legislações locais, o que foi resultado da postura dos Estados Unidos, durante as discussões do Tratado. Nessa perspectiva, relata Matias⁵⁷⁴:

Acolher o DCDP⁵⁷⁵ no Direito de Comunicação ao Público foi sem dúvida uma das intenções, frustrando-se, aparentemente, a neutralidade jurídica qualificativa defendida pela tese de Ficsor⁵⁷⁶. Todavia, de salientar que este “guarda-chuva meio aberto” poderá ser totalmente expandido através da apreciação da declaração interpretativa feita pela delegação dos EUA, à qual não foi efectuado nenhum tipo de contestação. O representante dos EUA venceu o seu entendimento de que os direitos contidos nos artigos 10 do projecto do WCT/TODA – art.º 8.º no texto final - e nos artigos 11 e 18 do projecto do WPPT/TOIEF – respectivamente, art.ºs 10.º e 14 do texto final - *«poderiam ser implementados pelas leis nacionais através da aplicação de um qualquer direito exclusivo, mesmo que seja através de outro direito distinto do direito de comunicação ao público ou do direito de colocação à disposição do público, ou através da combinação de direitos exclusivos, desde que os actos descritos nos artigos referidos sejam cobertos por esses artigos»*. Esta declaração, que não foi comentada por nenhuma delegação, explanava a tese do “guarda – chuva” de Ficsor e suportava igualmente a ideia inicial dos EUA de não realizarem qualquer alteração aos direitos concedidos na sua legislação nacional, aproveitando o direito de distribuição já aí contido. (grifos nossos)

Feitas essas considerações a respeito do panorama internacional, passa-se a analisar, brevemente, a forma com que a União Europeia e os Estados Unidos optaram por incorporar aludidas sugestões internacionais, refletindo na disciplina jurídica do *streaming* nesses lugares. O objetivo é mostrar que, embora ambos sejam signatários do WCT e do WPPT, cada um escolheu um caminho para tratar da questão.

Primeiramente, há que se acentuar que o direito exclusivo de comunicação ao público, previsto nos textos legais da União Europeia, abarca uma definição ampla que inclui todas as formas de comunicação onde o público não se encontra presente no lugar onde essa comunicação se originou. Esse conceito aberto de comunicação ao público encontra-se

⁵⁷⁴ MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusitana. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 42.

⁵⁷⁵ Leia-se: “direito de colocação à disposição do público”.

⁵⁷⁶ Conforme comentado anteriormente em nota de rodapé.

expresso no Considerando n. 23 da Diretiva 2001/29/CE sobre Sociedade da Informação⁵⁷⁷, que assim dispõe:

(23) A presente directiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à *comunicação de obras ao público*. Esses direitos deverão ser entendidos no *sentido lato*, abrangendo *todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações*. *Abrangem* ainda qualquer *transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão*, não abrangendo quaisquer outros actos.⁵⁷⁸ (grifos nossos)

Em complemento a essa definição proporcionada pelo Considerando n. 23, o Artigo 3º, item 1, de aludida Diretiva, acrescenta, no escopo do direito de comunicação ao público, a colocação à disposição do público, nos mesmos moldes do WCT analisado anteriormente, e o item 2 deste Artigo estende esse direito, conferido aos autores pelo item 1, aos intérpretes, executantes, produtores fonográficos, produtores de primeiras fixações de filmes e organismos de radiodifusão, conforme a seguinte redação:

Artigo 3º

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

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

2. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de *colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido*, cabe:

- a) Aos *artistas intérpretes ou executantes*, para as fixações das suas prestações;
- b) Aos *produtores de fonogramas*, para os seus fonogramas;
- c) Aos *produtores de primeiras fixações de filmes*, para o original e as cópias dos seus filmes; e
- d) Aos *organismos de radiodifusão*, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.⁵⁷⁹ (grifos nossos e no original)

⁵⁷⁷ BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=53609109111808601403002800102708108504200003001506802709209512407407108709108401102700210301702206103100409201006506411002410602204208903303510611106911009906411900700802208508601212706607501202900008911209802411506609807007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 3 e 5.

⁵⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 22 jun. 2001. L 167, p. 10-19. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em: 25 jul. 2017. p. L 167/12.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. L 167/16.

O que se depreende da leitura do dispositivo supracitado é que a União Europeia, por meio da Diretiva 2001/29/CE, incorporou o conceito de comunicação ao público, que inclui a espécie da “colocação à disposição do público”, de forma praticamente idêntica ao consignado no WCT. Ademais, ela chega a ir além do disposto no WCT e no WPPT, ao estender aludidos direitos aos produtores videográficos, responsáveis pelas primeiras fixações de filmes, e aos organismos de radiodifusão, nos termos das alíneas “c” e “d” do item 2, do Artigo 3º.

De outra sorte, conforme assevera Maurizio Borghi, basta que uma obra protegida seja colocada à disposição do público, isto é, ao alcance do público, por qualquer meio, para que seja verificada a incidência do direito de comunicação ao público, o que independe do fato de que algum membro do público tenha efetivamente acessado essa obra. Esse foi o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça Europeu no caso SGAE v. Rafael Hoteles SA, ao reconhecer a incidência do direito de comunicação ao público de obras musicais, pela mera disponibilização de aparelhos de televisão aos clientes de quartos de hotéis, em outras palavras, independente do efetivo uso de aludidos aparelhos pelos clientes, de forma semelhante ao que acontece no Brasil. Com base nisso, Borghi argumenta que a comunicação de obras protegidas pela Internet acontece nessas mesmas condições, bastando que elas sejam colocadas à disposição por qualquer meio (incluindo *peer-to-peer* e *hyperlinking*), para que haja a incidência do direito previsto no Artigo 3(1) da Diretiva 2001/29/CE, bem como uma potencial infração a ele, se o uso for feito sem a autorização demandada⁵⁸⁰.

Esse alargamento no conceito de comunicação ao público, adotado pelas normativas europeias, inclusive, conforme dispõe expressamente o Considerando n. 23 da Diretiva 2001/29/CE, reflete as alterações na noção de “público” proporcionadas, em um primeiro momento, pelo advento da radiodifusão, sob uma perspectiva espacial, e, posteriormente, pela Internet, sob um aspecto temporal. Explica-se: a radiodifusão afastou a necessidade de um público reunido em um mesmo espaço físico, possibilitando que as obras alcançassem milhares de espectadores, cada qual em sua respectiva casa, por meio dos aparelhos de rádio e de televisão, atingindo, portanto, um público massivo. Do ponto de vista

⁵⁸⁰ BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 5.

temporal, não houve inovação pela radiodifusão, já que a emissão pelos organismos de radiodifusão e a recepção por esses espectadores era simultânea, ou ao menos potencialmente simultânea. A Internet, por sua vez, além de não exigir a reunião física do público, possibilitou também o diferimento do momento da recepção ou da potencialidade desta, em relação ao da emissão: com a Internet o usuário pode escolher, não apenas o lugar, como também o momento em que deseja acessar o conteúdo. Para amparar esse cenário, o simples ato de colocar uma obra à disposição do “público”, possibilitando o acesso a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, foi incorporado à definição de comunicação ao público pelo direito europeu⁵⁸¹.

Nessa perspectiva, Maurizio Borghi faz a leitura do direito de comunicação ao público disciplinado pela Diretiva 2001/29/CE como um termo guarda-chuva que abarca dois tipos de direitos: (a) o direito de transmitir/radiodifundir as obras ao público ou direito de radiodifusão (“*broadcasting right*”), e (b) o direito de colocar a obra à disposição em um lugar e em um momento individualmente escolhido pelos membros do público (“*making available right*”). O autor explica que, no primeiro caso, o usuário só consegue acessar a obra no momento em que ela é transmitida, enquanto no último, ele pode acessá-la quando e onde ele desejar, bastando que ele inicie a transmissão a seu critério. Com base nessa diferenciação, Borghi considera que a modalidade de *streaming* sob demanda deveria ser incluída na definição de “*making available*”, enquanto o *streaming* ao vivo ou não interativo se enquadraria no “*broadcasting*”⁵⁸².

Explica-se que, embora o termo “*broadcasting*” seja naturalmente utilizado para se referir à radiodifusão analógica ou hertziana (tradicional), isto é, à transmissão sem fio, via ondas eletromagnéticas (conforme comentado no primeiro capítulo deste trabalho), Borghi leva em consideração a característica da simultaneidade da emissão e da recepção dos conteúdos para caracterizar o que ele chama de “direito de radiodifusão” ou “*broadcasting right*”, motivo pelo qual, dado à semelhança com o que acontece no *streaming* não interativo, o autor entende pertinente a extensão da aplicação das normas disciplinadoras

⁵⁸¹ MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 45.

⁵⁸² BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 5-6.

da radiodifusão tradicional a essa modalidade de *streaming*. Nas palavras do autor:

Accordingly, it would seem that all uses that are here classified as “on-demand streaming” should be included under the definition of making available, while “live streaming” should fall under broadcasting. For example, offering a video for streaming on a blog, or uploading it on a hosting service, or sharing it on a peer-to-peer network, are all activities that infringe the making available right; by contrast, playing the video live on a web television or on a simulcasting platform would infringe the broadcasting right.

The distinction between broadcasting and making available right is crucial, since these rights are subject to different legal regimes under European copyright law. There are in, particular, two differences. First, in cases of making available, authors as well as holders of related rights enjoy an exclusive right to make the work available to the public, whereas in cases of broadcasting, holders of rights in performances and in phonogram records have only a right to an equitable remuneration under Article 8(2) of the Rental and Lending Right Directive. Second, broadcasting is subject to a special “cable retransmission right” provided for in Arts. 9-12 of the Satellite and Cable Directive. Cable retransmission is defined as “simultaneous, unaltered and unabridged retransmission” by cable system of broadcasts transmitted by wire or over the air. According to the provision of this Directive, the right to authorise cable retransmission is administered compulsorily through collecting societies. This means that a cable operator is entitled to retransmit most of the programmes aired by broadcast companies without the need for clearing the rights with each right holder. This system of collective management of rights does not apply in the context of the making available right.⁵⁸³

Aliás, essa leitura de que o regime da radiodifusão tradicional poderia ser aplicado ao *streaming* não interativo não se limita ao âmbito regional da União Europeia.

⁵⁸³ Tradução livre: “[a]ssim, parece que todos os usos que são aqui classificados como “*streaming* sob demanda” devem ser incluídos na definição de colocação à disposição, enquanto o “*streaming* ao vivo” deve se enquadrar na radiodifusão. Por exemplo, oferecer um vídeo para *streaming* em um *blog*, ou carregá-lo em um serviço de hospedagem, ou compartilhá-lo em uma rede ponto a ponto são todas atividades que infringem o direito de colocação à disposição; por outro lado, exibir o vídeo ao vivo em uma televisão *online* ou em uma plataforma de *simulcasting* infringiria o direito de radiodifusão. A distinção entre o direito de radiodifusão e o de colocação à disposição é crucial, considerando que esses direitos estão sujeitos a diferentes regimes legais sob a legislação autoral europeia. Existem, em particular, duas diferenças. Primeiramente, nos casos de colocação à disposição, os autores assim como os titulares de direitos conexos gozam de um direito exclusivo de colocar a obra à disposição do público, enquanto nos casos de radiodifusão, os titulares de direitos das interpretações, das execuções e dos fonogramas só possuem o direito a uma remuneração equitativa, nos termos do Artigo 8(2) da Diretiva sobre os Direitos de Locação e Comodato. Em segundo lugar, a radiodifusão está sujeita a um ‘direito especial de retransmissão a cabo’, previsto nos Arts. 9-12 da Diretiva sobre Satélite e Cabo. A retransmissão a cabo é definida como ‘a retransmissão simultânea, inalterada e integral’, por meio de um sistema a cabo, de emissões transmitidas por fio ou por via aérea. De acordo com a previsão desta Diretiva, o direito de autorizar a retransmissão a cabo é administrado compulsoriamente por sociedades de gestão coletiva. Isso significa que uma operadora a cabo tem o direito de retransmitir a maioria dos programas veiculados por emissoras de radiodifusão sem a necessidade de liberar os direitos com cada titular. Esse sistema de gestão coletiva não se aplica no contexto do direito de colocação à disposição”. BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=53609109111808601403002800102708108504200003001506802709209512407407108709108401102700210301702206103100409201006506411002410602204208903303510611106911009906411900700802208508601212706607501202900008911209802411506609807007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 6.

Pautado justamente neste entendimento, Theodoros Chiou, ao analisar a recepção do *streaming* pela legislação francesa, explica que essa forma de difusão linear do *streaming*, em que a decisão sobre o conteúdo disponibilizado e sobre o momento da disponibilização está nas mãos do difusor, e não do usuário, está sujeita à aplicação do regime da radiodifusão tradicional. Nesse âmbito estão incluídos os casos de *simulcasting*, em que o conteúdo é transmitido simultaneamente via ondas hertzianas e *online*, além das hipóteses de *webcasting*, cujas difusões dos conteúdos acontecem apenas na Internet, a exemplo das web-rádios e web-TVs⁵⁸⁴.

Outro aspecto que suscitou dúvidas foi sobre se o processo de *buffering*, que consiste basicamente no armazenamento temporário do conteúdo na memória RAM (memória temporária, e não no disco rígido) do dispositivo, necessário para a transmissão de conteúdo via *streaming*, implicaria na incidência do direito de reprodução, previsto no Artigo 2º da Diretiva 2001/29/CE. Isso porque a definição desse direito pela legislação europeia é bastante ampla e abarca as “reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”⁵⁸⁵. Ocorre que essa mesma diretiva impõe uma restrição ao exclusivo de reprodução garantido a autores e demais titulares de direitos conexos, nos termos do Artigo 5º, item 1, *in verbis*:

Artigo 5.º

Exceções e limitações

1. *Os actos de reprodução temporária* referidos no artigo 2.º, que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir:

- a) *Uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário*, ou
- b) *Uma utilização legítima*

de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado

⁵⁸⁴ Theodoros Chiou, ao tratar da difusão linear do *streaming*, explica o seguinte: “[c]e type de diffusion est très proche aux modes de télédiffusion analogiques (« traditionnelles »). La seule différence se trouve sur le fait que la transmission se fait sur Internet et la réception des signaux s’effectue par les ordinateurs des utilisateurs. (...) De surcroît, ce qui est caractéristique de ce type de diffusion c’est l’impossibilité pour les utilisateurs d’intervenir et choisir soit le contenu de la diffusion, soit le moment de la réalisation de cette dernière. C’est le diffuseur qui fait le choix du moment et du contenu de la diffusion. Ainsi, les utilisateurs peuvent seulement recevoir passivement les programmes diffusés. La réception s’effectue en temps réel (ou quasi réel) et en termes techniques on utilise l’expression *lecture en continu*. L’application du droit de représentation à ce type de diffusion en streaming ne pose pas de difficultés particulières : la diffusion en continu est un acte de communication au public par télédiffusion, par conséquent, le régime de la télédiffusion traditionnelle (télédiffusion hertzienne par exemple) s’applique de manière analogue” (grifo no original). CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d’auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d’auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 25-26.

⁵⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 22 jun. 2001. L 167, p. 10-19. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em: 25 jul. 2017. p. L 167/16.

económico, estão excluídos do direito de reprodução previsto no artigo 2.º.⁵⁸⁶
(grifos nossos e no original)

Os requisitos exigidos pelo dispositivo supracitado, para que haja a exclusão da incidência do direito de reprodução são basicamente os seguintes: que o ato de cópia seja temporário, transitório, constitua parte integrante e essencial de um processo tecnológico, cujo objetivo seja permitir uma transmissão entre terceiros por um intermediário ou uma utilização legítima e sem que haja um intuito econômico independente. Depreende-se, portanto, que o *buffering*, na condição de processo transitório e incidental do *streaming*, que meramente viabiliza que a obra corporificada no suporte digital fique perceptível ao usuário, cujos pequenos fragmentos de obras são copiados na memória RAM do dispositivo e em seguida apagados e substituídos por novos fragmentos, é apenas um efeito colateral do funcionamento técnico do *player* de mídia digital, enquadrando-se, nesse sentido, no escopo da exceção do Artigo 5º, item 1, da Diretiva 2001/29/CE e afastando a incidência do exclusivo de reprodução, em outras palavras, não exigindo uma autorização específica dos titulares para tanto⁵⁸⁷.

É interessante observar que a legislação autoral brasileira traz uma regra semelhante ao descrito no Artigo 5º, item 1, da Diretiva 2001/29/CE, cuja leitura também admite excepcionar o processo de *buffering* do exclusivo de reprodução, conforme se depreende do quanto exposto no parágrafo 1º, do artigo 30, da Lei n. 9.610/1998, *in verbis*:

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

§ 1º O *direito de exclusividade de reprodução não será aplicável* quando ela for *temporária* e apenas *tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental*, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular. (grifos nossos)

Enquanto o parágrafo 1º do artigo 30 induz o entendimento de que o *buffering* estaria excepcionado ao direito exclusivo de reprodução, o *caput* sugere que a colocação de

⁵⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 22 jun. 2001. L 167, p. 10-19. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em: 25 jul. 2017. p. L 167/16.

⁵⁸⁷ BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 17-18 e 27.

uma obra à disposição do público demanda, a priori, um ato de reprodução que, por sua vez, exige a autorização dos seus titulares, como seria o caso, por exemplo, da fixação da obra na memória do servidor do serviço de *streaming*, a fim de viabilizar a sua disponibilização aos usuários. Isso demonstra, no mínimo, a complexidade de se definir a natureza jurídica do *streaming*, tendo em vista que a sua forma de processamento provoca mais de uma modalidade de utilização de obras intelectuais, dentre as quais é possível identificar, pelo menos, dois atos de reprodução: um necessário para a fixação da obra no servidor da plataforma e outro para permitir a visualização da obra pelos usuários, sendo esse último excepcionado expressamente pela lei (europeia e nacional, conforme analisado), que entende que essa reprodução é intrínseca e indissociável ao processo tecnológico ao qual está vinculada.

Ademais, conforme evidenciado anteriormente, o grande escopo do *streaming*, que consiste na transferência de conteúdo em fluxo contínuo, parece ter sido recepcionado pela legislação comunitária europeia através do direito de comunicação ao público, seja analogamente à radiodifusão tradicional, na hipótese do *streaming* linear ou não interativo, seja pela espécie do “direito de colocação à disposição do público” (introduzida expressamente pela Diretiva 2001/29/CE) no caso do *streaming on demand* (sob demanda). Não obstante, vale ressaltar que cada país da União Europeia apresenta uma certa margem de liberdade para escolher a forma e adotar as medidas necessárias para a incorporação das regras das Diretivas nas legislações nacionais. Com base nisso, relata José Cintra Matias⁵⁸⁸ que a transposição do direito de colocação à disposição do público, previsto na Diretiva 2001/29/CE, nas legislações dos países membros da União Europeia aconteceu segundo, basicamente, três opções, quais sejam:

- i. Não alterando a lei: Espanha; Holanda (Direito de Comunicação ao Público); França (Direito de Representação);
- ii. Acrescentando à panóplia de actos sujeitos ao Direito de Comunicação ao Público: Itália e Alemanha (embora esta remetendo o DCDP para um artigo específico, ainda que abrangido sistematicamente pelo Direito de exploração sob a forma imaterial).
- iii. Destacando numa norma específica o DCDP, sem a relacionar com outro Direito: Portugal.

Destaca-se o exemplo da França, que optou pela não alteração do texto legal

⁵⁸⁸ MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 43.

pátrio, por entender que a forma sintética com que o *Code de la Propriété Intellectuelle* (Código da Propriedade Intelectual) define as duas prerrogativas dos direitos patrimoniais de autor, quais sejam, o direito de reprodução e o direito de representação, é suficiente para abarcar todas as modalidades de exploração das obras intelectuais, inclusive as novas, proporcionadas pelos avanços na tecnologia⁵⁸⁹. Portanto, resta evidenciado que, diferentemente do Brasil que adotou, basicamente, o trinômio “reprodução, distribuição e comunicação ao público” na legislação autoral para tratar das formas de utilização da obra intelectual, a opção clássica francesa é por incluir quaisquer formas de usos dentro do escopo das duas prerrogativas previamente comentadas, isto é, o direito de reprodução e o de representação⁵⁹⁰. Com base nisso, o *Code de la Propriété Intellectuelle* traz as seguintes definições de aludidos direitos:

L.122-2

La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une oeuvre vers un satellite.

(...)

L.122-3

La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés

⁵⁸⁹ No original: “[d]’un côté, il est connu que le droit patrimonial ainsi que ses deux prérogatives, le droit de reproduction et le droit de représentation, sont conçus traditionnellement en droit français de manière « synthétique ». La simplicité à la forme et la plénitude du contenu de l’article L. 122-1 CPI permettent d’inclure dans le périmètre du droit exclusif tous les nouveaux modes d’exploitation, sans que l’intervention du législateur soit nécessaire”. CHIYOU, Theodoros. *Streaming et droit d’auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d’auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 7.

⁵⁹⁰ José Carlos Costa Netto, ao analisar as possibilidades de utilização de obras intelectuais, explica o seguinte: “[a] doutrina clássica ensina que são, basicamente, duas: a reprodução e a representação. Consideradas em sua origem, não é difícil entender porque do termo genérico e abrangente ‘utilização’ extraem-se apenas essas duas espécies, uma vez que o direito de reprodução (*copyright*) consistiu na origem conhecida de proteção legal aos direitos de autor e o direito de representação, instituído legalmente na França em 1791, se referia às obras dramáticas (*ou teatrais*), cuja proteção ou arrecadação de direitos patrimoniais motivou as primeiras iniciativas associativas entre autores. Assim, embora justificadas essas duas abrangentes vertentes como espécies do gênero ‘utilização’, é necessário que se dê aos termos ‘reprodução’ e ‘representação’ uma elasticidade improvável para que possam conter não só as várias espécies de utilização de obras intelectuais que emergiram do início do século até agora, mas, também o que ainda está para surgir com o incremento da evolução tecnológica e dos meios de comunicação. Existe, na doutrina, influenciada pelo sistema adotado pelo direito positivo francês, o entendimento de que reprodução seria a comunicação ‘indireta’ ao público da obra intelectual; a representação, a comunicação ‘direta’. (...) (a) direitos de reprodução: decorrem da reprodução, em qualquer suporte, de obra intelectual; e (b) direitos de representação: decorrem da ‘interpretação’ (ou execução) de uma obra mediante ações tais como a encenação, recitação, canto, dança ou projeção, realizados na presença do espectador ou transmitindo a interpretação através de mecanismos ou processos técnicos tais como microfones, radiodifusão ou televisão por cabo”. NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 244-246.

qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.

Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique.

Pour les oeuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type.⁵⁹¹ (grifos nossos)

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos supracitados, os conceitos de reprodução e de representação (ou comunicação ao público) são deveras abertos e permitem, de fato, abarcar uma série de formas de utilização. Nessa perspectiva, para configurar a reprodução basta a fixação material de uma obra em um suporte qualquer, que permita a sua comunicação ao público, de maneira indireta, independentemente, portanto, da natureza do suporte, do processo técnico de fixação, do objetivo da reprodução ou mesmo da duração da fixação. Com base nisso, Theodoros Chiou explica que, do ponto de vista da legislação francesa, três são os atos de reprodução identificados no processo de *streaming*, sendo um deles excepcionado do monopólio legal do autor, seguindo os preceitos do Artigo 5º, item 1, da Diretiva 2001/29/CE: (a) a digitalização da obra, isto é, a tradução da linguagem analógica da obra para o modo numérico ou binário, conferindo a ela o formato digital; (b) a fixação da obra já digitalizada na memória do servidor conectado à Internet, que vai possibilitar a sua difusão via *streaming*; e (c) o *buffering* explicado anteriormente, que vai integrar o processo de transmissão via *streaming*, sendo este último excepcionado pelo Artigo L.122-5, item 6º do *Code de la Propriété Intellectuelle*⁵⁹², nas mesmas condições do Artigo 5º, item 1, da Diretiva 2001/29/CE analisado nos parágrafos precedentes⁵⁹³.

⁵⁹¹ Tradução livre: “L.122-2 – A representação consiste na comunicação da obra ao público por qualquer processo e, em particular: 1º Pela recitação pública, execução lírica, representação dramática, apresentação pública, projeção pública e transmissão em um lugar público da obra radiodifundida; 2º Pela radiodifusão. A radiodifusão se entende como a transmissão por qualquer processo de telecomunicações de sons, de imagens, de documentos, de dados e de mensagens de toda natureza. A transmissão de uma obra por meio de satélite é considerada uma representação. (...) L.122-3 – A reprodução consiste na fixação material da obra por qualquer processo que permite comunicá-la ao público de uma maneira indireta. Ela pode ser efetuada, especialmente, por impressão, desenho, gravura, fotografia, modelagem e qualquer processo de artes gráficas e plásticas, gravação mecânica, cinematográfica ou magnética. Para as obras arquitetônicas, a reprodução consiste igualmente na execução repetida de um plano ou de um projeto típico”. FRANCE. *Code de la Propriété Intellectuelle*, de 01 de julho de 1992. Disponível em: <http://codes.droit.org/CodV3/propriete_intellectuelle.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019. p. 9-10.

⁵⁹² “L.122-5 Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) 6º La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'oeuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des oeuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ;” (grifos nossos). Ibid., p. 10-11.

⁵⁹³ CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d'auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion em streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 15-21.

Além destes atos de reprodução, o *streaming* também dá azo à incidência do direito de representação, ou direito de comunicação ao público⁵⁹⁴, conforme definição ampla deste direito, conferida pelo Artigo L.122-2 da legislação francesa. Desta feita, Theodoros Chiou destaca que o ato de representação é composto de dois elementos: (a) a decisão de comunicar uma obra, em outras palavras, a difusão propriamente dita, independentemente do procedimento utilizado para tanto; e (b) a recepção desta obra por um determinado público⁵⁹⁵. De acordo com a leitura do Artigo L.122-2, essa conceituação é sucedida por uma lista não exaustiva de procedimentos que viabilizam a comunicação de uma obra ao público, dentre os quais está incluída a radiodifusão (item 2º). Esta, por sua vez, também é definida, pelo mesmo dispositivo, como a difusão/transmissão por todo tipo de procedimento de telecomunicação. Isso significa que, embora na ocasião de criação da lei francesa a intenção fosse abarcar as radiodifusões sonoras e televisivas hertzianas, atualmente, a transmissão via Internet ou transmissão digital também é passível de subsunção a este conceito⁵⁹⁶.

Com base nessa abertura proporcionada pela definição do direito de representação, o legislador francês achou desnecessário alterar a lei para incorporar o “direito de colocação à disposição do público” introduzido pelo Artigo 3º, item 1, da Diretiva 2001/29/CE, por entender que aludido direito de representação (comunicação ao público), do Artigo L.122-2, já era plenamente capaz de abarcar, inclusive, as transmissões digitais com caráter de interatividade, em que o usuário pode acessar o conteúdo onde e quando quiser. Isso porque o ato relevante para caracterizar a representação/comunicação ao público é o ato de difusão e não o de recepção. Nesse sentido, é a iniciativa, a decisão de difundir e tornar acessível uma obra para um público específico, através de um *site* da Internet, como acontece com os serviços de *streaming*, que qualifica o ato de representação/comunicação

⁵⁹⁴ Theodoros Chiou destaca que parcela da doutrina francesa entende que seria ideal a substituição da terminologia “direito de representação” por “direito de comunicação ao público”, opinião com a qual o autor se coaduna. Nas palavras de Chiou: “Sur ce point-là, on remarque que certains auteurs suggèrent le remplacement de la terminologie « *droit de représentation* » par l’expression « *droit de communication au public* ». On est d’accord avec cette suggestion, puisque la dernière expression semble plus adaptée aux procédés de communication d’une oeuvre sur internet et, donc, elle est plus pertinente à être utilisée pour décrire la communication d’une oeuvre en streaming”. CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d’auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées*, sous la lumière du droit d’auteur français. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 23.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 23.

⁵⁹⁶ Theodoros Chiou ainda explica o seguinte: “La diffusion sur Internet peut être définie comme « une transmission immatérielle par voie numérique ». Elle jouit du même statut juridique que la transmission immatérielle par voie analogique. Il n’y a pas aucune incompatibilité entre la transmission numérique et l’application du droit de la communication d’une oeuvre au public. Doctrine et jurisprudence sont unanimes sur ce point. Au demeurant, la diffusion en streaming, en tant que transmission numérique, constitue un acte de représentation par télédiffusion”. Ibid., p. 23-24.

ao público⁵⁹⁷. Com base nesse entendimento, conclui-se que o *streaming* sob demanda também foi recepcionado pelo direito de representação, já que a forma de recepção do conteúdo (no caso, não simultânea e individual) não interfere na caracterização desse direito⁵⁹⁸.

Nesta linha e, conforme comentado anteriormente a respeito do alargamento do conceito de “público” pelo direito europeu, a leitura da legislação francesa indica um público potencial, sendo de pouca importância a quantidade de pessoas que efetivamente acessou o conteúdo, de modo que a relevância se encontra na potencialidade de pessoas alcançáveis pela difusão das obras. No caso em debate, os serviços de *streaming* visam um público universal e indeterminado de internautas, de forma que essa possibilidade de acesso amplo às obras disponibilizadas por meio dessa tecnologia é suficiente para caracterizar a incidência do direito de representação/comunicação ao público, independentemente da efetiva receptividade dessas obras por aludido público. Essa ideia de um “público potencial” é o que caracterizou as radiodifusões sonoras e televisivas clássicas (hertzianas, por cabo ou satélite) como atos de representação, assim como agora qualifica também as transmissões digitais, incluindo através do *streaming*⁵⁹⁹.

No escopo desta ampliação do conceito de público, a radiodifusão já eliminara a

⁵⁹⁷ Nas palavras de Chiou: “En réalité, c’est l’initiative de diffuser et de rendre accessible une oeuvre sur Internet qui est décisive. La loi n’exige pas un acte positif d’émission, mais tout simplement une décision de communiquer l’oeuvre vers un public spécifique. En somme, la décision d’afficher une oeuvre sur un site accessible au public, en vue d’être téléchargée en streaming, constitue, un acte de représentation(ou de communication au public)”. CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d’auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d’auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 25 e 28.

⁵⁹⁸ Conforme explica Theodoros Chiou sobre o *streaming* sob demanda: “Il est certain que ce type de diffusion constitue une communication de l’oeuvre au public. La conception large (synthétique) du droit de la représentation introduite par l’article L.122-2 CPI permet de la comprendre sans difficulté. Le législateur français est resté fidèle à cette conception et il n’a pas trouvé nécessaire de transposer l’article 3.1 de la Directive « Société de l’information ». Le fait que ce sont les utilisateurs que choisissent le moment et le contenu de la diffusion reste indifférent. Car, l’acte de représentation qui tombe dans le monopole du titulaire, est toujours celui de la diffusion et non pas de la réception. (...) De même, le fait que la réception par le public n’est ni simultanée ni généralisée mais individualisée n’a aucune importance pour l’application des règles traditionnelles du droit de représentation”. Ibid., p. 28.

⁵⁹⁹ “Chaque acte de représentation vise un public. Pour être plus précis, la diffusion d’une oeuvre en streaming est une communication qui vise le public universel et indéterminé des internautas. Il faut, toutefois, souligner qu’il importe peu la réceptivité de l’oeuvre par ce public. Ainsi, il suffit que le public soit simplement potentiel, voire virtuel. Le fait que l’oeuvre soit placée sur un site accessible librement par tous les internautas est suffisant pour mettre en jeu le droit de la représentation, même si aucun parmi eux ne l’a effectivement consulté. Ainsi, l’argument selon lequel il n’y a pas d’acte de représentation, puisqu’aucun internaute ne se connecte au serveur qui diffuse l’oeuvre en streaming ne semble pas puissant. Il suffit de songer à l’exemple classique de la projection d’un film dans une salle ouverte au public mais vide, projection qu’elle n’est pas moins soumise au monopole du titulaire du droit de représentation. D’ailleurs, la solution est identique au cas de représentation par télédiffusion et radiodiffusion classiques (par hertzienne, câble ou satellite). Tous ces modes de télédiffusion visent toujours un public potentiel : l’ensemble des (télé- ou radio-) spectateurs qui potentiellement reçoivent l’oeuvre communiquée de manière effective”. Ibid., p. 33.

necessidade de as pessoas se reunirem fisicamente em um mesmo local para que seja identificado o ato de representação, pois cada indivíduo, ao receber os sinais de rádio ou de televisão, mesmo que em lugares diferentes, integra um “público potencial”. Da mesma forma, depreende-se que os internautas que conseguem acessar os conteúdos disponibilizados via *streaming*, também em lugares diversos (ainda que cada um esteja no conforto de suas casas, lugares, por definição, privados), integram esse “público potencial”⁶⁰⁰.

Por todo o exposto, resta evidenciado que o *streaming*, em todas as suas modalidades, foi recepcionado, no direito francês, especialmente pelo direito de representação/comunicação ao público. Especificamente para o *streaming* linear, não interativo, entende-se pertinente e razoável a aplicação, por meio de analogia, das regras da radiodifusão tradicional (hertziana, cabo ou satélite), dada a proximidade prática entre essas formas de transmissão, cuja diferença primordial está no meio em que as obras são difundidas, isto é, via ondas eletromagnéticas, por cabo ou satélite, no caso da radiodifusão tradicional, e pela Internet, na hipótese do *streaming* não interativo (seja o *simulcasting*, seja o *webcasting*). O caso francês exemplifica bem a proximidade do *streaming* com o direito de comunicação ao público, sob a ótica da União Europeia.

Embora não seja o foco deste trabalho discutir a temática da gestão coletiva de direitos autorais, tendo em vista a sua complexidade, conforme já comentado, é interessante mencionar que, em 2014, a União Europeia redigiu a Diretiva 2014/26/EU, cujo objetivo era tratar sobre a possibilidade de concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais, voltadas à utilização *online* destas, afetando, por conseguinte, diretamente os serviços de *streaming*. Esse texto normativo autoriza que os titulares de direitos sobre obras musicais escolham uma entidade de gestão coletiva para gerir os seus direitos, independentemente da sua nacionalidade ou residência, ou mesmo do local de estabelecimento da entidade escolhida, ficando a critério dos titulares definir quais direitos eles desejam que sejam gerenciados pela entidade e em quais países da União Europeia, nos termos constantes no Artigo 5º, item 2⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d'auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010. p. 33-35.

⁶⁰¹ “Artigo 5.º **Direitos dos titulares** (...) 2. Os titulares de direitos têm o direito de autorizar uma organização de gestão coletiva da sua escolha a gerir os direitos, as categorias de direitos ou os tipos de obra e outras prestações da sua escolha, em relação aos territórios da sua escolha, independentemente do Estado-Membro de nacionalidade, de residência ou de estabelecimento da organização de gestão coletiva ou do titular. Salvo motivos objetivamente justificados para recusar a gestão, a organização de gestão coletiva é obrigada a gerir esses direitos, categorias de direitos ou tipos de obra e outras prestações, desde que a sua gestão se enquadre

O objetivo dessa norma era facilitar a situação dos provedores de serviços de música via *streaming*, uma vez que eles não precisam mais, necessariamente, solicitar uma autorização em cada entidade de gestão coletiva de cada Estado-Membro da União Europeia, considerando que, pela Diretiva, os titulares podem autorizar uma única associação, no país de sua escolha, para representá-los e licenciar os seus direitos em todo o território europeu⁶⁰². Ressalta-se que sempre existiram acordos de representação recíproca subscritos entre entidades de diferentes países, que permitia que uma associação de um país licenciasse aos usuários do seu território repertórios provenientes de outros países (geridos por associações desses outros países). Em outras palavras, esses acordos viabilizavam as licenças multiterritório, mas eram monoterritoriais, isto é, só admitiam o licenciamento para os usuários daquele país. A Diretiva discutida vem resolver essa questão ao possibilitar licenças multiterritoriais ou pan-europeias⁶⁰³.

Ademais, mencionada Diretiva permite que os titulares escolham, para negociar as licenças dos seus direitos, entre organismos de gestão coletiva e o que a Diretiva chama de “entidades de gestão independentes”⁶⁰⁴, que nada mais são do que sociedades mercantis,

no seu âmbito de atividade” (grifos nossos e no original). UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/26/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 20 mar. 2014. L 84, p. 72-98. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0026&from=PT>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. L-84/83.

⁶⁰² MARTÍNEZ, Aurelio López-Tarruella. La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 22, p. 101-139, 15 dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4780/5570>>. Acesso em: 02 ago. 2017. p. 119.

⁶⁰³ Conforme explica Jorge Luis Ordellin Font: “[e]n este modelo de gestión colectiva los titulares de derechos pueden elegir libremente a los gestores aunque no se encuentren en su propio país, seleccionar el alcance territorial del mandato de gestión otorgado a la entidad de gestión colectiva, decidir qué derechos on-line encomiendan a esta, así como la posibilidad de que la propia entidad de gestión colectiva transfiera la gestión multiterritorial a otro gestor colectivo de derechos. Estas son las propuestas esenciales que en relación con la materia de la concesión multiterritorial de licencias en línea de las obras musicales quedaron consagradas en la Directiva 2014 /26/UE”. FONT, Jorge Luis Ordellin. El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 20, p. 5-25, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4345/4929>>. Acesso em: 18 mar. 2017. p. 10 e 12.

⁶⁰⁴ O Considerando 15 da Diretiva 2014/26/EU estabelece o seguinte, a respeito dessas entidades independentes: “[o]s titulares de direitos deverão poder confiar a gestão dos seus direitos a entidades de gestão independentes. Essas entidades de gestão independentes são entidades comerciais, mas que se distinguem das organizações de gestão coletiva, entre outros aspetos, devido ao facto de não serem detidas ou controladas pelos titulares dos direitos. No entanto, na medida em que estas entidades de gestão independente exerçam as mesmas atividades que as organizações de gestão coletiva, deverão ser obrigadas a prestar determinadas informações aos titulares de direitos que representam, às organizações de gestão coletiva, aos usuários e ao público”. Ademais, o Artigo 3º, alíneas “a” e “b”, distingue a “organização de gestão coletiva” da “entidade de gestão independente, nos seguintes termos: “**Artigo 3.º Definições** - Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por: a) «Organização de gestão coletiva», qualquer organização que é autorizada por lei ou por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual a gerir direitos de autor ou direitos conexos

que não pertencem aos titulares, nem estão submetidas ao seu controle, como acontece com os organismos de gestão coletiva. Se, de um lado, a Diretiva oferece facilidades ao admitir as licenças multiterritoriais, conforme mencionado anteriormente, de outro, essa abertura que possibilita a gestão de direitos por entes independentes pode ocasionar pagamentos em dobro pelos usuários e maiores custos de transação, tendo em vista a necessidade de se encontrar cada uma das entidades que gerenciam os direitos de um mesmo titular. Jorge Luis Ordelin Font alerta também que isso acaba por enfraquecer a presunção relativa que gozam as entidades de gestão coletiva, considerando que, diante da possibilidade de os direitos dos titulares serem geridos por outros entes, isso acabaria por demandar que as organizações demonstrassem o poder expresso que os titulares lhes confiaram, inclusive, por meio da apresentação de uma relação nominal das obras e/ou interpretações que representam⁶⁰⁵.

A crítica que se faz às regras estabelecidas pela Diretiva é no sentido de que, ao tentar resolver um problema de fragmentação de mercado, por meio da viabilização de licenças multiterritoriais, a fim de diminuir o número de transações realizadas pelos usuários/provedores de conteúdo para licenciar os direitos incidentes sobre as obras musicais, no ambiente digital, com essa possibilidade de outorgar a gestão a entes independentes, criam-se outros problemas de fragmentação de repertório, concorrência entre entidades de gestão e não necessariamente a diminuição do número de transações que o provedor de conteúdos/usuário deve realizar, muito menos a diminuição de seus custos, tendo em vista a diversidade de entes gestores⁶⁰⁶.

em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício coletivo desses titulares de direitos, como finalidade única ou principal e que preencha um dos seguintes critérios ou ambos: i) ser detida ou controlada pelos seus membros, ii) não ter fins lucrativos; b) «Entidade de gestão independente», qualquer organização que é autorizada por lei ou por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual a gerir direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício coletivo desses titulares de direitos, como finalidade única ou principal e que: i) não é detida nem controlada, direta ou indiretamente, no todo ou em parte, pelos titulares de direitos, e ii) tem fins lucrativos;” (grifos no original). UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/26/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 20 mar. 2014. L 84, p. 72-98. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0026&from=PT>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. L-84/74 e L-84/82.

⁶⁰⁵ FONT, Jorge Luis Ordelin. El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 20, p. 5-25, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4345/4929>>. Acesso em: 18 mar. 2017. p. 16 e 19.

⁶⁰⁶ Sobre o assunto, Jorge Luis Ordelin Font tece os seguintes comentários: “[n]o cabe duda de que el modelo de gestión escogido por la Unión Europea provoca los mismos efectos que si se permitiesen varias entidades de gestión colectiva para un mismo tipo de derecho o de obra en un país determinado, dígase, fragmentación del repertorio, competencia entre entidades de gestión, con la consecuente pérdida para los titulares de los derechos y marginación de las entidades de gestión más pequeñas. Este modelo, incluso, logra echar por tierra los argumentos de sus propios defensores sobre su viabilidad, pues no siempre contribuye a reducir el número

Como reflexo dessa situação, Jorge Luis Ordellin Font antecipa que, na prática, as editoras e os produtores com grande capacidade financeira seriam capazes de gerir seus direitos digitais de forma individual, retirando do escopo da gestão coletiva e negociando diretamente com os serviços digitais. Isso, por via de consequência, pode gerar um monopólio artificial da indústria de conteúdos e dos meios de comunicação, ao migrar esse modelo de gestão coletiva por associações sem finalidade lucrativa, para um modelo lucrativo de gestão, realizado por aludida indústria, através desses entes independentes, retirando do escopo de controle pelos titulares de direitos (já que, nas associações de gestão coletiva, são os titulares que promovem a sua administração)⁶⁰⁷. Essas críticas apontadas por Font sugerem uma retomada de controle pela indústria musical no ambiente digital, o que, inclusive, é viabilizado pela redação da Diretiva que trata das licenças multiterritoriais no escopo da União Europeia.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que a União Europeia publicou recentemente, em 17 de maio de 2019, mais uma diretiva que versa sobre direitos autorais e conexos, qual seja, a Diretiva 2019/790/UE, de 17 de abril de 2019. Diferentes assuntos foram abordados por aludida normativa, não cabendo uma análise pormenorizada de todo o seu texto, pela falta de pertinência temática com o assunto debatido nessa pesquisa. Contudo, um artigo em especial chamou a atenção, tendo em vista tratar justamente da utilização de conteúdos protegidos por direitos autorais por prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online*, afetando diretamente algumas plataformas de *streaming* que oferecem

de transacciones que debe realizar un proveedor de contenidos y a disminuir sus costos”. FONT, Jorge Luis Ordellin. El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 20, p. 5-25, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4345/4929>>. Acesso em: 18 mar. 2017. p. 22.

⁶⁰⁷ No original: “(...) lo cierto es que es poco probable que la generalidad de los autores e intérpretes cuenten con el soporte tecnológico necesario para realizar una eficiente gestión de estos derechos de forma individual. Son las editoras y productores, con su gran capacidad financiera, quienes podrán recuperar el control de sus derechos digitales y optarán por una gestión individual de sus contenidos en la red. De esta forma, estos agentes de la industria de la música apartarán a las entidades de gestión colectiva correspondientes de sus actividades, retirando sus derechos de estas y licenciando los mismos, directamente, los servicios digitales. Este actuar no solo dejaría sin contenido las licencias que estas entidades pudieran otorgar a terceros, sino que también produciría una emigración hacia un modelo lucrativo de gestión de derechos en que se potenciaría un monopolio de la industria de los contenidos y de los medios de comunicación. Se obtendría así un resultado totalmente distinto al perseguido por la propia Directiva. En este sentido coincidimos con CARBAJO CASCÓN cuando afirma: ‘Resulta mucho más fácil controlar el monopolio natural de las entidades de gestión colectiva que el monopolio artificial de la industria construido sobre el exacerbamiento de la gestión individual de los derechos exclusivos’. (...) La posibilidad de que la gestión se realice por medio de operadores de gestión independiente no solo significa que los titulares no puedan ejercer el control de las actividades que estas entidades desarrollan, sino que implica también ‘una constante supervisión por parte de las autoridades de defensa de la competencia, ya que pueden producirse situaciones de estrangulamiento del mercado [...] que puedan desembocar en abusos de posición dominante o en prácticas colusorias’”. *Ibid.*, p. 18.

acesso a materiais protegidos, carregados pelos seus usuários, a exemplo do YouTube, além de atingir também redes sociais como o Facebook e o Twitter. Trata-se do artigo 17.

Mencionado dispositivo estabelece, expressamente, que esses prestadores de serviços realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, ao permitir que seus usuários carreguem conteúdos protegidos por direitos autorais em sua plataforma. Em outras palavras, além de deixar inequívoca a relação entre o direito de comunicação ao público e esses tipos de serviços, inclusive envolvendo a tecnologia do *streaming*, a Diretiva transfere grande parte da responsabilidade sobre esses conteúdos gerados por terceiros para os prestadores de serviços, ao exigir que estes obtenham autorização junto aos titulares de direitos autorais e conexos por esses conteúdos de terceiros⁶⁰⁸, através, por exemplo, da celebração de acordos de concessão de licenças⁶⁰⁹. Ressalta-se que, até então, a Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000, sobre comércio eletrônico, conferia esse tipo de responsabilidade unicamente ao usuário que postava o conteúdo protegido, exigindo das plataformas apenas que, uma vez notificadas sobre a violação, elas retirassem o conteúdo de circulação⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ VALENTE, Mariana G. *Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a internet?* Site Jota, 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁶⁰⁹ No original: “**Artigo 17.º Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha** 1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido. 2. Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2019/790/UE, de 17 de abril de 2019. Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 17 maio 2019. L 130, p. 92-125. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=es>>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. L-130/119.

⁶¹⁰ Assim dispõe o item 1, do artigo 14, da Diretiva 2000/31/CE, *in verbis*: “[a]rtigo 14.º Armazenagem em servidor. 1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que: a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/31/CE, de 9 de junho de 2000. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»). *Jornal Oficial das Comunidades*

Essa limitação da responsabilidade dos prestadores de serviços, prevista pela Diretiva 2000/31/CE, foi afastada de forma expressa pela Diretiva 2019/790/UE que, por sua vez, reforçou a responsabilidade de aludidos prestadores, caso eles não consigam obter as autorizações necessárias para a disponibilização desses conteúdos carregados por terceiros. Embora o item 8, do artigo 17, da Diretiva 2019/790/EU estabeleça que a aplicação desse dispositivo “não implica qualquer obrigação geral de monitorização”, na prática, a exigência de comprovação pelas plataformas do preenchimento de todos os requisitos necessários para afastar a sua responsabilização, acaba levando os prestadores de serviços a adotarem esses tipos de medidas de monitorização, com o intuito de se eximirem ao máximo de possíveis responsabilizações. Os requisitos demandados pela Diretiva estão presentes nos itens 4, 5 e 6 do artigo 17, *in verbis*:

Artigo 17.º Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

(...)

4. Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, *salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que: a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento*, nos termos da alínea b).

5. Para determinar se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.º 4, e à luz do *princípio da proporcionalidade*, *devem ser tidos em conta*, entre outros, os seguintes elementos: *a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.*

6. Os Estados-Membros devem prever que, relativamente a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de EUR, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão (20), as condições por força do regime de responsabilidade previsto no n.º 4 se limitem à observância do disposto no n.º 4, alínea a), e à atuação com diligência, após a receção (sic) de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação ou de remover essas obras ou outro material protegido dos seus sítios Internet. Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões,

calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objeto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias.⁶¹¹ (grifos nossos e no original)

Fica evidenciado que o objetivo dessa previsão legislativa é afetar justamente as grandes empresas do ramo digital, como o YouTube, o Facebook, o Twitter, sob o discurso de que elas lucram muito com a exploração de obras protegidas por direitos autorais, mas não remuneram devidamente os titulares desses direitos. Ocorre que, embora a Diretiva seja mais exigente no tocante às grandes plataformas, trazendo um regime um pouco mais leve para os pequenos prestadores de serviços, conforme se depreende da leitura do item 6 supracitado, fato é que a possibilidade de responsabilização, em alguma medida, subsiste, de maneira que o ônus suportado por esses prestadores para se adequar às exigências da Diretiva pode impactar na sua sobrevivência. Mais do que isso: o receio de responsabilização pelos prestadores de serviços, em geral, afetados por essa normativa e as consequentes medidas tomadas por esses atores para evitar o cenário apontado, podem levar à filtragem de conteúdo e, por essa razão, podem prejudicar o exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à informação⁶¹², mesmo que a Diretiva estabeleça que os usos autorizados pelas exceções ou limitações aos direitos autorais e conexos não serão afetados pela imposição de aludidas obrigações.

Ainda não é possível mensurar, ao certo, os impactos que essas previsões vão gerar, considerando que os países da União Europeia têm até 7 de junho de 2021 para implantar as disposições nela consagradas, conforme dispõe o seu artigo 29⁶¹³. Contudo, acredita-se que as ponderações em torno do dispositivo comentado são relevantes e demonstram, mais uma vez, a dificuldade de se conciliar os interesses dos autores e artistas com interesses não apenas das empresas de tecnologia, mas também da coletividade.

Finalizadas as considerações sobre a União Europeia, passa-se a analisar, brevemente, a forma com que os Estados Unidos optaram por recepcionar a tecnologia do *streaming*. Conforme comentado anteriormente, mencionado país, assim como fez a França,

⁶¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2019/790/UE, de 17 de abril de 2019. Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 17 maio 2019. L 130, p. 92-125. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=es>>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. L-130/120.

⁶¹² VALENTE, Mariana G. *Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a internet?* Site Jota, 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁶¹³ UNIÃO EUROPEIA, op.cit., p. L-130/125.

entendeu pela desnecessidade de alteração das previsões sobre os direitos exclusivos garantidos aos titulares de direitos autorais pelo *Copyright Act*, a fim de incorporar o “direito de colocação à disposição do público” estabelecido pelos tratados da OMPI (WCT e WPPT), como se este direito pudesse ser depreendido dos já previstos direitos de reprodução, distribuição, exibição e/ou execução pública⁶¹⁴.

Com base nesse entendimento, de um lado, o *download* foi compreendido como subsumido pelo direito de distribuição, previsto no §106 (3) do *Copyright Act*⁶¹⁵ e, de outro, os serviços de *streaming*, nas modalidades interativa e não interativa, foram basicamente recepcionados pelo direito de execução pública (“*right of public performance*”), sendo este definido pelo §101 do *Copyright Act*, e garantido aos titulares através do §106 (4) e (6), *in verbis*:

⁶¹⁴ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. *Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 15-16.

⁶¹⁵ Não faz parte do objetivo deste tópico analisar a fundo a questão da recepção do *download* pelo direito de distribuição, nos Estados Unidos. Vale mencionar apenas que algumas controvérsias permearam as discussões a respeito dessa classificação do *download*, dentre elas a possibilidade de subsunção ao direito de distribuição, tendo em vista que parte dos estudiosos entende que esse direito só se refere à venda ou qualquer outra forma de transferência de propriedade, bem como à locação de objetos materiais, não podendo abarcar, nessa perspectiva, a transmissão de arquivos por meio do ambiente virtual. Contudo, o próprio *Copyright Office* menciona que nenhuma corte norte-americana chegou a adotar efetivamente tal posicionamento tão radical. Outro aspecto que gerou questionamentos e posições oscilantes nas cortes norte-americanas foi sobre a necessidade de descarregamento (*download*) ou não do arquivo no equipamento de uma pessoa (receptora) para configurar uma violação ao direito de distribuição, quando feito sem a autorização dos titulares, ou se bastaria a disponibilização do conteúdo para *download* não autorizado, a fim de ensejar a infração ao direito de distribuição. Este último foi o entendimento adotado pelo *Copyright Office*. No original, destacam-se os seguintes trechos: “[a] small number of commenters argued that the right of distribution does not cover digital transmissions at all, such as digital downloads or uploads. In support of that view, they noted that Section 106(3) speaks to the distribution of ‘copies or phonorecords,’ which are defined in Section 101 as ‘material objects . . . in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the [work/sounds] can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.’ In their view, the ‘transmission of bits’ over the Internet does not involve the distribution of a material object. Additionally, these commenters pointed to language in Section 106(3) limiting the scope of the right to distributions made ‘by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending,’ which they interpret to require a change in ownership or possession of a material object from transferor to transferee. A digital transmission fails to satisfy that requirement, they argued, because it does not divest the sender of her copy of the relevant file; it merely creates a duplicate at the recipient’s location. Such a narrow view of the distribution right, of course, would wholly upend protections for copyright owners online and therefore defeat the very purpose of the WIPO Internet Treaties—that is, to confirm exclusive rights for copyright owners in the digital age. And, we are aware of no court in the United States that has adopted this extreme position. Each court to have considered this issue has concluded that digital transmissions are within the scope of Section 106(3). [...] Several of the district courts to consider the issue have found, at least preliminarily, that offering copyrighted material online for download, without actual evidence of third party downloads, may be sufficient to support a claim for unauthorized distribution. In contrast, other district courts have held that evidence of an actual download is required to support a finding of infringement of the right to distribute. (...) For the reasons discussed below, the Copyright Office adheres to the view that Section 106(3) is properly construed to cover the making available of copies of works to the public in the form of downloads, regardless of whether the plaintiff proves that an actual download occurred”. *Ibid.*, p. 19-20 e 23-24.

§ 101. Definitions

Except as otherwise provided in this title, as used in this title, the following terms and their variant forms mean the following:

(...)

To “perform” a work means to recite, render, play, dance, or act it, *either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.*

(...)

To perform or display a work “publicly” means—

(1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or

(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.

(...)

§ 106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(...)

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

(...)

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.⁶¹⁶ (grifos nossos)

De acordo com a leitura dos dispositivos supracitados, duas são as situações passíveis de qualificar a execução de uma obra como pública, nos termos da legislação norte-americana, quais sejam: (a) que a obra seja disponibilizada em um lugar aberto ao público ou perante uma grande quantidade de pessoas, fora do círculo familiar e de conhecidos; e (b)

⁶¹⁶ Tradução livre: “§101. Definições – Exceto se disposto de forma diversa neste título, conforme usado no mesmo, os seguintes termos e as suas variações significam o seguinte: (...) “Executar” uma obra significa recitá-la, apresentá-la, tocá-la, dançá-la ou encená-la, tanto diretamente, quanto por meio de qualquer dispositivo ou processo, ou, no caso de um filme ou outra obra audiovisual, mostrar as suas imagens em sequência ou tornar os sons que a acompanham audíveis. (...) Executar ou exibir uma obra “publicamente” significa – (1) executá-la ou exibi-la em um lugar aberto ao público ou em qualquer lugar onde um número substancial de pessoas, fora de um círculo normal de uma família e dos seus conhecidos sociais estejam reunidos; ou (2) transmitir ou de outra forma comunicar uma execução ou exibição de uma obra em um lugar especificado pela cláusula (1) ou ao público, por meio de qualquer dispositivo ou processo, independentemente de os membros do público, capazes de receber a execução ou a exibição, receberem-na no mesmo lugar ou em lugares separados e ao mesmo tempo ou em momentos diferentes. (...) §106. Direitos exclusivos em obras protegidas por direitos autorais – Sujeito às seções 107 a 122, o titular do direito autoral, sob este título, tem os direitos exclusivos de exercer ou de autorizar quaisquer dos seguintes: (...) (4) no caso de obras literárias, musicais, dramáticas e coreográficas, pantomimas, e filmes e outras obras audiovisuais, executar publicamente a obra protegida; (...) (6) no caso de gravações sonoras, executar publicamente a obra protegida, por meio de uma transmissão sonora digital”. UNITED STATES OF AMERICA. Title 17 of the United States Code, Oct. 19, 1976. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Circular 92 – Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. [S.l.]: United States Copyright Office, 2016. 354p. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 4-5 e 17.

que ela seja transmitida, ou de outra forma comunicada, por qualquer tipo de equipamento ou processo, ao público ou em um local público, de modo que os membros deste público sejam capazes de acessar a obra no mesmo lugar ou em lugares diferentes, ao mesmo tempo ou em momentos diferentes. Essa segunda hipótese é conhecida como “*Transmit Clause*” ou Cláusula de Transmissão. Amparado nas características mencionadas, o *U.S. Copyright Office*, em relatório dedicado a apresentar as formas com que o direito de colocação à disposição do público foi incorporado pelo direito norte-americano, concluiu que, como os usos envolvendo a tecnologia do *streaming* geralmente não resultam na criação de uma cópia permanente no computador dos usuários, eles estariam melhor abarcados pelo direito de execução pública (sob a égide da Cláusula de Transmissão), já que eles poderiam não ser totalmente subsumidos nos direitos de reprodução⁶¹⁷ e de distribuição⁶¹⁸.

Duas foram as principais questões analisadas pelo *U.S. Copyright Office* para amparar o entendimento de que o *streaming*, inclusive na modalidade sob demanda, fora recepcionado pela Cláusula de Transmissão que compõe o direito de execução pública: (a) se é suficiente o mero oferecimento da transmissão ao público, independentemente da efetiva recepção; e (b) se a recepção individualizada pelos membros do público, isto é, no momento e no lugar individualmente escolhido por cada pessoa, é capaz de qualificar a execução como pública. Ressalta-se que, enquanto a primeira questão ainda não fora pacificada pelas cortes norte-americanas, a segunda chegou a ser efetivamente confirmada pela Suprema Corte⁶¹⁹.

De forma semelhante à abertura conferida ao direito de comunicação ao público na legislação europeia, o *U.S. Copyright Office* compreende que a intenção do Congresso norte-americano, ao estabelecer a Cláusula de Transmissão, foi manter o foco no ato de se engajar na execução ou na exibição públicas das obras, independentemente da efetiva recepção destas pelo público. O aspecto relevante nesse processo de transmissão é a comunicação de imagens e/ou de sons, por qualquer equipamento ou procedimento, de modo que a recepção ocorra em lugar diferente daquele em que se deu a emissão. O que importa,

⁶¹⁷ Não se pode deixar de mencionar que o *U.S. Copyright Office* considera a possibilidade de incidência do direito de reprodução no procedimento de *buffering* que integra a transmissão via *streaming*, conforme já comentado ao longo deste capítulo, ao criar uma cópia temporária de uma obra ou de uma porção dela na memória RAM do computador do usuário, durante a transmissão. No original: “Finally, the reproduction right also may be implicated in online streaming cases as a result of the creation of a temporary copy of a work, or portion of it, in a computer’s random access memory (‘RAM’) during the delivery of content to the ultimate user”. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. *Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 52.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 37.

desta feita, é a acessibilidade da obra pelo público e não a sua efetiva recepção por algum indivíduo. Nessa perspectiva, conjugada com a ideia de “público” enquanto um grande grupo de pessoas, fora do ambiente familiar e de amigos, encontra-se a noção de que basta que essa grande quantidade de pessoas tenha capacidade de receber a transmissão, não sendo relevante o fato de elas efetivamente a receberem. Ademais, o *U.S. Copyright Office* também acentua que o conceito aberto de transmissão, proporcionado pelo *Copyright Act*, foi, de fato, proposital, visando abarcar os mais variados meios de comunicação, com ou sem fio, que viessem a surgir, incluindo, mas não se limitando a radiodifusão de sons e a televisiva bem como, atualmente, o *streaming*⁶²⁰.

Outro aspecto analisado pelo *U.S. Copyright Office* foi sobre se a recepção individualizada do conteúdo ofertado via *streaming*, possibilitando que cada pessoa escolhesse o momento e o local de acesso, seria capaz de afastar a noção de “público”. Em recente decisão no caso *American Broadcasting Cos. v. Aereo, Inc.*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o acesso a uma transmissão de um lugar e em um momento individualmente escolhido pelos membros do público caracterizaria a execução das obras como pública⁶²¹.

O caso consistia basicamente no seguinte: Aereo era uma empresa que fornecia um serviço de transmissões televisivas, via Internet, utilizando-se da tecnologia do *streaming*. Quando um usuário acessava aquele serviço, a Aereo dedicava uma pequena antena individual àquele usuário que, por sua vez, poderia escolher um programa, dentro de uma lista de programas que estavam sendo transmitidos, pelas empresas de radiodifusão, naquele momento. A Aereo capturava o sinal da radiodifusão, utilizando uma antena dedicada e, com a ajuda de um transcodificador, ela traduzia esses sinais analógicos em dados (informação digital), de modo que estes eram salvos por meio de uma cópia realizada

⁶²⁰ No original: “[t]hrough the Transmit Clause, Congress intended to focus on the *act* of engaging in public performance or public display, without regard to whether or not the public actually *received* the performance or display. To ‘transmit’ a performance or display is defined to mean ‘to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.’ The House report accompanying the 1976 Act makes clear that Congress intended that definition to turn on the accessibility of a performance or display to the public, not on its actual receipt by any individual: (...). The report also notes that Congress intended to give the statute sufficient flexibility to accommodate changes in technology: ‘The definition of ‘transmit’ . . . is broad enough to include all conceivable forms and combinations of wired or wireless communications media, including but by no means limited to radio and television broadcasting as we know them.’ Outside the streaming context, courts have looked to this legislative history to conclude that infringement of the public performance right does not require a showing that any users actually received the transmitted performances”. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. *Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 37-38 e 40.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 40-41 e 43.

no disco rígido do computador da empresa, em um diretório reservado a cada usuário específico. A partir do momento em que seis ou sete segundos da programação tivessem sido salvos, o sistema iniciava a transmissão do programa escolhido, via *streaming*, ao usuário, a partir daquela cópia realizada. Com base nisso, os usuários conseguiam assistir aos programas televisivos, a partir de qualquer dispositivo conectado à Internet, com um pequeno atraso em relação ao momento da transmissão original pelas empresas de radiodifusão⁶²².

Todo esse procedimento era realizado pela Aereo sem a autorização e sem o pagamento de nenhum valor às emissoras de televisão das quais a empresa captava os sinais, o que motivou, nessa perspectiva, o ajuizamento da ação por aludidas emissoras, em face da Aereo, sob o argumento de que esta violava os direitos autorais daquelas. A defesa da Aereo foi no sentido de que inexistia direito de execução pública protegido, visto que as transmissões eram feitas de modo individualizado a cada usuário, como uma mensagem privada que ficava disponível apenas para determinado assinante, o que, na sua acepção, afastaria a noção de “público”. Ressalta-se que a empresa venceu em primeira instância com esse argumento, contudo, a decisão foi reformada pela Suprema Corte⁶²³.

No entendimento da Suprema Corte, a transmissão individualizada para cada assinante, a partir de cópias pessoais, não afastava a ideia de “público”, considerando que as mesmas obras eram transmitidas a uma coletividade de pessoas, o que independia do fato de estas obras serem disponibilizadas a partir de uma ou de várias transmissões. Em outras palavras, ainda que cada assinante recebesse, de forma individualizada, as obras transmitidas pela Aereo, a comunicação de todas essas obras era feita de forma idêntica a todos os usuários, conferindo, nesse sentido, a noção de “público”⁶²⁴. A Corte sublinhou que a

⁶²² UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. *Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 41-42.

⁶²³ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 405.

⁶²⁴ No original: “(...) the Court held that Aereo performed ‘publicly,’ notwithstanding that it transmitted to individual subscribers from personal copies. Looking again to the Act’s purposes, the Court concluded that Aereo’s use of dedicated copies did ‘not render Aereo’s commercial objective any different from that of cable companies’ or ‘significantly alter the viewing experience of Aereo’s subscribers.’ In addition, it read the Transmit Clause to mean that an ‘entity may transmit a performance through one or several transmissions, where the performance is of the same work,’ and thus, in contrast to the Second Circuit’s interpretation, the ‘performance’ at issue is not the individual transmission, but the underlying performance of the copyrighted work itself. The Court explained, by way of illustration, that ‘[o]ne can sing a song to his family, whether he sings the same song one-on-one or in front of all together By the same principle, an entity may transmit a performance through one or several transmissions, where the performance is of the same work.’ This

situação da Aereo não diferia dos casos dos serviços de TV a cabo que, por sua vez, caracterizavam-se como execuções públicas⁶²⁵, concluindo, nesse sentido, pela incidência desse direito exclusivo de execução pública nas transmissões via *streaming*. Essa é, basicamente, a forma com que os Estados Unidos optaram por recepcionar aludida tecnologia, sob a ótica do direito autoral.

Outra peculiaridade da relação entre o direito de execução pública e o *streaming* diz respeito à situação das gravações musicais. Destaca-se, a princípio, que os Estados Unidos não são signatários da Convenção de Roma e sequer reconhecem os direitos conexos aos de autor, como fazem muitas legislações de outros países, inclusive, a brasileira. A despeito desse cenário, em 1971, foi incluída, na legislação norte-americana, a previsão da proteção autoral de gravações sonoras, conforme se depreende da leitura do §102 (a) (7)⁶²⁶ do *Copyright Act*. Ressalta-se que essa proteção é conferida efetivamente às gravações sonoras/fonogramas (“*sound recordings*”), isto é, ao conjunto de sons, sejam eles musicais, falados ou de outras espécies, fixados em um suporte tangível – e não a esse suporte sobre o qual os sons são fixados (“*phonorecords*”). A autoria, nesses casos, geralmente vai ser atribuída tanto aos intérpretes e executantes, cujas interpretações e execuções foram captadas nas gravações e cujos direitos normalmente são cedidos às gravadoras, quanto aos próprios produtores fonográficos/gravadoras, responsáveis por organizar as sessões de gravação, captar e processar eletronicamente os sons, bem como compilá-los e editá-los a fim de gerar

interpretation, the Court held, is compelled by the language in the Transmit Clause providing that a performance may be public ‘whether the members of the public capable of receiving the performance . . . receive it . . . at the same time or at different times.’ ‘Were the words ‘to transmit . . . a performance’ limited to a single act of communication,’ the Court reasoned, ‘members of the public could not receive the performance communicated ‘at different times.’’ The Court thus concluded that ‘when an entity communicates the same contemporaneously perceptible images and sounds to multiple people, it transmits a performance to them regardless of the number of discrete communications it makes.’ The Court’s decision accordingly addresses concerns expressed by some commenters regarding U.S. treaty implementation. The Court’s ruling makes clear that the public performance right extends to streams accessible ‘from a place and at a time individually chosen by’ members of the public”. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. *Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 43.

⁶²⁵ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 405-406.

⁶²⁶ “§102 · Subject matter of copyright: In general (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (...) (7) sound recordings; (...)”. UNITED STATES OF AMERICA. Title 17 of the United States Code, Oct. 19, 1976. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Circular 92 – Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. [S.l.]: United States Copyright Office, 2016. 354p. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 8.

a versão final das gravações. Excepcionam-se dessa definição de “*sound recordings*” as trilhas sonoras das obras audiovisuais, tratadas sob o escopo destas⁶²⁷.

Diferentemente dos autores das composições musicais, que fazem jus aos direitos de execução pública (“*public performance rights*”) comentados anteriormente, os autores das gravações musicais (intérpretes, executantes e gravadoras, cujos direitos geralmente se concentram nessas últimas, pois, muitas vezes, são a elas cedidos pelos intérpretes e executantes), tradicionalmente, não gozam desse direito em toda a sua amplitude. Essa discrepância de tratamentos legais é resultado do *lobby* praticado pelas emissoras de radiodifusão na ocasião em que as gravações sonoras se tornaram objeto de proteção pela legislação autoral norte-americana, em 1971, tendo o Congresso escolhido não garantir esses direitos de execução pública aos titulares de aludidas gravações, sendo esse também um dos motivos pelos quais os Estados Unidos não assinaram a Convenção de Roma⁶²⁸.

As radiodifusoras argumentaram, à época, que elas deveriam ser desobrigadas de pagar pelo licenciamento das gravações, tendo em vista que as transmissões de rádio

⁶²⁷ Conforme descrito no relatório de análise da legislação autoral norte-americana pela Câmara dos Representantes dos Estados Unidos (uma das casas que compõem o Congresso), é possível que a contribuição do produtor fonográfico seja tão pequena que ele sequer seja considerado autor do fonograma, da mesma forma com que pode haver casos em que apenas o produtor fonográfico é autor, como nas hipóteses de gravações de cantos dos pássaros ou de corridas de carro, por exemplo. No original: “[e]nactment of Public Law 92-140 in 1971 marked the first recognition in American copyright law of sound recordings as copyrightable works. As defined in section 101, copyrightable ‘sound recordings’ are original works of authorship comprising an aggregate of musical, spoken, or other sounds that have been fixed in tangible form. The copyrightable work comprises the aggregation of sound’s and not the tangible medium of fixation. Thus, ‘sound recordings’ as copyrightable subject matter are distinguished from ‘phonorecords,’ the latter being physical objects in which sounds are fixed. They are also distinguished from any copyrighted literary, dramatic, or musical works that may be reproduced on a ‘phonorecord.’ As a class of subject matter, sound recordings are clearly within the scope of the ‘writings of an author’ capable of protection under the Constitution, and the extension of limited statutory protection to them was too long delayed. Aside from cases in which sounds are fixed by some purely mechanical means without originality of any kind, the copyright protection that would prevent the reproduction and distribution of unauthorized phonorecords of sound recordings is clearly justified. The copyrightable elements in a sound recording will usually, though not always, involve ‘authorship’ both on the part of the performers whose performance is captured and on the part of the record producer responsible for setting up the recording session, capturing and electronically processing the sounds, and compiling and editing them to make the final sound recording. There may, however, be cases where the record producer’s contribution is so minimal that the performance is the only copyrightable element in the work, and there may be cases (for example, recordings of birdcalls, sounds of racing cars, et cetera) where only the record producer’s contribution is copyrightable. Sound tracks of motion pictures, long a nebulous area in American copyright law, are specifically included in the definition of ‘motion pictures,’ and excluded in the definition of ‘sound recordings.’”. UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. Copyright Law Revision – Report n. 94-1476. *Report*. Washington: 1976. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/works/aba/ibr/H.Rep.94-1476.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019. p. 55-56.

⁶²⁸ MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 57.

acabavam promovendo as músicas e chamando a atenção de potenciais compradores de discos, CDs, entre outras mídias. Em outras palavras, esse papel de “promoção” das gravações pelas emissoras de radiodifusão deveria substituir o pagamento pelas licenças. A despeito da discordância das gravadoras em relação a esse argumento, o *lobby* das radiodifusoras prevaleceu e, por muitos anos, não foi garantido nenhum direito de execução pública aos titulares das gravações musicais⁶²⁹.

Nessa perspectiva, de um lado, os titulares das composições musicais – autores que, muitas vezes, transferem os seus direitos para as editoras musicais, em troca de uma parcela da remuneração auferida por estas nas negociações destes direitos – tornam-se membros de uma das três associações norte-americanas de gestão coletiva – conhecidas como “*performing rights organizations*” ou PROs –, quais sejam, a BMI (*Broadcast Music Inc.*), a ASCAP (*American Society of Composers, Authors and Publishers*) ou a SESAC (*SESAC, Inc.*)⁶³⁰, que, por sua vez, vão administrar os direitos de execução pública em nome desses titulares (autores e editoras). Mencionadas associações vão licenciar esses direitos a quaisquer empresas interessadas em executar publicamente as composições musicais – dentre as quais estão incluídas as emissoras de radiodifusão –, por intermédio de licenças cobertoras (“*blanket licenses*”), que abarcam todo o repertório da associação, em troca do pagamento de tarifas fixas, geralmente pequenos percentuais das receitas brutas dessas empresas, que, por fim, são parcialmente repassados aos titulares das composições⁶³¹.

De outra sorte, os titulares das gravações musicais, que incluem intérpretes, executantes e gravadoras, não gozam desse direito de execução pública, de modo que emissoras de radiodifusão, restaurantes, bares, salões de concertos, entre outros, podem executar publicamente as gravações musicais, sem a necessidade de se obter uma autorização prévia dos seus titulares, nem de pagar uma remuneração a eles, como acontece com os titulares das composições musicais. Esse cenário se altera parcialmente com o advento de duas leis que alteraram o texto do *U.S. Copyright Act*, quais sejam: o DPRSRA ou *Digital Performance Right in Sound Recordings Act*, de 1995 (que entrou em vigor em 1996) e o

⁶²⁹ FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 3.3, The Subject Matter of Copyright: Music*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 27.01.2015. (24m05s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2GGE_ToREPw&list=PLZqQo3fwtGb_D3VT4E9UsXDOTIX5zxPYC&index=3>. Acesso em: 07 fev. 2018. Vídeo A.

⁶³⁰ Nota-se que, diferentemente do Brasil, onde os direitos de execução pública são arrecadados unicamente pelo ECAD, os Estados Unidos contam com três entidades arrecadadoras de direitos dessa ordem.

⁶³¹ FISHER, William, op. cit., Vídeo A. MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 57.

DMCA ou *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (já comentado no primeiro capítulo deste trabalho)⁶³².

Nessa perspectiva, o DPRSRA passa a garantir aos titulares das gravações musicais/fonogramas um direito exclusivo de execução pública limitado às transmissões sonoras digitais, o que ficou conhecido como direito de execução pública digital (“*digital performance right*”), introduzido no §106 (6) do *Copyright Act*, nos termos destacados anteriormente neste tópico. Conforme explica Joseph E. Magri, uma “transmissão sonora digital” abarca a transmissão somente do áudio de um fonograma, em formato digital ou outro não analógico, cuja recepção do conteúdo acontece em lugar diverso do local da emissão. Com base nisso, os serviços que transmitem gravações musicais pela Internet, incluídos os serviços de *streaming*, ou por meio de redes de satélites ou ainda por sistemas a cabo digitais passaram a necessitar da autorização dos titulares dessas gravações para transmiti-las, além de deverem o pagamento de uma remuneração a esses titulares por aludidas transmissões⁶³³.

Cumprе ressaltar que, além de introduzir o direito de execução pública digital sobre as gravações musicais no §106 (6) do *Copyright Act*, o DPRSRA acrescentou uma série de regras relacionadas à incorporação desse novo direito no § 114 do *Copyright Act* (que já tratava do escopo dos direitos exclusivos sobre as gravações musicais), cujas novas disposições foram capazes de abarcar tanto os serviços de *streaming* interativos, quanto os não interativos. Não faz parte do escopo deste trabalho analisar pormenorizadamente essas regras, que são bastante complexas, mas vale mencionar que o DPRSRA chegou, inclusive, a disciplinar uma licença compulsória para os serviços não interativos de transmissões digitais que demandassem a assinatura e o pagamento pelos usuários (“*subscription transmissions*”), desde que aludidos serviços se enquadrassem nos requisitos do § 114 (d) (2) do *Copyright Act*, modificado pelo DPRSRA⁶³⁴. Em outras palavras, algumas modalidades de serviços de *streaming* estão legalmente autorizadas a utilizar as gravações

⁶³² MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 57-58.

⁶³³ No original: “[a] digital audio transmission is a digital or other non-analog format, audio-only Sound Recording that is transmitted and received beyond the place from which it is sent (‘Digital Audio Transmission’).” Ibid., p. 57-58.

⁶³⁴ UNITED STATES OF AMERICA. *Digital Performance Right in Sound Recordings Act – Public Law 104-39*, de 01 de novembro de 1995. To amend title 17, United States Code, to provide an exclusive right to perform sound recordings publicly by means of digital transmissions, and for other purposes. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-104publ39/pdf/PLAW-104publ39.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

musicais/fonogramas, independentemente da autorização pelos seus titulares, mas, ao mesmo tempo, ficam obrigadas ao pagamento de valores previamente determinados, como uma tarifa fixa (“*set fee*”). Essa licença ficou conhecida como “*Section 114 license*”⁶³⁵.

De outra sorte, uma das posturas adotadas pelo DPRSRA foi no sentido de excepcionar a incidência do direito de execução pública digital sobre alguns tipos de transmissões, dentre as quais aquelas que não exigiam do usuário o pagamento de uma assinatura (“*nonsubscription transmission*”). Muitos foram os casos de serviços de *streaming* que começaram a operar com a transmissão de gravações musicais na Internet, sem obter uma licença, nem pagar uma remuneração aos titulares dessas gravações, por entenderem que se encaixavam na brecha proporcionada pelo DPRSRA. Com base nesse cenário, a RIAA chegou a contestar esse posicionamento adotado, no entanto, essa questão só foi efetivamente resolvida com o advento do DMCA em 1998⁶³⁶.

Nessa perspectiva, o DMCA não só eliminou a exceção mencionada, como também ampliou o escopo da licença compulsória introduzida pelo DPRSRA, para abarcar o que ele chamou de “*eligible nonsubscription transmissions*”, isto é, as transmissões digitais não interativas, que não exigem uma assinatura dos usuários, e que existem para fins de entretenimento e não para vender, divulgar ou promover um bem ou serviço⁶³⁷. Ademais, o DMCA também introduziu o que ficou conhecido como “*Section 112 license*” ou “*ephemeral recording license*”, isto é, uma licença compulsória pela reprodução efêmera ou não permanente de gravações musicais protegidas, cujo propósito da reprodução seja apenas facilitar a transmissão digital dessas gravações, em troca do pagamento de uma tarifa fixa (“*set fee*”)⁶³⁸.

Sob a égide desta última licença parece estar incluído o procedimento de *buffering*, necessário para as transmissões via *streaming*, conforme já explanado

⁶³⁵ MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 58.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 58.

⁶³⁷ No original: “First, the DMCA eliminated the DPRSRA exemption for nonsubscription transmissions. Second, the DMCA expanded the compulsory licensing scheme to include ‘eligible nonsubscription transmissions.’ Eligible nonsubscription transmissions are non-interactive, digital audio transmissions, which do not require a subscription and exist for entertainment purposes and not to sell, advertise or promote a particular good or service”. MAGRI, Joseph E., *op. cit.*, p. 58.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 58-59. UNITED STATES OF AMERICA. *Digital Millennium Copyright Act – Public Law 105-304*, de 28 de outubro de 1998. To amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

anteriormente, o que demonstra que a legislação norte-americana, ao estabelecer uma licença compulsória para esse tipo de reprodução, tomou um caminho diferente da União Europeia que, por sua vez, optou por excepcionar essa cópia provisória do escopo de incidência do direito de reprodução, nos termos já analisados neste tópico.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar que as licenças compulsórias previstas por intermédio do DMCA foram concebidas para serem aplicadas de forma subsidiária. Explica-se: a ideia do DMCA era que, primeiramente, os serviços de música digital negociassem diretamente os valores pela execução pública digital com os titulares das gravações musicais e, apenas se as partes envolvidas não chegassem a um acordo, eles deveriam recorrer a uma entidade governamental para fixar uma tarifa para essa licença. Como em meados do surgimento do DMCA, os serviços de *streaming* não interativos ou também denominados *webcasters*, sujeitos a aludido regime, não estavam sendo capazes de negociar diretamente com os titulares, o Congresso norte-americano autorizou o estabelecimento do “*Copyright Arbitration Royalty Panel*” ou CARP, que ficou responsável por estabelecer tarifas apropriadas para as licenças compulsórias disciplinadas pelo DPRSRA e pelo DMCA⁶³⁹.

Em 2002, o CARP estabeleceu um padrão de tarifas baseado em fatores mercadológicos de demanda e procura, que levou em consideração um critério que buscava balancear quanto os “compradores” estariam dispostos a pagar e por quanto os “vendedores” estariam dispostos a vender, que ficou conhecido como “*willing buyer-willing seller standard*”. Aludidas tarifas desagradaram os *webcasters*, ao ponto de fazer com que a Biblioteca do Congresso (“*Library of Congress*”) interviesse, rejeitando parcialmente os montantes fixados pelo CARP, e estabelecendo tarifas mais baixas. Como resultado desse cenário, tanto os *webcasters*, quanto os titulares de gravações musicais solicitaram ao Congresso norte-americano a modificação desse sistema de fixação de tarifas e a resposta do Congresso foi a promulgação do “*Copyright Royalty and Distribution Reform Act*” de 2004, que substituiu o CARP por um Conselho permanente para tratar do assunto, composto

⁶³⁹ No original: “[t]o be clear, the rate standards proscribed by the DMCA are designed to set compulsory rates in the event that direct negotiations between sound recording owners and digital music services break down. Theoretically, before the government sets a statute-based royalty rate, the sound recording industry and qualifying members of the digital music industry should approach one another and attempt to independently negotiate a rate. It is only when these industry-wide negotiations fail that the parties are forced to litigate the rate before a government entity. That said, in the wake of the DMCA, webcasters were unable to reach an agreement with the record labels that owned most commercially desirable sound recordings. Congress, in turn, authorized a Copyright Arbitration Royalty Panel (‘CARP’) to set an appropriate compulsory license rate.”. MARSHALL, Rick. The quest for “parity”: an examination of the Internet Radio Fairness Act. *Journal of the Copyright Society of the USA*, New York, v. 60, n. 3, p. 445-474, 2013. p. 453.

por três juízes, que ficou conhecido como CRB (“*Copyright Royalty Board*”)⁶⁴⁰.

Em 2007, o CRB emitiu um cronograma tarifário, a ser aplicado até o ano de 2010, também baseado no “*willing buyer-willing seller standard*”, o que mais uma vez causou a insatisfação dos *webcasters* que, desta vez, mobilizaram seus ouvintes em uma campanha de *lobby* de larga escala para solicitar novamente ao Congresso uma redução de tarifas. O Congresso acabou cedendo à pressão popular e aprovou dois “*Webcaster Settlement Acts*”, cujas determinações voltaram-se a induzir acordos tarifários a serem firmados diretamente entre *webcasters* e titulares de gravações musicais/fonogramas. Por volta da metade de 2009, a maioria dos *webcasters* conseguiu firmar acordos diretos, baseados nesses “*Webcaster Settlement Acts*”⁶⁴¹.

O que se depreende de todo esse cenário apresentado é que os Estados Unidos recepcionaram os serviços de *streaming*, sejam eles interativos ou não, principalmente através do direito de execução pública (“*public performance right*”), tendo, inclusive, estendido a incidência desse direito para abarcar as gravações musicais/fonogramas, no ambiente digital. Os intérpretes e executantes, bem com as gravadoras, titulares das gravações musicais/fonogramas (“*sound recordings*”), que, na era analógica, nunca gozaram do direito de execução pública, devido ao *lobby* das emissoras de radiodifusão, passaram a fazer jus a esse direito no contexto digital. Apesar da discrepância existente até os dias de hoje, tendo em vista que a legislação autoral norte-americana ainda estabelece esse direito de execução pública limitado às transmissões digitais, de modo que as emissoras de radiodifusão permanecem sem a obrigação de remunerar os titulares das gravações musicais/fonogramas pela execução das mesmas, considera-se um pequeno avanço o direito de execução pública digital introduzido pelo DPRSRA.

Por todo o exposto até o momento, nota-se uma tendência, tanto do ponto de vista dos tratados internacionais (WCT e WPPT, especialmente), como a partir das legislações nacionais analisadas, ainda que pertencentes a sistemas diferentes – *droit d’auteur*, no caso da legislação francesa e *copyright*, no caso da norte-americana –, de recepcionar as utilizações de obras intelectuais pelos serviços de *streaming* como atos de comunicação ao público dessas obras: seja pelo direito de colocação à disposição do público disciplinado no WCT e no WPPT, seja pelo direito de representação francês, ou ainda pelo direito de execução pública norte-americano. Em outras palavras, nenhum desses textos

⁶⁴⁰ MARSHALL, Rick. The quest for “parity”: an examination of the Internet Radio Fairness Act. *Journal of the Copyright Society of the USA*, New York, v. 60, n. 3, p. 445-474, 2013. p. 454.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 454-455.

legais abordados buscou aproximar o *streaming* do direito de distribuição. Já no tocante ao direito de reprodução, o procedimento de *buffering* fez parte desse tipo de abordagem, seja para excepcioná-lo desse direito, no caso da União Europeia (e conseqüentemente da França), seja para classificá-lo como uma reprodução sujeita a uma licença compulsória, conforme fez a legislação norte-americana, isso sem olvidar da reprodução das obras no servidor das plataformas para disponibilização das mesmas ao público, necessária em todos os casos comentados.

Com essas breves considerações a respeito de como o *streaming* foi recepcionado pelos tratados internacionais sobre os direitos autorais no ambiente digital, bem como por outras legislações alienígenas, finaliza-se a análise proposta para este subtópico, e passa-se a abordar o assunto sob a perspectiva nacional.

3.3.2.1 O *streaming* no contexto nacional

No Brasil, as primeiras discussões envolvendo a recepção do *streaming* pela legislação autoral se concentraram, principalmente, no enquadramento pelo ECAD dos serviços que disponibilizavam obras musicais/fonogramas *online*, utilizando-se dessa tecnologia, dentro do escopo da execução pública, prevista no artigo 68, parágrafo 2º, da Lei n. 9.610/1998 (comentado anteriormente)⁶⁴². Amparado por este entendimento, o ECAD empreendeu em tentativas de cobranças de empresas que prestavam esse tipo de serviço, seja pela via do *simulcasting* (transmissão simultânea na rádio/televisão e na Internet), seja por meio dos serviços que transmitiam as obras/fonogramas apenas na Internet, interativos ou não. O resultado dessas tentativas de cobranças foi o ajuizamento de algumas ações judiciais, ora pelo próprio ECAD, ora pelos prestadores de serviços (especialmente por emissoras de radiodifusão ou por associações dessas emissoras) que buscavam o reconhecimento da ilegalidade dessas cobranças.

Aludidos processos judiciais assumiram, basicamente, duas frentes de discussões. A primeira delas já partia do pressuposto de que as transmissões via *simulcasting*, empreendidas por emissoras de radiodifusão que disponibilizavam o mesmo

⁶⁴² Vale lembrar, conforme comentado anteriormente neste capítulo, que o ECAD detém o monopólio legal de arrecadação e distribuição dos direitos provenientes da execução pública de obras musicais e fonogramas. Aliás, a atuação do ECAD se limita ao gerenciamento específico desses direitos, o que justifica a tentativa de enquadramento dos serviços de *streaming* dentro do escopo de incidência dos direitos de execução pública, pelo ECAD, tornando-o apto a cobrar desses serviços.

conteúdo transmitido por ondas hertzianas em *sites* da Internet, de forma simultânea à transmissão analógica original, enquadravam-se no escopo da execução pública. Isso porque os debates relacionados com essa espécie de *streaming* buscaram definir se a extensão da transmissão dos conteúdos no ambiente digital ensejava novo fato gerador de cobrança pelo ECAD ou se já estava incluída nos valores pagos pelas emissoras em razão da radiodifusão analógica. Em outras palavras, o Poder Judiciário foi provocado a responder se o *simulcasting* caracterizava modalidade autônoma de utilização das obras/fonogramas, capaz de demandar nova autorização e novo pagamento de direitos de execução pública ao ECAD, ou se ele já estava apensado na definição de radiodifusão tradicional (incluída no conceito de execução pública), por transmitir conteúdo idêntico e simultaneamente a esta, de modo que a nova cobrança configuraria duplicidade (*bis in idem*) e seria indevida.

Com base nessa primeira controvérsia, seria possível depreender duas questões: (a) a compreensão dos serviços de *streaming* como uma forma de transmissão de conteúdos, encaixando-se, por via de consequência, no conceito de “transmissão” previsto no artigo 5º, inciso II, da Lei n. 9.610/1998, qual seja, “a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético”; (b) a noção reflexa de que os serviços de *streaming* de música não interativos, que operam apenas na Internet (como uma web-rádio), automaticamente se enquadram no conceito de execução pública, ao se caracterizarem como uma “transmissão por qualquer modalidade” (vide redação do artigo 68, parágrafo 2º comentada anteriormente), para um público em geral, com características de simultaneidade na recepção pelos usuários, como acontece na radiodifusão e, por isso, demandam autorização e pagamento ao ECAD⁶⁴³. Trata-se de dois pressupostos que não geraram muitas discussões jurídicas nos tribunais, tanto que, como será melhor analisado nos próximos parágrafos, praticamente todas as decisões judiciais analisadas nesta pesquisa, que trabalharam sobre a temática do *streaming*, não chegaram a enfrentar controvérsias acerca dessa espécie de *streaming* não interativo e *Internet-only*.

O segundo ponto de conflito nos processos judiciais comentados teve como

⁶⁴³ Nesse sentido, destaca Mariana Giorgetti Valente: “[q]uando se trata da diferenciação entre serviços de streaming, deu-se como estabelecido que o ECAD tem prerrogativa para cobrar das rádios *online*, assim como sempre o fez com as rádios AM e FM. Via de regra, quanto à atividade principal das rádios *online*, a de levar a música ao público, o ECAD é o único órgão a quem o pagamento a título de direitos autorais e conexos é feito”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 316-317.

propósito definir se a disponibilização de obras musicais/fonogramas através de serviços de *streaming* interativos (sob demanda), em que os usuários apresentam um papel ativo na escolha do conteúdo a ser acessado, bem como do momento e do local de acesso, poderia ser qualificada como um ato de execução pública ou se seria considerada uma transmissão privada, apta a afastar a cobrança de direitos pelo ECAD.

Essas duas questões controvertidas foram enfrentadas pelas instâncias inferiores desde meados de 2009, até que, em 2013, o ECAD levou essas discussões para o STJ (Superior Tribunal de Justiça), com a interposição de Recurso Especial em ação movida contra a operadora OI (nome empresarial: TNL PCS S/A). O recurso foi inadmitido na origem e, por isso, agravado, de modo que houve o provimento do agravo pelo STJ, que optou por converter o feito e reautuá-lo como Recurso Especial. Em 08 de fevereiro de 2017, o STJ decidiu, por maioria de votos, que o *simulcasting* caracterizava modalidade autônoma de utilização, suficiente para ensejar nova cobrança de direitos de execução pública pelo ECAD, e que o *webcasting* (expressão utilizada para se referir ao *streaming* interativo, no caso debatido) configurava execução pública, legitimando também a cobrança de direitos pelo ECAD⁶⁴⁴. Esse foi considerado o *leading case* do assunto no país.

Os principais argumentos utilizados na decisão serão melhor analisados ao longo deste tópico, mas, primeiramente, cumpre destacar que, antes dessas definições pelo Tribunal Superior, em 2017, os Tribunais Estaduais vinham decidindo aludidas questões de forma diversa e até mesmo contrária ao posicionamento exarado pelo STJ. Em pesquisa realizada nos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça Estaduais (incluindo o do Distrito Federal e Territórios), com as palavras-chave “*simulcasting*” e “*webcasting*”, utilizadas separadamente, retornaram 27 (vinte e sete) resultados considerados relevantes para o tema, dentre os quais, 8 (oito) são posteriores ao julgamento pelo STJ e, portanto, seguem os mesmos argumentos do *leading case*⁶⁴⁵, motivo pelo qual eles não serão analisados

⁶⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁴⁵ São eles: PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1600590-2*, da 17ª Câmara Cível. Apelante: ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Apelado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná. Relator: Rui Portugal Bacellar Filho. Curitiba, 08 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12459035/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1600590-2#integra_12459035>. Acesso em: 25 out. 2019. PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0000389-13.2014.8.16.0021*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Fundação Canal 20. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Lilian Romero. Curitiba, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006388181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000389-13.2014.8.16.0021>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Embargos infringentes*

pormenorizadamente neste trabalho. Já as 19 (dezenove) decisões anteriores ao julgado do STJ⁶⁴⁶, compreendidas no período de 2011 a 2016, adotam posicionamentos mais heterogêneos, razão pela qual se optou por elaborar um quadro contendo as principais informações processuais dessas decisões, bem como um resumo dos resultados de cada julgado, que segue como APÊNDICE A do presente trabalho. Considerando a diversidade destas últimas, alguns comentários merecem ser feitos, antes de prosseguir na análise do *leading case*.

Primeiramente, cumpre ressaltar que dos 19 (dezenove) julgados, apenas 04 (quatro) se aproximam, de alguma forma, do entendimento exarado pelo STJ. Nessa perspectiva, já em 2011, o TJSC indeferiu recurso de agravo de instrumento formulado pela Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão, objetivando suspender a

n. 0386048-66.2009.8.19.0001, da 12ª Câmara Cível. Embargante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Embargado: Rádio Globo S/A. Relator: Mario Guimarães Neto. Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AD0E8E0689B1823DA3C8664B2F7067C3DDC50704212B>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0005730-57.2014.8.19.0014*, da 6ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD e Emissora Continental de Campos Ltda. Apelados: os mesmos. Relator: Inês da Trindade Chaves de Melo. Rio de Janeiro, 03 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E61B2E1D7F2AB72A328BC215BEDA3B08C50A0E251D40>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0168962-49.2018.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Thais Coutinho de Oliveira. Porto Alegre, 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70078037504&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0161316-51.2019.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Rádio Encruzilhadense Ltda - ME. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 10 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70078037504&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 0261408-37.2019.8.21.7000*, Despacho do Vice-Presidente. Recorrente: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Vice-Presidente: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_decisoes_e_despachos.php?Numero_Processo=70082894999&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.VICE%20PRESIDENCIA%20-%20DIREITO%20PRIVADO>. Acesso em: 25 out. 2019. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0057619-24.2010.8.24.0023*, da 1ª Câmara de Direito Civil. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão - ACAERT. Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior. Florianópolis, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAADvSvAAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁴⁶ Dentre essas 19 (dezenove) decisões, 02 (duas) são do TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais); 01 (uma) do TJMT (Tribunal de Justiça do Mato Grosso); 02 (duas) do TJPR (Tribunal de Justiça do Paraná); 09 (nove) do TJRJ (Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro); 01 (uma) do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul); 02 (duas) do TJSC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina) e 02 (duas) do TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo).

cobrança do ECAD pela transmissão da programação das suas emissoras associadas via *simulcasting*, sob o argumento da duplicidade de pagamento pela mesma utilização (*bis in idem*). O Tribunal entendeu que a rádio *online*, a despeito de transmitir a mesma programação da analógica, atinge público diferente daquele alcançado pela última, motivo pelo qual, amparado na listagem das distintas modalidades de utilização elencadas no artigo 29 da Lei n. 9.610/1998 (inciso VIII, alíneas “b”, “d”, “e”, “f” e “i”, e inciso X), decidiu que o *simulcasting* consistia em modalidade distinta de utilização, apta a demandar nova autorização e cobrança pelo ECAD, negando provimento ao agravo que pleiteava a suspensão da cobrança^{647 648}. Destaca-se, outrossim, que o TJRS enfrentou a mesma situação em 2016, também se posicionando pelo indeferimento de agravo interposto pela emissora Mil e Dez Radiodifusão Ltda. para suspender as cobranças pelo ECAD. No entanto, nesse caso, o Tribunal não se aprofundou na questão de o *simulcasting* configurar ou não nova modalidade de utilização, alegando apenas a necessidade de oitiva do ECAD a fim de compreender melhor as cobranças^{649 650}.

⁶⁴⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2011.000771-6*, da 6ª Câmara de Direito Civil. Agravante: Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão – ACAERT. Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Jaime Luiz Vicari. Florianópolis, 14 de julho de 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABecfAAE&categoria=acordao>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁴⁸ Esse entendimento foi posteriormente ratificado em sede de apelação, cuja decisão do Tribunal seguiu os preceitos exarados pelo STJ no *leading case*. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0057619-24.2010.8.24.0023*, da 1ª Câmara de Direito Civil. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão – ACAERT. Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior. Florianópolis, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAADvSvAAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0244896-81.2016.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Agravante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Elisa Carpin Corrêa. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70070347026&code=3637&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁵⁰ Em sede de apelação, o TJRS decidiu pela legalidade da cobrança pelo ECAD, referente às transmissões via *simulcasting*, seguindo os preceitos da decisão do STJ em 2017. Posteriormente, o Tribunal não admitiu o seguimento do Recurso Especial interposto pela emissora Mil e Dez Radiodifusão Ltda., reiterando os argumentos que fundamentaram o acórdão da apelação. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0168962-49.2018.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Thais Coutinho de Oliveira. Porto Alegre, 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70078037504&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 0261408-37.2019.8.21.7000*, Despacho do Vice-Presidente. Recorrente: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Vice-Presidente: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_decisoes_e_despachos.php?Numero_Processo=7008289>

A terceira decisão que apresenta maior proximidade ao julgado do STJ não chega propriamente a analisar o assunto da natureza jurídica das modalidades de *streaming*, mas ela reconhece a legitimidade do ECAD em cobrar direitos de execução pública decorrentes do oferecimento de vídeos no sítio eletrônico da empresa ABC Brazil New Time Comunicações Ltda - EPP. O caso foi julgado pelo TJSP que reconheceu o exercício da atividade de radiodifusão por aludida empresa, a despeito da inexistência de comprovação de outorga de autorização, concessão ou permissão para o exercício desse tipo de serviço, conferida pelo poder público. O Tribunal argumentou que a falta de aludida documentação era uma questão administrativa que deveria ser resolvida junto ao órgão competente, mas que não era suficiente para descaracterizar a atividade de radiodifusão e a consequente legitimidade do ECAD, com base nos artigos 68 e 99 da Lei n. 9.610/1998⁶⁵¹.

O último resultado da pesquisa realizada, que se coaduna parcialmente com o posicionamento do STJ, é o acórdão da apelação, proferido pelo TJRJ no escopo do mesmo processo apreciado pelo STJ, isto é, o caso OI x ECAD comentado anteriormente. Em sede de apelação, a Quinta Câmara Cível do Tribunal do Rio de Janeiro entendeu, de um lado, que a cobrança pela transmissão via *simulcasting* era indevida, constituindo duplicidade, considerando que o ECAD já cobrava da emissora pela radiodifusão analógica da mesma programação e, de outro, que o *streaming* interativo, denominado de *webcasting* pela Corte, configurava hipótese de execução pública apta a ensejar a cobrança pelo ECAD, dando provimento parcial ao recurso interposto por aludido Escritório⁶⁵².

Trata-se de uma decisão confusa, especialmente por causa do emprego de uma série de termos, cujos conceitos acabam se entrelaçando de maneira atécnica. Explica-se: em muitas ocasiões ao longo do texto, o desembargador prolator do voto vencedor utiliza a espécie “*webcasting*” como sinônimo do gênero “*streaming*”, referindo-se às “tecnologias do *simulcasting* e *streaming*” como se o *simulcasting* não fosse uma espécie do gênero em questão. Em outros momentos, a decisão emprega a terminologia “*webcasting*” para tratar

4999&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%203.VICE%20PRESIDENCIA%20-%20DIREITO%20PRIVADO>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0013964-34.2011.8.26.0565*, da 9ª Câmara de Direito Privado. Apelante: ABC Brazil New Time Comunicações Ltda - EPP. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Galdino Toledo Júnior. São Paulo, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6263078&cdForo=0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁵² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0174958-45.2009.8.19.0001*, da 5ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: TNL PCS S/A. Revisor designado para acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003FAAD9A82ECFD2B08CA2B019C5582D9111AC402644B2F>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

indistintamente do *streaming* interativo e do não interativo (que não seja *simulcasting*). Ademais, o Tribunal também se vale do conceito de distribuição digital ou eletrônica, previsto no inciso VII, do artigo 29, da Lei n. 9.610/1998, para fundamentar a caracterização do *webcasting* como execução pública, muito embora se trate de direitos distintos, conforme já explanado anteriormente neste capítulo⁶⁵³.

Em suma, o Tribunal decide que ambas as modalidades de *streaming* consistem em execução pública de obras musicais e fonogramas. No entanto, ele opta por enquadrar o *simulcasting* dentro do conceito de radiodifusão (por mudar apenas o canal de transmissão) e, com base nisso, descaracteriza essa forma de transmissão como modalidade nova e independente de execução pública, não sendo devido nenhum pagamento extra ao ECAD, tendo em vista que a emissora já pagava pela radiodifusão. De outra sorte, o TJRJ insere o *webcasting* (interativo) na seguinte definição ampla de execução pública que, no entendimento do Tribunal, inclui a transmissão, a comunicação ou a colocação à disposição do público de “uma obra, através de qualquer meio ou processo e que os integrantes desse público recebem essa obra no mesmo lugar ou em locais separados, ao mesmo tempo ou tempos diferentes”, de modo que basta o contato do público com a obra para que reste configurada a execução pública. Com base nessa interpretação e amparado no que dispõe o artigo 29 da Lei n. 9.610/1998, o TJRJ alega que o *webcasting* enseja novo fato gerador da execução pública, sendo devido o pagamento de valores ao ECAD. Essa é basicamente a decisão da apelação no caso OI x ECAD⁶⁵⁴.

Tendo em vista que a votação se deu por maioria, a OI interpôs embargos infringentes, objetivando a prevalência do voto vencido que, além de afastar a cobrança de direitos da transmissão via *simulcasting*, sob o fundamento da duplicidade, também entendeu indevida a cobrança para o *webcasting*, por não o considerar uma modalidade de execução pública. Aludidos embargos foram providos, a partir do argumento de que embora o acervo musical esteja disponível no site da OI para acesso público, quando um usuário seleciona um conteúdo desejado, inicia-se uma transmissão individual e dedicada, descaracterizando, nessa perspectiva, o caráter público da execução, além de não se tratar de um local de frequência coletiva. O desfecho desses embargos inclui o reconhecimento da cobrança

⁶⁵³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0174958-45.2009.8.19.0001*, da 5ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: TNL PCS S/A. Revisor designado para acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003FAAD9A82ECFD2B08CA2B019C5582D9111AC402644B2F>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁶⁵⁴ Ibid.

indevida pelo ECAD em ambas as modalidades de *streaming*⁶⁵⁵, motivando a interposição do recurso especial pelo ECAD, que originou o *leading case* comentado previamente.

Excetuados os quatro julgados comentados até o momento e outras duas decisões de 2011, do TJRJ – uma em agravo de instrumento e a outra em agravo inominado no agravo de instrumento –, que não chegaram a enfrentar propriamente a questão da natureza jurídica das modalidades de *streaming*, posicionando-se apenas no sentido de não suspender as transmissões via *simulcasting* e via *webcasting*, praticadas pela Rádio Globo S/A, até que a decisão final determinasse se eram ou não devidos pagamentos ao ECAD⁶⁵⁶, as demais decisões anteriores à análise do STJ acabaram se coadunando, em certa medida, com as posturas adotadas pelo TJRJ no julgamento dos embargos infringentes do caso OI x ECAD, ora enfrentando apenas a questão do *simulcasting*, ora somente a do *webcasting* e, por vezes ainda, abordando ambos os assuntos, mas sempre na direção de afastar as cobranças pelo ECAD.

Há que se ressaltar que, em 2013, neste mesmo caso da Rádio Globo S/A, o TJRJ se pronunciou, em sede de recurso de apelação, pela não incidência de cobranças pelo ECAD em nenhuma das modalidades de *streaming*. De um lado, o Tribunal considerou que o *simulcasting* se subsumia ao conceito de radiodifusão, sendo a Internet apenas um “novo” meio de comunicação incapaz de descaracterizar essa classificação. De outro, a Corte interpretou o acesso⁶⁵⁷ individual de cada usuário às obras musicais/fonogramas via

⁶⁵⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Embargos infringentes n. 0174958-45.2009.8.19.0001*, da 19ª Câmara Cível. Embargante: TNL PCS S/A. Embargado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032E7218C0CA51A133B5B15584AD7E816451C403285822>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁶⁵⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0048707-14.2011.8.19.0000*, Decisão Monocrática da 2ª Câmara Cível. Agravante: Rádio Globo S/A. Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Mauricio Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2011. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032104EBB2E76348A61E4A3693F2E07AF1B6C40315621B>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n. 0048707-14.2011.8.19.0000*, da 2ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Rádio Globo S/A. Relator: Mauricio Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CC1252D157858AC7A6762DBE55B8158FEC40317412E>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁵⁷ Ressalta-se que o TJRJ, ao tratar desse acesso pelos usuários via *webcasting*, isto é, utilizando-se da tecnologia do *streaming* – que, como se sabe, não implica em armazenamento permanente do conteúdo no disco rígido dos dispositivos –, considerou, equivocadamente, que os usuários “baixavam” as obras/fonogramas para obterem acesso. Em outras palavras, o Tribunal acabou inserindo o procedimento de *download* dentro do escopo do processo tecnológico do *streaming*, o que, via de regra, não acontece – a menos que o serviço de *streaming* ofereça uma funcionalidade específica que também permita o *download* do conteúdo, o que não parecia ser o caso em questão, demonstrando uma confusão no emprego da expressão “*download*” para explicar o funcionamento da modalidade de *webcasting*. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386048-66.2009.8.19.0001*, da 2ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de

webcasting, como se tivesse sido realizado no recesso familiar, aproximando-o da limitação autoral prevista no artigo 46, inciso VI⁶⁵⁸, da Lei n. 9.610/1998, que estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais a execução musical realizada no recesso familiar.

Nessa perspectiva, o TJRJ entendeu que o ECAD não conseguiu provar que o acesso (nesse momento, o Tribunal usa equivocadamente a expressão “*download*” para se referir ao acesso), por meio do *webcasting*, era realizado pelos usuários para a execução das obras/fonogramas em locais públicos, inexistindo prova de execução pública apta a gerar as cobranças pelo ECAD⁶⁵⁹. Essa decisão também foi proferida por maioria de votos, cuja controvérsia do voto vencido se limitou à consideração do *webcasting* como execução pública, não divergindo no tocante à duplicidade de cobrança pelo *simulcasting*. Com base nessa divergência, o ECAD interpôs embargos infringentes, apreciados após o julgamento do *leading case* (e citando este), ocasião em que o TJRJ opinou pela caracterização da execução pública nas transmissões via *webcasting*, considerando o espaço cibernético como equivalente a um teatro ou a um cinema (isto é, a um local de frequência coletiva) e afastando a incidência da limitação do artigo 46, inciso VI, comentada anteriormente⁶⁶⁰.

De outra sorte, cumpre ressaltar que, além das decisões já comentadas, os Tribunais Estaduais se pronunciaram em diversos outros casos no sentido de considerar indevidas as cobranças do ECAD pelas transmissões via *simulcasting*, por interpretarem que este já estava inserido no conceito de radiodifusão, constituindo um único fato gerador de cobrança e que, conseqüentemente, tendo as emissoras quitado os pagamentos referentes à radiodifusão (analógica), nenhum valor extra era devido, sob pena de configurar cobrança em duplicidade (*bis in idem*). Nesse sentido, é possível citar quatro decisões, sendo uma em

Arrecadação e Distribuição – ECAD e Rádio Globo S/A. Apelados: os mesmos. Relator: Alexandre Freitas Câmara. Rio de Janeiro, 06 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CC1252D157858AC7A6762DBE55B8158FEC40317412E>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁵⁸ “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; (...)”.

⁶⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386048-66.2009.8.19.0001*, da 2ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Rádio Globo S/A. Apelados: os mesmos. Relator: Alexandre Freitas Câmara. Rio de Janeiro, 06 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CC1252D157858AC7A6762DBE55B8158FEC40317412E>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Embargos infringentes n. 0386048-66.2009.8.19.0001*, da 12ª Câmara Cível. Embargante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Embargado: Rádio Globo S/A. Relator: Mario Guimarães Neto. Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AD0E8E0689B1823DA3C8664B2F7067C3DDC50704212B>>. Acesso em: 25 out. 2019.

primeira instância, como antecipação de tutela⁶⁶¹, duas em agravo de instrumento⁶⁶² e uma em agravo inominado em agravo de instrumento⁶⁶³, que ou suspenderam ou mantiveram a decisão agravada que suspendeu a cobrança do ECAD pela transmissão via *simulcasting*; e outras cinco decisões em sede de apelação⁶⁶⁴ que julgaram o mérito reconhecendo as cobranças do ECAD como indevidas para essa modalidade de *streaming*.

⁶⁶¹ CUIABÁ. Vara Cível. *Ação Declaratória de ilegalidade de cobrança c/c pedido de repetição de indébito e tutela de urgência n. 37355-79.2016.811.0041*, Décima Primeira Vara Cível da Comarca de Cuiabá. Requerente: Rádio Clube De Cáceres Ltda. Requerido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Juíza: Olinda de Quadros Altomare Castrillon. Cuiabá, 28 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/comarcas/dadosProcessoPrint.aspx>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1.0024.10.287440-1/001*, da 16ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão. Relator: Sebastião Pereira de Souza. Belo Horizonte, 27 de setembro de 2012. Disponível em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=simulcasting&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 out. 2019. PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1336400-0*, Decisão Monocrática da 17ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR. Relator: Luis Sérgio Swiech. Curitiba, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11839955/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1336400-0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo Inominado em Agravo de Instrumento n. 1336400-0/01*, da 17ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR. Relator: Luis Sérgio Swiech. Curitiba, 22 de abril de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11887495/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1336400-0/01>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶⁴ São elas: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0024.10.287440-1/005*, da 16ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão. Relator: Aparecida Grossi. Belo Horizonte, 06 de novembro de 2014. Disponível em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=simulcasting&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0019591-47.2013.8.19.0014*, da 17ª Câmara Cível. Apelante: Emissora Continental de Campos Ltda. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Elton Martinez Carvalho Leme. Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E449985B00B0315E5ACB64AA5AFB9579C5034F2F3C5F>>. Acesso em: 25 out. 2019. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0392128-46.2009.8.19.0001*, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: REDETV Interactive Ltda. Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Rio de Janeiro, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048558D3EFF7ACD0209E81607F8C3E05EAC5035D1F6006>>. Acesso em: 25 out. 2019. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2014.089575-6*, da 2ª Câmara de Direito Civil. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Rádio Cidade de Itaiópolis Ltda. Relator: Monteiro Rocha. Florianópolis, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoNfAAQ&categoria=acordao>. Acesso em: 25 out. 2019. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0173652-06.2010.8.26.0100*, da 4ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo - AESP. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 24 de abril de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7517491&cdForo=0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

Em relação ao *streaming* interativo ou *webcasting* (na terminologia dos tribunais), foram encontradas outras três decisões no TJRJ⁶⁶⁵ que apreciaram o assunto e decidiram por não caracterizar essa modalidade de *streaming* como inscrita no regime da execução pública, por traduzirem que o elemento da interatividade, que permite ao usuário escolher o conteúdo a ser acessado, no momento e no local que desejar, qualifica essa forma de disponibilização como individual e privada, portanto, fora da esfera de atuação do ECAD. A primeira delas diz respeito ao caso que ficou conhecido como ECAD x MySpace, no qual o primeiro moveu ação contra a empresa Fox Interactive Media Brasil Internet Ltda., que operava os serviços do site MySpace, pleiteando a suspensão das transmissões musicais em aludido site até que fosse providenciado o licenciamento junto ao ECAD das obras e dos fonogramas disponibilizados via *webcasting*. Em sede de apelação, o TJRJ se dedicou a analisar especificamente o enquadramento dessa modalidade de *streaming* no conceito de execução pública⁶⁶⁶.

Primeiramente, cumpre observar que o relator utiliza o termo “reprodução” (inclusive na ementa da decisão, ao dispor que se trata de “hipótese de reprodução individual”) de forma atécnica, para tratar não da cópia de obras, como define a legislação autoral, mas do ato de executar, de tocar uma música. Também nesse julgado, por vezes, o Tribunal aponta que o acesso às obras se dá por meio de *download*, o que também não corresponde à realidade, conforme já explanado anteriormente. Ademais, o relator define o *webcasting* como uma forma de distribuição individualizada de fonogramas, sem fazer menção aos dispositivos legais que definem o direito de distribuição e sem discorrer pormenorizadamente a respeito dessa classificação⁶⁶⁷.

Finalmente, o Tribunal desenvolve a definição de “locais de frequência coletiva” para concluir que “a norma exige que muitas pessoas compareçam reiteradamente no mesmo local”. Na visão do TJRJ, o legislador não visou à indeterminação com esse conceito, como tenta induzir o ECAD em sua argumentação (inclusive, invocando decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o que foi rechaçado pelo Tribunal carioca), mas sim à

⁶⁶⁵ Sendo uma delas já comentada no parágrafo anterior, referente ao caso ECAD x REDETV Interactive Ltda., cujo acórdão em apelação analisou tanto a questão do *simulcasting*, quanto a do *webcasting*.

⁶⁶⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386089-33.2009.8.19.0001*, da 10ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Fox Interactive Media Brasil Internet Ltda. - My Space Com. Apelados: os mesmos. Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004315F283929E234327B8E1896855E848FC5034B2F1B4D>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶⁷ Ibid.

coletividade, motivo pelo qual, tendo em vista que o acesso por cada usuário decorre de um ato individual e isolado, não há que se falar em execução pública⁶⁶⁸. Para amparar esse entendimento, o TJRJ cita um trecho de um parecer proferido por Manoel Joaquim Pereira dos Santos, em consulta realizada pela Associação Brasileira de Provedores de Internet – ABRANET, no qual o autor analisa os serviços de *streaming* interativos e conclui que:

Há aqui uma distinção relevante: tanto na radiodifusão quanto nas demais modalidades de comunicação pública contempladas no Art. 68 da Lei n° 9.610/98, a obra ou fonograma são colocados à disposição do público sem que estes tenham a possibilidade de (a) escolher o conteúdo a ser disponibilizado e (b) recebê-lo em um tempo e em local previamente determinados. *Nas hipóteses em discussão, ainda que o conteúdo seja acessível ao público em geral, sua utilização configura ato individual e isolado, inexistindo execução coletiva perceptível por mais de um usuário simultaneamente. Trata-se, pois, de modalidade de utilização distinta daquela tradicionalmente contemplada pelo Legislador como execução pública.*⁶⁶⁹ (grifos nossos)

É interessante comentar que o mesmo trecho grifado na citação anterior é utilizado em outra decisão do TJRJ, a segunda das três decisões encontradas, ao determinar que o *streaming* interativo não configura hipótese de execução pública. Trata-se de ação de cobrança movida pelo ECAD, pleiteando o pagamento de direitos autorais decorrentes da disponibilização de obras musicais/fonogramas no *site* da empresa Terra Networks Brasil S/A. Em sede de apelação, o Tribunal se pronunciou no sentido de reconhecer que a transmissão que se inicia com a seleção de uma música por cada usuário é individual, restringindo-se apenas à localidade daquele usuário e afastando, nessa perspectiva, a caracterização da execução pública. O Tribunal considerou como elemento essencial para essa classificação da execução como pública “a simultaneidade de disponibilização do conteúdo da obra a diversas pessoas”, o que não acontece no *streaming* interativo, em que cada pessoa acessa o conteúdo no momento em que desejar. Portanto, ainda que mais de uma pessoa escolha a mesma música para escutar, a transmissão dessa obra/fonograma a cada um dos usuários se dará em momentos distintos, qualificando uma transmissão separada, individual, privada, cujos direitos devem ser negociados diretamente com os titulares e não

⁶⁶⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386089-33.2009.8.19.0001*, da 10ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Fox Interactive Media Brasil Internet Ltda. - My Space Com. Apelados: os mesmos. Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004315F283929E234327B8E1896855E848FC5034B2F1B4D>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁶⁹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009. p. 60.

por intermédio do ECAD⁶⁷⁰.

Finalmente, o terceiro julgado encontrado coincide com uma das cinco decisões em apelação, que também apreciou a questão do *simulcasting* (conforme comentado previamente). Na origem, o ECAD moveu ação inibitória combinada com perdas e danos em face da REDETV Interactive Ltda., pleiteando o pagamento de direitos em ambas as modalidades de streaming (*simulcasting* e *webcasting*). A sentença opinou pela improcedência dos pedidos, pela vedação ao *bis in idem*, no caso do *simulcasting*, e por não haver prova da execução pública na hipótese do *webcasting*, motivando o recurso de apelação pelo ECAD que, por sua vez, foi improvido, tendo o TJRJ optado por manter a decisão de primeira instância⁶⁷¹.

Utilizando uma argumentação parecida com aquela apresentada no caso da empresa Terra Networks Brasil S/A, o Tribunal acentua no acórdão que, embora o acesso ao *site* da emissora seja aberto ao público, quando o usuário escolhe uma música que deseja ouvir, inicia-se uma transmissão individual e dedicada⁶⁷², restrita à localidade do usuário, motivo pelo qual, no entendimento do TJRJ, não há que se falar em local de frequência coletiva, nem em execução pública, mas sim em distribuição individualizada de fonograma. Nessa perspectiva, o Tribunal ressalta que, diferentemente da execução pública, os direitos de reprodução e de distribuição são administrados diretamente pelos titulares das obras e dos fonogramas, não cabendo a atuação do ECAD nesses casos⁶⁷³.

Resta evidenciado, de todo o exposto neste tópico, que os Tribunais Estaduais caminhavam no sentido de afastar a atividade de cobrança praticada pelo ECAD nos serviços de *streaming*, seja por reconhecer que haveria duplicidade de pagamento nas hipóteses de

⁶⁷⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0176131-07.2009.8.19.0001*, da 14ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Apelado: Terra Networks Brasil S/A. Relator: Cleber Ghelfenstein. Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048EF7B0EE2121D4ADDC1E38B5FD2FE5B5C50538492753>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁷¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0392128-46.2009.8.19.0001*, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: REDETV Interactive Ltda. Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Rio de Janeiro, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048558D3EFF7ACD0209E81607F8C3E05EAC5035D1F6006>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁶⁷² Não se pode deixar de comentar que, nesse caso, o Tribunal também considera que o acesso às obras/fonogramas implica na transferência destes via *download* aos usuários, o que, conforme já comentado nos casos anteriores, não corresponde à realidade.

⁶⁷³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0392128-46.2009.8.19.0001*, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: REDETV Interactive Ltda. Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Rio de Janeiro, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048558D3EFF7ACD0209E81607F8C3E05EAC5035D1F6006>>. Acesso em: 25 out. 2019.

simulcasting, compreendendo que os valores quitados sob a rubrica de radiodifusão (pela transmissão analógica) já abarcavam também a transmissão digital, seja por entender que a interatividade presente no *webcasting* descaracterizava a execução como sendo pública.

Um reflexo interessante dessa construção jurisprudencial apresentada se deu na relação estabelecida entre o ECAD e o YouTube ao longo desses anos. Conforme relata Mariana Giorgetti Valente, em 2007, o YouTube estabeleceu uma série de acordos com entidades de gestão coletiva, por todo o mundo, incluindo a “aliança MCPS-PRS na Grã-Bretanha, a Ascap nos EUA, a Sesac na Europa, e a JRC no Japão”. Seguindo esse movimento, em 2008, o ECAD e o YouTube firmaram uma carta de intenções, objetivando estabelecer o pagamento por este último de direitos de execução pública pelas obras musicais disponibilizadas em sua plataforma, no Brasil. Com base nesse acordo, em 2009, restou acertado que o YouTube destinaria 2,5% (dois e meio por cento) do seu faturamento ao ECAD, garantindo um valor anual mínimo de 150 (cento e cinquenta) mil dólares, de modo que a distribuição dos valores basear-se-ia no número de visualizações. Ainda que os montantes arrecadados não fossem expressivos, esse acordo representava uma forma de “respeito” do YouTube em relação à legislação autoral pátria e ao ECAD⁶⁷⁴.

Ocorre que, quando foi suscitada pelo ECAD a possibilidade de renovação desse acordo, em 2013, algumas das decisões comentadas já haviam sido julgadas, a exemplo dos embargos infringentes no caso OI x ECAD. Valente entende que aludido direcionamento dos tribunais, no sentido de afastar a atuação do ECAD nos casos de *streaming* interativo, deu margem a uma reavaliação pelo Google/YouTube a respeito da incidência dos direitos de execução pública e, conseqüentemente, gerou uma resistência do YouTube no tocante à renovação do acordo, que não chegou a acontecer naquele momento⁶⁷⁵.

Em 2015, o Google/YouTube ajuizou uma ação em face da UBEM (União Brasileira de Editoras de Música) – entidade que congrega editoras musicais no Brasil, representando suas associadas por meio do estabelecimento de parâmetros de negociação e de efetivas negociações dos direitos administrados pelas editoras⁶⁷⁶ – e do ECAD, pleiteando

⁶⁷⁴ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%20c%20a%20dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 318-319.

⁶⁷⁵ Ibid., p. 318-319.

⁶⁷⁶ Conforme já mencionado anteriormente, faz parte da praxe do mercado musical a administração pelas editoras – que, muitas vezes, inclui também a transferência – de direitos dos autores de composições musicais. Mariana Valente explica o seguinte a respeito da atuação das editoras e da UBEM: “o mercado nacional de música estruturou-se de tal forma que as editoras passaram a ter um papel preponderante na negociação dos direitos de execução e sincronização. De modo geral, são responsáveis pela negociação e pelo estabelecimento

informações dessas entidades, referentes aos titulares de direitos autorais das obras musicais disponibilizadas em aludida plataforma, com o intuito de viabilizar o pagamento desses direitos relativos ao que o YouTube entendeu como a “reprodução” de conteúdo em seu *site*. Na sua petição inicial, o Google explicou que o ECAD havia sido incluído no polo passivo da ação por dois motivos: (a) pelas transmissões ao vivo (*livestreaming*), única modalidade que ensejava a incidência dos direitos de execução pública; (b) por causa do Acordo Operacional⁶⁷⁷ que havia sido firmado entre o ECAD e a UBEM, atribuindo a essa última a responsabilidade de estabelecimento de condições comerciais para o licenciamento de direitos de reprodução e de execução pública. No entendimento do Google, fundamentado em decisões judiciais do TJRJ, o *streaming* sob demanda não representava ato de execução

dos valores das obras musicais que serão incluídas em fonogramas, peças publicitárias e outras produções de audiovisual, peças teatrais, publicações gráficas e outros. Assim, atuam em um modelo de negócio diferente das gravadoras, na medida em que são responsáveis por editar obras de diversos autores, que podem ou não ter sido gravadas, e por gravadoras diferentes. Esta característica confere às editoras a chance de diversificar as fontes de seus rendimentos, bem como para os seus editados (...). (...) Em resumo, mais do que administrar os direitos autorais dos seus autores, as editoras são responsáveis por tornar estes direitos rentáveis. Deste modo, buscam novas oportunidades de inserção das músicas e canções de seus ‘editados’ em comerciais, filmes, novelas e outras produções audiovisuais. Em média, as editoras recebem 25% dos valores arrecadados pela obra administrada, tanto pelos direitos de execução pública quanto os direitos de sincronização e fonomecânico. Assim, elas também se incluem nas sociedades de gestão coletiva que compõem o ECAD. A entidade associativa de gestão coletiva mais relevante no campo das editoras, excetuada a área de gestão coletiva, é, atualmente, a Ubem. A Ubem, além de definir os valores que serão usados como parâmetros para a negociação dos direitos de sincronização e outros tipos de licenciamento, também é responsável pela negociação de direitos com canais de venda de música na Internet, tais como os serviços de streaming. Nestes casos, a Ubem costuma fazer um único contrato de execução, que inclui todo o repertório das editoras associadas (...). (...) a Ubem surgiu da fusão de duas antigas associações de editoras, a Associação Brasileira de Editoras de Música (Abem) e Associação Brasileira de Editores Reunidos (Aber). Mas o objetivo não era, ao menos não somente, evitar problemas de fraudes: a União foi criada com o objetivo de incentivar a abertura da loja virtual da Apple no Brasil, o iTunes. De acordo com depoimentos de vários representantes do campo musical, a Apple afirmava que só viria para o país se pudesse pagar aos artistas através de uma única instituição. Os valores gerados pelos serviços que foram negociados junto à Ubem são posteriormente repassados para as editoras que, deste modo, passam a ter uma participação também nas vendas dos fonogramas (...). VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; IGNÁCIO, Elizete. O ECAD e sua estrutura. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 133-154. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 146-149. No entanto, conforme acentua Rodrigo Moraes Ferreira, “a UBEM não representa (e não representava em 2010) todas as editoras musicais do país. Mesmo assim, o acordo com o iTunes foi celebrado. Isso fez com que inúmeros autores, fossem eles independentes ou representados por editoras não filiadas à UBEM, ficassem sem receber direitos autorais no ambiente digital”. FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 333.

⁶⁷⁷ Conforme anota Rodrigo Moraes Ferreira, “[s]egundo a cláusula quarta desse ‘Acordo Operacional’, o ECAD tinha direito a 25% do valor arrecadado no *streaming* interativo (*on demand*), a título de ‘direitos de execução pública’, cabendo 75% do valor arrecadado à UBEM, a título de ‘direitos de reprodução’”. O problema é que “[a] UBEM congrega tão somente sócios editores de música, não permitindo a filiação de autores independentes (pessoas físicas). Portanto, o acordo operacional UBEM-ECAD foi, indubitavelmente, prejudicial para inúmeros autores brasileiros pertencentes a editoras não filiadas à UBEM”. *Ibid.*, p. 333.

pública⁶⁷⁸.

Mencionado processo de n. 0116365-13.2015.8.19.0001, em trâmite no TJRJ, chegou a ser julgado em primeira instância, com sentença exarada no dia 22 de novembro de 2016, isto é, antes da decisão do STJ, acolhendo a argumentação utilizada pelo Google, no sentido de considerar apenas o *livestreaming* como execução pública, afastando essa classificação do *streaming* sob demanda⁶⁷⁹. Essa sentença levou à interposição de recursos de apelação pelas rés, contudo, eles não chegaram a ser apreciados, tendo em vista que, em abril de 2018, o Google fechou acordo com o ECAD para o pagamento de direitos de execução pública⁶⁸⁰, provavelmente, como uma consequência da decisão do STJ em fevereiro de 2017.

Antes de referido julgamento pelo STJ, o então Ministério da Cultura também chegou a se posicionar a respeito do assunto. Conforme relata Rodrigo Moraes Ferreira, até 2015, o MinC vinha adotando uma postura no sentido de afastar a caracterização do *streaming* interativo como execução pública. Esse entendimento se alterou a partir daquele ano e culminou na abertura de prazo para consulta pública, através da Portaria n. 01, de 12 de fevereiro de 2016, para que os interessados se manifestassem sobre uma minuta de instrução normativa destinada ao estabelecimento de procedimentos complementares para a habilitação da atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos autorais e conexos, no ambiente digital. O texto ficou disponível para aludida consulta por 45 (quarenta e cinco) dias e resultou na Instrução Normativa/MinC n. 2, de 04 de maio de 2016, com entrada em vigor no dia subsequente⁶⁸¹.

Cumprе ressaltar que, na redação original da instrução, isto é, na versão disponibilizada para consulta pública, havia uma previsão mais clara e direta acerca da incidência do direito de execução pública nos serviços de *streaming*, bem como da legitimidade de cobrança pelo ECAD nesse contexto, conforme se depreende da leitura dos

⁶⁷⁸ BINENBOJM, GAMA & CARVALHO BRITTO ADVOCACIA. *Petição inicial em ação pelo rito ordinário, com pedido urgente de antecipação dos efeitos da tutela, inaudita altera pars, ajuizada pelo Google Inc., em face da União Brasileira de Editoras de Música – UBEM e do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*. Rio de Janeiro, 31 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150511-04.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

⁶⁷⁹ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 335.

⁶⁸⁰ ORTEGA, Rodrigo. Após cinco anos de disputa com Google, Ecad faz 1º repasse a autores de músicas por vídeos no YouTube. *GI*, [Online], 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/google/amp/pop-arte/musica/noticia/2018/07/18/apos-cinco-anos-de-disputa-com-google-ecad-faz-1o-repasse-a-autores-de-musicas-por-vidEOS-no-youtube.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁶⁸¹ FERREIRA, Rodrigo Moraes, op. cit., p. 336.

parágrafos 1º e 2º do Artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º A habilitação de que trata o art. 4º considerará a finalidade das utilizações de cada tipo de serviço oferecido pelos usuários, bem como as características técnicas de tais serviços que viabilizam a sua funcionalidade plena, nos seguintes termos:

(...)

§1º *O direito de execução pública previsto na alínea “i” do inciso VIII do caput do art. 29 e no §2º do art. 68 da Lei nº 9.610, de 1998, aplica-se aos serviços em que há a utilização de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas por meio de transmissão com finalidade de fruição da obra pelo consumidor, sem transferência de posse ou propriedade.*

§2º *Os serviços de quais trata o § 1º são passíveis de cobrança realizada pelo ente arrecadador de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998.*⁶⁸² (grifos nossos)

Muitas empresas e entidades ligadas especialmente à indústria do entretenimento se manifestaram contrárias ao texto elaborado e colocado sob consulta pública pelo MinC, na maioria das vezes, argumentando que essa iniciativa extrapolava as competências normativas atribuídas ao Ministério, afrontava a Lei n. 9.610/1998 e ainda invadia a competência interpretativa da legislação que só caberia ao Poder Judiciário, tudo isso com a intenção de afastar a incidência da execução pública nos serviços de *streaming*. Dentre aqueles que, em alguma medida, desaprovaram aludida instrução normativa estão várias empresas que trabalham com o *streaming* de música, como o Spotify, o Deezer, o Napster e o iMusica; algumas entidades representantes do mercado fonográfico, como a UBEM, a ABMI (Associação Brasileira de Música Independente), a ABPD (Associação Brasileira de Produtores de Discos, atualmente Pró-Música Brasil), a IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) e a RIAA; alguns representantes dos setores de telecomunicações e de tecnologia, como a operadora de telefonia TIM, a BRASSCOM (Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicações) e a ABRANET; e algumas associações ligadas ao setor audiovisual, como a ABTA (Associação Brasileira de Televisão por Assinatura) e a *Motion Picture Association América Latina*⁶⁸³.

Por fim, destaca-se que a versão aprovada do texto normativo, que entrou efetivamente em vigor, conferiu uma margem de interpretação favorável à classificação do

⁶⁸² BRASIL. Ministério da Cultura. *Instrução Normativa n. ____ sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Ambiente Digital*, de 2016. Estabelece previsões específicas para a atividade de cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://culturadigital.br/gcdigital/files/2016/02/IN-DIGITAL-FINAL-12-02.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017. p. 2-3.

⁶⁸³ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 337-340.

streaming como execução pública, mas de forma mais implícita, indireta, se comparada com a redação original, conforme é possível verificar no que preceitua o Artigo 3º, com foco para o inciso III desse dispositivo, *in verbis*:

Art. 3º O requerimento de habilitação das associações de gestão coletiva, para fins da cobrança de que trata o art. 2º, deverá cumprir o exigido no § 4º do art. 2º da IN/MinC nº 3, de 7 de julho de 2015, e apresentar a relação de titulares de direitos de autor que optarem por praticar pessoalmente o ato de cobrança, *quando a atividade de cobrança se estender também aos provedores de aplicação de internet, nas seguintes modalidades de utilização:*

I - a reprodução, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos, em qualquer dispositivo ou suporte, observado o disposto no inciso VI do caput do art. 5º, no inciso IX do caput do art. 29 e no § 1º do art. 30 da Lei nº 9.610, de 1998;

II - a distribuição prevista no inciso VII do caput do art. 29 da Lei nº 9.610, de 1998, realizada mediante venda, locação ou qualquer forma de transferência de propriedade ou posse; ou

III - a comunicação ao público, por qualquer uma das modalidades previstas nas alíneas "a", "g" e "j" do inciso VIII do caput do art. 29 da Lei nº 9.610, de 1998, conforme a categoria da obra, ou *o direito de execução pública previsto na alínea "i" do inciso VIII do caput do art. 29 e no § 2º do art. 68 da Lei nº 9.610, de 1998, para as utilizações de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, por meio de transmissão que não resulte na obtenção de cópia da obra ou fonograma pelo consumidor nem qualquer forma de transferência de posse ou propriedade.*⁶⁸⁴ (grifos nossos)

A entrada em vigor da Instrução Normativa/MinC n. 2 não encerrou as discussões sobre o assunto. Conforme já mencionado anteriormente, em 2013, o ECAD levou as controvérsias sobre o *streaming* para o STJ, por meio do Recurso Especial interposto em ação movida contra a OI. Considerando a novidade e a complexidade do tema, o STJ designou audiência pública para fomentar o debate e subsidiar a decisão, que ocorreu no dia 14 de dezembro de 2015 e contou com a participação de diversos interessados⁶⁸⁵, com

⁶⁸⁴ BRASIL. Ministério da Cultura. *Instrução Normativa n. 2*, de 04 de maio de 2016. Estabelece procedimentos complementares para a habilitação para a atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, na internet, conforme definida no inciso I do caput do art. 5º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21515943/do1-2016-05-05-instrucao-normativa-n-2-de-4-de-maio-de-2016-21515883>. Acesso em: 23 mar. 2019.

⁶⁸⁵ Em notícia publicada no site do STJ, consta a participação dos seguintes interessados, divididos em 12 (doze) painéis: ECAD; Oi Móvel S/A Incorporador do TNL PCS S/A; Ministério Público Federal; ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes); Ministério da Cultura, através da Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI); 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); Empresa Brasil de Comunicação; Napster; Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional; CQ Rights – Gestão de Direito Autoral; ABPD (Associação Brasileira de Produtores de Discos); Sindicato de Hotelaria, Restaurantes, Bares e Similares da região das Hortênsias e Planalto das Araucárias; Centro de Estudos em Telecomunicações da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; UBC (União Brasileira de Compositores); CISAC (Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores); ABRANET (Associação Brasileira de Internet); Escola Superior de Advocacia da OAB; ILDC (Federação Ibero-americana das Associações de Gestão Coletiva de Artistas e

opiniões diversificadas, a exemplo do Ministério da Cultura, da ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes) e da ABDA (Associação Brasileira de Direito Autoral) que, juntamente com o ECAD, defenderam a subsunção do *simulcasting* e do *webcasting* no conceito de execução pública e a consequente legitimidade do ECAD para cobrar; e, de outro lado, entidades como a ACAERT (Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão), a ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual) e a AESP (Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo) que se coadunaram com a defesa da OI, no sentido de afastar a atuação do ECAD nessas modalidades de *streaming*⁶⁸⁶.

Passando-se à leitura da decisão propriamente dita, insta destacar que o relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, parte da premissa de que a única diferença entre a disponibilização de obras musicais e fonogramas pela Internet e por outras formas de difusão, tais como a rádio e a televisão, é o modo de transmissão, motivo pelo qual, na acepção do relator, tratando-se da utilização do mesmo bem imaterial, a disciplina jurídica aplicável deve ser a mesma. Ressalta-se que esse posicionamento já vinha sendo adotado por Gustavo Tepedino, para quem a difusão de obras musicais/fonogramas por meio da tecnologia do *streaming* deveria receber mesmo tratamento jurídico daquele conferido às outras formas de disponibilização desses bens intelectuais. Nas palavras de Tepedino:

(...) 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.⁶⁸⁷

Com base nessa premissa, Ricardo Villas Bôas Cueva argumenta que as menções

Intérpretes do Audiovisual do Brasil e 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; Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes/Sociedade Musical Brasileira; Professor titular da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, Gustavo Tepedino. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Audiência pública: tecnologia streaming e direitos autorais são os temas de audiência na segunda-feira* (14). 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-12-10_07-00_Audiencia-publica-Tecnologia-streaming-e-direitos-autorais-sao-os-temas-de-audiencia-na-segundafeira-14.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2018.

⁶⁸⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 312.

⁶⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet. *Revista Brasileira de Direito Civil* [online], v. 6, n. 4, p. 128-150, out./dez. 2015. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/85/189>>. Acesso em: 18 fev. 2017. p. 137.

feitas pelo artigo 29 da Lei n. 9.610/1998⁶⁸⁸ a respeito da utilização de obras intelectuais, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas, fios telefônicos ou não e quaisquer outros meios de comunicação adotados, bem como quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a existir, foram suficientes para recepcionar a tecnologia do *streaming* pela legislação autoral vigente⁶⁸⁹.

Nessa perspectiva, o ministro relator do voto, no caso em debate, entende que o *streaming* constitui uma forma de transmissão, nos termos do que define o artigo 5º, inciso II, da Lei n. 9.610/1998, e que a Internet pode ser considerada um local de frequência coletiva, com base no que preceitua a parte final do parágrafo 3º, do artigo 68, que inclui no elenco desses lugares “onde quer que se (...) transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”, como usualmente acontece na Internet, de acordo com o ministro. O voto do relator destaca que a colocação das obras ao alcance do que ele considera uma “coletividade frequentadora do ambiente digital”, capaz de acessar o acervo ali disponibilizado a qualquer momento, é o fator relevante para caracterizar um local como de frequência coletiva⁶⁹⁰.

Portanto, na acepção de Cueva, a legislação autoral pátria intentou abarcar o ambiente digital dentro do escopo da definição de “locais de frequência coletiva”, de modo que o alcance de um número indeterminado e irrestrito de usuários, possibilitado pelo acesso à Internet, e independentemente do lugar físico onde esses usuários se encontrem (potencialmente, em qualquer lugar do planeta), é suficiente para caracterizar a Internet como um local de frequência coletiva, nos termos da lei. Para corroborar com esse entendimento, o voto menciona o posicionamento consolidado na jurisprudência acerca da desnecessidade de aglomeração de pessoas em um mesmo espaço, tal como ocorre nos casos de disponibilização de aparelhos de rádio e/ou de televisão nos quartos de hotéis e motéis,

⁶⁸⁸ O ministro destaca especificamente os seguintes trechos: “[a]rt. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) VII - a distribuição para oferta de obras ou produções **mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema** que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: (...) i) **emprego de sistemas de fibras óticas, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados**; (...) IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - **quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas**” (grifos conforme a decisão do STJ).

⁶⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

hipóteses em que os tribunais já se manifestaram pela incidência do direito de execução pública e consequente legitimidade do ECAD para efetuar as cobranças⁶⁹¹.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, manifesta-se Gustavo Tepedino, para quem o sistema jurídico brasileiro considera irrelevante, para a caracterização de um local de frequência coletiva, a quantidade de pessoas existentes no lugar onde é realizada a execução musical, “bastando que se possa, potencialmente, atingir uma coletividade de pessoas”, motivo pelo qual ele também considera a Internet um lugar de frequência coletiva. O autor fundamenta que a situação da Internet apresenta o mesmo substrato que levou o STJ a elaborar a Súmula 63, que determina a incidência do direito de execução pública nos casos de retransmissão radiofônica de obras musicais/fonogramas em estabelecimentos comerciais, isto é, a possibilidade de essas obras/fonogramas atingirem um número indefinido de pessoas, independentemente do fato de a programação ter sido efetivamente recepcionada por algum ouvinte. Conclui Tepedino que a Internet é um local de frequência coletiva, na acepção da legislação autoral brasileira⁶⁹².

Por outro lado, retomando ao voto do STJ, é interessante notar que, para além de enquadrar a Internet como um local de frequência coletiva, Ricardo Villas Bôas Cueva também desenvolve o argumento de que a transmissão via *streaming*, por si só considerada, é capaz de qualificar a execução como pública, amparando-se justamente nesse potencial indeterminado de pessoas que aludida modalidade de transmissão de obras musicais/fonogramas é capaz de alcançar. Nessa perspectiva, o relator conclui que o texto legal não exige a simultaneidade na recepção do conteúdo, nem a pluralidade de pessoas reunidas em um mesmo espaço para caracterizar a execução como pública. Na visão do relator, a sociedade da informação naturalmente exige uma evolução do conceito de “público”, que não mais comporta a noção tradicional da era analógica, que demandava a reunião física de um conjunto de pessoas, em um mesmo espaço, recebendo simultaneamente o conteúdo disponibilizado⁶⁹³.

Neste ponto, conforme mencionado anteriormente, não se olvida que o advento

⁶⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁹² TEPEDINO, Gustavo. A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet. *Revista Brasileira de Direito Civil* [online], v. 6, n. 4, p. 128-150, out./dez. 2015. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/85/189>>. Acesso em: 18 fev. 2017. p. 130.

⁶⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op. cit.

da “radiodifusão” e a sua inclusão no texto da Lei n. 9.610/1998, ao lado da “transmissão por qualquer modalidade”, dentro do conceito de execução pública (artigo 68, parágrafo 2º) contribuiu para a desconstrução dessa ideia tradicional de público. Aliás, de acordo com a análise feita no presente trabalho acerca de algumas legislações alienígenas, tais como o direito da União Europeia, bem como as normas da França e dos Estados Unidos, nota-se que esse movimento de ampliar a noção de “público” não é apenas uma tendência nacional, mas também de outros lugares. Seja na União Europeia através da definição de “comunicação ao público”, seja na França com o “direito de representação”, ou ainda nos Estados Unidos com o “direito de execução pública”, foi-se conferindo cada vez mais relevância ao ato do emissor de colocar as obras intelectuais ao alcance de um público, independentemente da organização espacial ou temporal deste público – pessoas reunidas ou não, acessando simultaneamente ou não – do que à forma de recepção desse conteúdo pelos indivíduos.

Com base nisso, uma das críticas que se faz à argumentação utilizada pelo ministro relator não diz respeito a essa construção do conceito de “público”, que parece razoável, mas sim à opção por caracterizar a Internet como necessariamente um local de frequência coletiva. Desta feita, coaduna-se com o entendimento exarado pelo ministro Marco Aurélio Bellizze em seu voto-vista – que divergiu do posicionamento adotado pelo relator –, no sentido de que o ambiente virtual não é, nem deve ser tratado como um meio homogêneo, sujeito a uma tese jurídica genérica. Isso porque, conforme defende Bellizze, existem ambientes virtuais privados e sigilosos, como os e-mails ou *sites* de contas bancárias, e ambientes de acesso restrito, como é o caso de alguns perfis sociais (de acordo com a configuração escolhida pelo usuário dono do perfil), o que afasta a noção generalizada de que a Internet tem obrigatoriamente um caráter público⁶⁹⁴.

Coaduna-se com esse entendimento Manoel Joaquim Pereira dos Santos, para quem se impõe “a conclusão de que não pode haver uma regra geral que defina o ambiente de internet como público ou privado para qualquer tipo de atividade”. O autor pondera que é necessário ter cautela ao qualificar a Internet como um meio de comunicação social, ao lado do rádio, da televisão e da imprensa, tendo em vista a maior complexidade no seu funcionamento, se comparada a estes últimos meios. Na acepção de Manoel, não só a

⁶⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

Internet não pode ser considerada unicamente um meio de comunicação, dada à existência de “provedores que prestam serviços ou exercem atividades de outra natureza”, como também nem todo ato de comunicação nela exercido se enquadra no escopo de uma comunicação pública. Nessa perspectiva, tendo em vista que o conceito de execução pública não pressupõe obrigatoriamente a presença de uma audiência em local de frequência coletiva (comunicação ao público direta), podendo também ser identificado nas diversas modalidades de transmissão, tal como ocorre na radiodifusão (comunicação ao público indireta), não existe necessidade em estabelecer uma regra geral que qualifique a Internet como local de frequência coletiva⁶⁹⁵.

Rodrigo Moraes Ferreira faz uma leitura semelhante do assunto e considera irrelevante discutir se a Internet se enquadra ou não no conceito de local de frequência coletiva. Na acepção de Moraes, o legislador de 1998 construiu a redação do parágrafo 3º, do artigo 68, da Lei n. 9.610, sob um olhar analógico, o que significa dizer que, provavelmente, ele não se antecipou ao advento da Internet, nem a outros tipos de avanços tecnológicos, tendo trabalhado efetivamente em cima de uma concepção de lugares físicos. Em outras palavras, o autor acredita que, a despeito de o rol do artigo mencionado ser apenas exemplificativo, ele não visou necessariamente abarcar o ambiente digital, o que não prejudica a incidência do direito de execução pública nos serviços de *streaming* interativo, já que a execução musical em locais de frequência coletiva não é o único fato gerador desse direito: o parágrafo 2º, do artigo 68 fala expressamente na radiodifusão e na transmissão por qualquer modalidade⁶⁹⁶.

Aliás, é neste ponto que Rodrigo Moraes diverge de Manoel Joaquim Pereira dos Santos: enquanto o primeiro defende que a transmissão por si só – e conseqüentemente a transmissão via *streaming*, em si considerada – é suficiente para caracterizar o ato de execução pública⁶⁹⁷, o último argumenta que nem toda forma de transmissão constitui execução pública, a exemplo do que acontece no *streaming* sob demanda. Na acepção de Manoel, a seleção individual e a recepção isolada das músicas que o usuário deseja ouvir enseja a execução privada das obras/fonogramas, afastando, nessa perspectiva, a incidência

⁶⁹⁵ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009. p. 56-57 e 59.

⁶⁹⁶ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 351.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 351.

do regime da execução pública⁶⁹⁸.

Manoel entende, portanto, que essa modalidade de *streaming* interativo foi recepcionada pelo direito de distribuição eletrônica, previsto no inciso VII, do artigo 29, comentado anteriormente, cuja definição abarca a oferta de obras e produções por qualquer tipo de 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*” (grifos nossos), isto é, que possibilite a interatividade. O autor faz uma leitura conjunta de aludido dispositivo com o texto do *caput* do artigo 30, que estabelece que, “[n]o exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá *colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar*, a título oneroso ou gratuito” (grifos nossos), e conclui que, muito embora a distribuição em si não constitua um ato de reprodução, mas sim uma comercialização de obras reproduzidas, as redações de mencionados artigos revelam “a intenção do legislador de excluir a atividade de ‘distribuição eletrônica’ do conceito de comunicação pública, integrando-a no direito de reprodução”⁶⁹⁹. A consequência lógica

⁶⁹⁸ Nas palavras do autor: “[e]ntendemos que, em ambos os casos, não se trata efetivamente de execução pública, mas do que já se denominou de “distribuição individualizada’ de fonogramas’ que não se enquadra no escopo do artigo 68 da Lei n° 9.610/1998, visto tratar-se de utilização isolada e não coletiva. O elemento diferencial reside no fato de que há uma ação individual de seleção da(s) música(s) a ser(em) ouvida(s) pelo usuário, sendo que cada usuário ouve a seleção predeterminada em momentos diferentes, ou seja, isoladamente. (...) Portanto, concluímos que a oferta *on demand* tem características próprias distintas da difusão da obra a público indeterminado. Esta conclusão nos leva à modalidade de negócio conhecida como ‘rádio virtual’, a qual combina duas formas diferentes de oferecimento da obra musical. A primeira permite ao usuário a execução individual da música selecionada, tal como ocorre com o serviço de *streaming*, com a única diferença de que o acesso ao conteúdo é sempre gratuito e livre para qualquer internauta. O fato de se tratar de serviço pago ou gratuito não descaracteriza o tipo de execução em causa porquanto a noção de público ou privado independe da gratuidade ou da onerosidade. Com efeito, sendo em ambos os casos necessário haver uma interação individualizada do usuário para que a música possa ser ouvida, trata-se novamente de execução privada, suscetível do tratamento legal antes mencionado. O oferecimento de música em tempo real, no formato de *webcast* – segunda forma de disponibilização de conteúdo no ‘radio virtual’ –, apresenta particularidades que o distinguem da oferta especial de *streaming*. Contudo, a transmissão não se dá com características semelhantes à radiodifusão, ou seja, como difusão de sons ou de imagens e sons de maneira acessível ao público em geral uma vez que a transmissão, além de não ser simultânea, é recebida individualmente pelo usuário em tempo e lugar previamente determinados. Há aqui uma distinção relevante: tanto na radiodifusão quanto nas demais modalidades de comunicação pública contempladas no artigo 68 da Lei n° 9.610/1998, a obra ou fonograma são colocados à disposição do público sem que estes tenham a possibilidade de (a) escolher o conteúdo a ser disponibilizado e (b) recebê-lo em um tempo e em local previamente determinados. Nas hipóteses em discussão, ainda que o conteúdo seja acessível ao público em geral, sua utilização configura ato individual e isolado, inexistindo execução coletiva perceptível por mais de um usuário simultaneamente. Trata-se, pois, de modalidade de utilização distinta daquela tradicionalmente contemplada pelo legislador como execução pública”. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009. p. 58 e 60.

⁶⁹⁹ É interessante comentar que o voto divergente do ministro Marco Aurélio Bellize se aproxima parcialmente deste argumento levantado por Manoel Joaquim Pereira dos Santos, tendo em vista que o ministro também busca associar o *streaming* interativo com o disposto no artigo 30, da Lei n. 9.610/1998, que estabelece a possibilidade do titular de colocar a sua obra à disposição do público, durante o exercício do direito de reprodução, afastando, nessa perspectiva, a incidência do direito de execução pública para essa modalidade de *streaming*. No entanto, diferentemente do que argumenta Manoel, acerca da integração da distribuição eletrônica no direito de reprodução, Bellize defende que a distribuição pressupõe transferência de posse, o que

desse raciocínio é a seguinte: uma vez classificado como distribuição eletrônica, o *streaming* interativo foge do escopo de incidência do direito de execução pública⁷⁰⁰.

José Carlos Costa Netto⁷⁰¹ e Rodrigo Moraes Ferreira⁷⁰² (que cita Costa Netto em sua fundamentação) adotam posicionamento diverso do exarado por Manoel. Os autores argumentam que, apesar de o ato de comunicação ao público excluir expressamente da sua definição a distribuição de exemplares, nos termos do inciso V, do artigo 5º, da Lei n. 9.610/1998, essa exclusão refere-se apenas à distribuição “analógica”, prevista no inciso IV do mesmo dispositivo, contudo, a comunicação ao público não é incompatível com a distribuição “eletrônica” do inciso VII, do artigo 29, já que esta não enseja a distribuição de exemplares. Para ambos, portanto, a modalidade de *streaming* interativo provoca a incidência de dois direitos: (a) a comunicação ao público – especificamente na figura da execução pública, nos casos de obras musicais/fonogramas –, decorrente da atividade de transmissão das obras/fonogramas, colocando-as ao alcance do público na Internet⁷⁰³; e (b)

não acontece nos serviços de *streaming*, motivo pelo qual o ministro afasta a caracterização dessa tecnologia do escopo do direito de distribuição, coadunando-se, no que concerne a esse ponto específico, com o entendimento exarado pelo relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, conforme será melhor comentado neste tópico. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁷⁰⁰ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009. p. 60-61.

⁷⁰¹ NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 343.

⁷⁰² FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 352-353.

⁷⁰³ Para explicar que a transmissão de obras/fonogramas pela Internet, por si só, enseja a incidência do direito de execução pública, José Carlos Costa Netto faz uma analogia com as transmissões televisivas, nas quais se verifica a execução pública, seja quando o público é indefinido, como nos casos de TVs abertas, seja quando o público é definido, como acontece nas TVs por assinatura. Nas palavras do autor: “[e] quando essa ‘transmissão originária’ de obras intelectuais deverá ser considerada ‘execução pública’ (para estar, assim, enquadrada na obrigatoriedade legal de obtenção de licença prévia do ECAD)? A resposta é simples: quando essa transmissão se tratar de ato de ‘comunicação ao público’, que significa ‘o 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’. E o que seria ‘público’, nesse caso: o indefinido (*quando a transmissão pode ser captada indistintamente, dentro do espectro de abrangência da transmissão, como a denominada ‘TV aberta’, por exemplo*) ou o definido (*transmissão restrita aos assinantes de determinado serviço de comunicação, por exemplo as ‘TVs a cabo ou por assinatura’*)? A resposta também se evidencia: a execução pública – ou comunicação ao público – encontra-se presente nos dois casos. [...] Fica nítida, portanto, a analogia dessas regras às transmissões (*disponibilização ou comunicação ao público*) de obras musicais e fonogramas musicais para o ambiente digital, bem como a consequente legitimidade de controle de direitos autorais pelo ECAD. Tendo em vista restar a posição legal de que o controle e a arrecadação de direitos autorais decorrentes da transmissão, disponibilização ou comunicação ao público – *público este definido (no caso das transmissões ‘abertas’) ou indefinido (no caso das transmissões em sistemas ‘fechados’, por assinatura, por exemplo)* – de obras musicais ou fonogramas sejam atribuição exclusiva do ECAD, aplica-se a **qualquer modalidade** de transmissão, conseqüentemente, é evidente a aplicabilidade dessa regra aos meios digitais de comunicação, em especial a notória rede mundial de computadores, denominada ‘internet’. Nesse passo, qualquer utilização de

a distribuição eletrônica, consistente na oferta dessas obras/fonogramas, que permite a seleção individual das mesmas, por cada usuário. Na primeira hipótese, exige-se autorização prévia pelo ECAD (para as obras musicais/fonogramas) e, na segunda, a autorização deve ser obtida diretamente com os titulares das obras/fonogramas.

Ainda no tocante às discussões envolvendo o direito de distribuição eletrônica, é interessante comentar que o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do caso OI x ECAD, adotou posicionamento controverso a respeito do assunto. Explica-se: em que pese o voto vencedor associar o *streaming* interativo com o disposto no artigo 29, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998 (denominado nesta pesquisa como distribuição eletrônica), e mencionar que aludido dispositivo prevê o “direito de colocar à disposição do público”, introduzido pelo WCT, curiosamente, na mesma linha de argumentação, o relator afirma que essa modalidade de *streaming* se situa no âmbito do direito de comunicação ao público, mas fora da esfera do direito de distribuição, sob a justificativa de que este sempre pressupõe a transferência de propriedade ou posse, o que não acontece no *streaming*. Em outras palavras, o relator alega que o *streaming* interativo se subsume ao inciso VII, do artigo 29, mas entende que esse dispositivo não trata do direito de distribuição⁷⁰⁴.

Com a devida vênia, não assiste razão ao ministro Ricardo Villas Bôas Cueva neste ponto, tendo em vista que, conforme já explanado anteriormente, a legislação autoral pátria cuidou de disciplinar duas espécies de distribuição, das quais uma implica na distribuição de exemplares (distribuição analógica do artigo 5º, inciso IV), e a outra tem sua definição mais ligada à noção de acesso, e não à transferência de propriedade ou posse (distribuição eletrônica do artigo 29, inciso VII). Nos termos do que explicam Manoel Joaquim Pereira dos Santos, José Carlos Costa Netto e Rodrigo Moraes Ferreira, esta última espécie de distribuição apresenta compatibilidade com os serviços de *streaming* sob demanda, opinião com a qual se coaduna no presente trabalho. Nessa perspectiva, as dúvidas que se mostram mais pertinentes, com base em todo o exposto até o momento, são as

obras musicais ou fonogramas que consista em sua colocação, em redes digitais, ao alcance do público – definido ou indefinido – ‘por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares’ – resultará em ‘comunicação ao público’ e, assim, acarretará a obrigatoriedade de obtenção, pelo realizador dessa utilização, de autorização prévia do ECAD, responsável, por expresso comando legal, como já examinamos, pela gestão coletiva dos direitos autorais de todos os titulares das obras musicais e dos fonogramas respectivos” (grifos no original). NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 340-342.

⁷⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

seguintes: os serviços de *streaming* interativos ensejam a incidência do direito de distribuição eletrônica e do direito de execução pública, ou apenas do primeiro? O direito de execução pública é compatível com o de distribuição eletrônica?

Explica-se: do ponto de vista internacional, os tratados da OMPI de 1996 (WCT e WPPT) introduziram um novo conceito que melhor refletisse as formas de utilização de obras intelectuais, interpretações, execuções e fonogramas, possibilitadas pelo advento da Internet, qual seja, o direito de colocação à disposição do público, cuja principal característica consiste justamente na interatividade, isto é, na colocação desses bens intelectuais à disposição do público, de uma maneira que este público possa acessá-los de um lugar e em um momento individualmente escolhido por cada pessoa, como acontece nos serviços de *streaming* interativos. Enquanto o WCT tratou esse direito como uma espécie do direito de comunicação ao público, o WPPT optou por discipliná-lo como um direito autônomo. Independentemente dessa formalização diferenciada, é importante comentar que aludidos tratados deixaram uma margem de flexibilidade para que os países signatários incorporassem esse direito de colocação à disposição do público, em suas legislações internas, da maneira que melhor os atendessem, tanto que diferentes países optaram por distintas abordagens, a exemplo do que foi comentado no tópico anterior a respeito das normativas da União Europeia (espécie do direito de comunicação ao público), bem como das legislações francesa (no escopo do direito de representação) e norte-americana (absorvido pelo direito de execução pública, no caso do *streaming*, mas aproximado do direito de distribuição, nas hipóteses de *download*).

Embora o Brasil não seja signatário de aludidos tratados, a Lei n. 9.610/1998, posterior a estes documentos, acabou incorporando algumas previsões destes textos nas redações dos seus dispositivos. Pela leitura dos artigos da Lei n. 9.610/1998, a descrição que mais se aproxima do direito de colocação à disposição do público, proposto pelos tratados, é a do direito de distribuição eletrônica, disciplinado no inciso VII, do artigo 29. Inclusive, o próprio ministro Ricardo Villas Bôas Cueva menciona em seu voto essa aproximação entre o direito de colocação à disposição do público, previsto não só nos tratados da OMPI, como também na Diretiva 2001/29/CE da União Europeia, e o artigo 29, inciso VII, da legislação pátria, com a diferença de que o ministro não reconhece que esse dispositivo da Lei n. 9.610/1998 trata do direito de distribuição (a despeito da menção expressa à palavra

“distribuição”), mas sim como parte do direito de comunicação ao público⁷⁰⁵. De fato, verifica-se uma tendência de outros países em encaixar o direito de colocação à disposição do público dentro do escopo do direito de comunicação ao público, no entanto, a partir de uma primeira leitura da Lei n. 9.610/1998, essa não parece ter sido a opção do legislador pátrio ao redigi-la, com base na caracterização do direito de distribuição no inciso VII, do artigo 29.

Não há que se olvidar que essa escolha do legislador brasileiro vai na contramão das concepções do direito de distribuição exaradas pelos tratados internacionais, conforme comentado anteriormente, os quais associam a distribuição de obras e fonogramas à ideia de transferência de propriedade ou posse dos mesmos, em outras palavras, eles trabalham com a noção de distribuição de exemplares, como também faz a legislação autoral brasileira no inciso IV, do artigo 5º. Ocorre que o legislador pátrio foi além, prevendo uma segunda modalidade de distribuição, cujas características não exigem a transferência de propriedade ou posse das obras e fonogramas distribuídos, mas sim o acesso a essas obras e fonogramas pelos usuários, em um local e em um momento escolhidos pelos últimos.

Vale recordar que a Lei n. 9.610/1998 é posterior aos tratados da OMPI (WCT e WPPT), que datam de 1996, de modo que, ainda que o Brasil não fosse signatário de aludidos textos, seria possível ao legislador pátrio adotar o mesmo direcionamento conferido por essas normas internacionais, disciplinando, por exemplo, uma nova espécie do direito de comunicação ao público: a colocação à disposição do público. Objetivamente falando, essa, provavelmente, seria a adaptação mais coerente das normas autorais face ao cenário da Sociedade da Informação, inaugurado pelo advento e evolução da Internet.

De fato, a definição construída ao redor da “colocação à disposição do público” se pauta mais na noção de acesso, inclusive, como um reflexo do comportamento social dessa nova Era da Informação, em que os indivíduos passam a dar mais valor ao acesso aos bens do que à posse dos mesmos, e, por via de consequência, ela parece se aproximar mais da proposta do direito de comunicação ao público, que decorre do “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público” (artigo 5º, inciso V), sem que isso implique na distribuição dos exemplares. No entanto, essa não foi a escolha do legislador nacional em 1998, ao incorporar aludida definição no escopo do direito de distribuição, disciplinado pelo

⁷⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

inciso VII, do artigo 29, o que levaria à conclusão de que o *streaming* sob demanda, por suas características de interatividade, subsumir-se-ia neste direito.

Esse raciocínio não está incorreto, tanto que, apesar de existirem divergências doutrinárias a respeito da classificação jurídica do *streaming* interativo, a maioria dos posicionamentos apresentados neste trabalho convergiu no sentido de associá-lo ao direito de distribuição previsto no inciso VII, do artigo 29, da Lei n. 9.610/1998. Acontece que, não só a tecnologia do *streaming* tem um funcionamento complexo, como também a legislação autoral brasileira apresenta conceitos abertos e, por vezes, confusos, possibilitando diferentes interpretações acerca de um mesmo assunto e oferecendo substrato para o surgimento das dúvidas e discussões suscitadas nesta pesquisa – que foram, inclusive, objeto de diversas ações judiciais sobre o tema, conforme demonstrado.

Nessa perspectiva, acredita-se que a definição ampla de “comunicação ao público”, conferida pelo inciso V, do artigo 5º, da Lei n. 9.610/1998, como um “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público”, viabiliza a recepção jurídica dos serviços de *streaming*, sejam eles interativos ou não, pelo direito de comunicação ao público. Essa leitura decorre do fato de que o conceito de “público” foi cada vez mais alargado ao longo dos anos, a fim de se adaptar às novas realidades impostas pelas evoluções tecnológicas. Nota-se, conforme comentado no tópico antecedente, que esse alargamento da noção de “público” não foi apenas um movimento do sistema jurídico pátrio, mas também de outros ordenamentos, bem como do tratamento internacional conferido à matéria.

O surgimento da radiodifusão representou um marco na construção desse conceito, pois ela afastou a necessidade de que as pessoas se reunissem em um mesmo espaço físico para ter acesso a uma obra intelectual. Repara-se: a recepção das obras radiodifundidas é feita de forma privada, ou seja, cada espectador recebe o sinal da radiodifusão, por meio dos seus aparelhos de rádio e de televisão, no conforto de suas casas. No entanto, o sinal radiodifundido é capaz de alcançar a residência de milhares de espectadores, isto é, tem o potencial de atingir um “público” massivo, que pode acessar simultaneamente o conteúdo transmitido. Percebe-se que, embora a recepção dos sinais ocorra em um ambiente particular, o potencial de alcance de várias pessoas – nesse caso, ao mesmo tempo – foi suficiente para conferir o *status* de “comunicação ao público” à radiodifusão, o que aconteceu não apenas no Brasil, como também na União Europeia, e especificamente na França (pelo direito de representação, que se compatibiliza com a comunicação ao público), bem como nos Estados Unidos, a partir da definição de execução

pública. A radiodifusão, portanto, derrubou a barreira da espacialidade para a caracterização do público.

O advento da Internet trouxe um novo desafio para este cenário, desta vez, relacionado à temporalidade. Enquanto a radiodifusão parte de um ponto e atinge várias pessoas ao mesmo tempo (ponto – multiponto), a Internet possibilitou que a emissão de conteúdo fosse realizada de um ponto e atingisse também inúmeras pessoas, mas no momento individualmente escolhido por cada uma delas (ponto a ponto). Em outras palavras, a Internet quebrou a barreira da simultaneidade. Da mesma forma que o direito se reorganizou para incluir a radiodifusão no escopo da comunicação ao público, a Internet motivou a estruturação de uma nova previsão legal, qual seja, o direito de colocação à disposição do público que, à sua maneira, alterou mais uma vez a noção de “público”, para alcançar qualquer pessoa, a partir do local e do momento por ela escolhido para acessar o conteúdo disponibilizado.

Naturalmente, todas essas alterações no conceito de “público” modificaram a leitura feita pelos diversos ordenamentos jurídicos a respeito do direito de comunicação ao público. Explica-se: embora esse direito tenha surgido pela demanda de um contexto em que a preocupação era tutelar os interesses dos titulares de direitos autorais e conexos, a partir da disponibilização de suas obras, interpretações, execuções e fonogramas a uma coletividade de indivíduos reunidos em um mesmo espaço físico, essa deixou de ser a única hipótese em que várias pessoas poderiam usufruir de um bem intelectual.

Por essa razão e, provavelmente buscando adaptar esse direito às inovações tecnológicas, nota-se uma tendência dos ordenamentos jurídicos estudados neste trabalho em focar a interpretação do direito de comunicação ao público no ato da emissão em si, da disponibilização do conteúdo e não na recepção deste pelas pessoas. Essa é a leitura feita: (a) pelo Considerando n. 23, da Diretiva 2001/29/CE, da União Europeia, ao estabelecer que “[e]sses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações”⁷⁰⁶; (b) pela interpretação conferida ao direito de representação francês, que recepcionou o direito de colocação à disposição do público e, conseqüentemente, a tecnologia do *streaming*, nos termos comentados anteriormente; e (c) pelo precedente norte-americano no caso *American*

⁷⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 22 jun. 2001. L 167, p. 10-19. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em: 25 jul. 2017. p. L 167/12.

Broadcasting Cos. v. Aereo, Inc., em que a Suprema Corte reconheceu a infração ao direito de execução pública pela Aereo, ainda que as transmissões realizadas por esta companhia acontecessem de modo individualizado a cada usuário – o que realmente importava no caso para a caracterização do “público” era a possibilidade de vários usuários acessarem o mesmo tipo de conteúdo, independentemente da forma com que fosse realizado esse acesso.

Seguindo esse direcionamento assumido pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros analisados, acredita-se que o ato de disponibilização em si dos bens intelectuais e a potencialidade de alcance de um número indeterminado de pessoas são fatores mais importantes para a caracterização da comunicação como pública do que a forma com que se dá a recepção desses bens por essas pessoas. Aliás, essa já é uma premissa que garante o acolhimento da radiodifusão pelo direito de comunicação ao público (e pela espécie da execução pública), tendo em vista que, uma vez transmitida a programação pela emissora, há a incidência de aludido direito, independentemente se existe ou não algum espectador que esteja efetivamente ouvindo ou assistindo à programação transmitida. O foco se encontra no ato de emissão, e não na recepção.

Com base nesse pressuposto, entende-se que a simultaneidade ou não na recepção do conteúdo pelos usuários também é um fator irrelevante para a qualificação da comunicação como pública. Analisando esse entendimento do ponto de vista de uma situação prática, elabora-se a seguinte linha de raciocínio: um assinante de um serviço de *streaming* sob demanda, a exemplo do Spotify, pode escolher qualquer música, dentro do catálogo de obras disponibilizado por aquela plataforma, para ouvir no local e no momento que desejar. Feita essa escolha, inicia-se uma transmissão personalizada daquele conteúdo para aquele usuário, caracterizando a recepção individualizada daquela música. Ainda que somente um usuário esteja ouvindo determinada música, em um momento específico, o catálogo de onde esse indivíduo escolheu aquela faixa é o mesmo catálogo disponibilizado para um número indeterminado de pessoas, que nada mais são do que os outros assinantes do serviço de *streaming*.

Nota-se, portanto, que independentemente da escolha e recepção individualizadas de um conteúdo por cada usuário, existe todo um repertório de músicas à disposição de um número indefinido de pessoas: os assinantes daquela plataforma que, potencialmente, podem ser qualquer pessoa do mundo. É dessa potencialidade de acesso por uma quantidade indeterminada de pessoas que se extrai a noção de “público”, apta a ensejar a incidência do direito de comunicação ao público nos serviços de *streaming* interativos.

Ademais, considerando que a definição legal de “comunicação ao público” só afasta do seu escopo a distribuição de exemplares, não parece haver incompatibilidade em argumentar que essa modalidade de *streaming* interativo se subsume tanto no direito de distribuição eletrônica (inciso VII, do artigo 29), quanto no direito de comunicação ao público (inciso V, do artigo 5º), conforme defendido por José Carlos Costa Netto e Rodrigo Moraes Ferreira.

Partindo dessa leitura, entende-se que a Lei n. 9.610/1998 confere suficiente abertura para enquadrar o *streaming* interativo na esfera do direito de execução pública, não sob o fundamento de que a Internet é um local de frequência coletiva, conforme já explanado anteriormente, mas sim pelo fato de que (1) a lei considera como execução pública a “transmissão por qualquer modalidade”, e o *streaming* nada mais é do que uma forma de transmissão de dados; e (2) essa transmissão tem a potencialidade de alcançar um número indeterminado de pessoas, motivo pelo qual ela se qualifica como pública, ainda que a recepção das obras e dos fonogramas aconteça de maneira individualizada por cada usuário. Pelas razões apresentadas, no tocante ao *streaming* interativo, concorda-se apenas parcialmente com a argumentação utilizada pelo STJ no voto vencedor do caso OI x ECAD, no sentido de considerar a transmissão, por si só, das obras e fonogramas como apta a caracterizar a execução pública.

Em resumo, de todo o exposto neste capítulo, fica evidenciada a complexidade em torno da definição da natureza jurídica do *streaming* interativo. Isso porque, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa, o processo de disponibilização de obras musicais e fonogramas através dessa modalidade de *streaming* é capaz de ensejar a incidência do trinômio “reprodução, distribuição e comunicação ao público” adotado pela legislação autoral brasileira. Explica-se: para que o catálogo de obras/fonogramas seja colocado à disposição do público-consumidor, a primeira iniciativa a ser tomada pela plataforma de *streaming* é a criação de uma cópia dessas obras/fonogramas na memória do servidor da plataforma, dando azo ao primeiro ato de reprodução. Definido o repertório e finalizado o processo de fixação das obras/fonogramas no servidor do prestador de serviços, o catálogo resultante é disponibilizado em um *site* da Internet para que o público em geral possa acessá-lo, geralmente, a partir de uma assinatura do serviço, que pode ser paga ou não. Esse ato de colocar o catálogo de músicas à disposição dos usuários da Internet figura como um ato de comunicação ao público.

Quando a plataforma em questão admite a seleção individualizada de uma obra pelos seus usuários, possibilitando que aquela obra seja destacada da totalidade do conteúdo disponibilizado no *site* do prestador de serviços, tem-se configurado o ato de distribuição

eletrônica, nos termos do inciso VII, do artigo 29, da Lei n. 9.610/1998. Por fim, quando o usuário seleciona uma obra e inicia a sua transmissão, verifica-se o processo de *buffering*, no qual o conteúdo selecionado fica armazenado na memória RAM do dispositivo do usuário (conectado à Internet) apenas o tempo necessário para permitir a sua execução, sendo imediatamente removido após o consumo e, por via de consequência, gerando uma cópia temporária desse conteúdo na memória RAM do dispositivo, o que caracteriza novo ato de reprodução. No entanto, conforme já explanado anteriormente, o parágrafo 1º, do artigo 30, da legislação autoral pátria excepciona a incidência do direito de reprodução, quando ela é realizada em caráter transitório, apenas com o propósito de tornar a obra perceptível em meio eletrônico, como é o caso do processo de *buffering* na tecnologia do *streaming*.

Pela análise conjunta do *caput* do artigo 29 e do artigo 31 da Lei n. 9.610/1998, cada uma dessas modalidades de utilização das obras/fonogramas é independente entre si e suscita uma autorização separada dos titulares dos direitos autorais e conexos. Desta forma, para que as plataformas de *streaming* interativo reproduzam as obras e os fonogramas em seus servidores e distribuam-nos aos seus usuários, dois tipos de autorizações deverão ser solicitados junto aos titulares de direitos, nesse caso, em negociação direta com os últimos, o que, na prática, geralmente acontece por intermédio de seus representantes, sejam eles editoras musicais (representando os compositores), gravadoras ou agregadoras (representando os intérpretes e executantes), ou ainda as associações de gestão coletiva (que podem representar autores e artistas). Por sua vez, no tocante ao direito de comunicação ao público, especificamente na espécie da execução pública, a legitimidade para autorizar a utilização, bem como para efetuar a cobrança dos direitos provenientes desta é do ECAD, por força do que dispõe o artigo 99, da Lei n. 9.610/1998.

Em que pese a atual redação dos dispositivos da Lei n. 9.610/1998 admitir esse tipo de leitura a respeito dos serviços de *streaming* interativos, acredita-se que a escolha da Diretiva 2001/29/CE da União Europeia, de incluir uma nova espécie de direito, qual seja, a colocação à disposição do público, dentro do âmbito da comunicação ao público, foi a escolha mais condizente com as mudanças ocasionadas pelo ambiente digital. Nesse cenário, caberia uma autorização pela reprodução das obras e fonogramas no servidor da plataforma, e outra pela colocação dos mesmos à disposição do público, não havendo que se falar no direito de distribuição, reservado aos casos que envolvam a transferência de propriedade ou de posse dos exemplares.

Ocorre que, incorporar o direito de colocação à disposição do público como uma

espécie autônoma do direito de comunicação ao público, apartada, nessa perspectiva, da execução pública, implicaria no afastamento da legitimidade do ECAD para arrecadar e distribuir os direitos provenientes desse tipo de utilização, como aliás, parece ser a intenção daqueles que defendem a classificação do *streaming* interativo apenas como distribuição, mas não como comunicação ao público/execução pública. Trata-se, portanto, de uma decisão claramente política, que implica na escolha entre a manutenção das negociações de direitos diretamente com os titulares, ou na permissão de que o ECAD também atue nesse cenário. Alguns argumentos práticos sobre essa escolha serão melhor abordados no tópico subsequente.

Uma alternativa para essa situação seria alterar a legislação autoral pátria, com o objetivo de deixar inequívoca a incidência do direito de comunicação ao público – e consequentemente do direito de execução pública – nos serviços de *streaming* interativos. Isso porque, apesar de entender que o texto legal dá margem para esse tipo de interpretação, a questão não é tão evidente a partir da simples leitura dos dispositivos legais, tanto que suscitou inúmeros questionamentos judiciais e diferentes posicionamentos a respeito do assunto, não sendo algo pacificado nem na doutrina, nem na jurisprudência, conforme demonstrado.

A primeira sugestão que se faz, nesse sentido, seria pela inclusão de um conceito aberto de “público”, para efeitos do direito de comunicação ao público, que fosse capaz de abarcar não somente a aglomeração física de pessoas fora do ambiente familiar e de amizade, isto é, em locais que admitam a frequência de uma coletividade, mas também a potencialidade de acesso por um número indeterminado de pessoas, independentemente do lugar físico em que essas pessoas se encontrem, ou da simultaneidade ou não em que o acesso ocorra. No entanto, a despeito da segurança jurídica que essa opção poderia acarretar, reconhece-se o risco de engessamento que existe em trazer uma definição legal de “público”, especialmente considerando que se trata de um conceito que sofreu muitas alterações ao longo dos anos, para melhor se adaptar às mudanças tecnológicas.

Nessa perspectiva, uma sugestão mais plausível seria modificar as definições de “comunicação ao público” e de “execução pública” para abranger o conceito de “colocação à disposição do público”, fazendo-se excluir a espécie de distribuição eletrônica prevista no inciso VII, do artigo 29 da lei. Com base nisso, o inciso V, do artigo 5º e o parágrafo 2º, do artigo 68 poderiam assumir as seguintes redações: Artigo 5º (...) V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento, que não consista na distribuição de exemplares, incluindo a sua colocação à

disposição do público por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. Artigo 68 (...) § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva; ou pela radiodifusão, pela exibição cinematográfica e pela transmissão por qualquer modalidade, inclusive através de quaisquer processos que permitam tornar essas composições, esses fonogramas e essas obras audiovisuais acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

Acredita-se que as alterações propostas seriam suficientes para eliminar as dúvidas a respeito da caracterização do *streaming* interativo como execução pública, e da consequente legitimidade do ECAD para arrecadar os direitos provenientes dessa utilização das obras intelectuais e fonogramas. A partir dessas modificações, entende-se pertinente a exclusão do direito de distribuição eletrônica, previsto no inciso VII, do artigo 29, aproximando o *streaming* interativo do direito de comunicação ao público, e seguindo, nesse sentido, a tendência das legislações de outros países, a exemplo da União Europeia. Essa exclusão não eliminaria a necessidade de negociação do direito de reprodução junto aos titulares de direitos – à parte da autorização emitida pelo ECAD –, mas daria mais ênfase na classificação do *streaming* como execução pública.

Uma possível repercussão prática disso seria a maior destinação dos valores pagos pelo uso das obras e fonogramas em plataformas de *streaming* interativo sob a rubrica de execução pública do que sob a rubrica de reprodução. Explica-se: na maioria dos países, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos montantes arrecadados com a disponibilização de obras e fonogramas nas plataformas de *streaming* interativo são destinados a custear o direito de comunicação ao público/execução pública, enquanto os 25% (vinte e cinco por cento) restantes se referem ao direito de reprodução. No Brasil, esses percentuais são invertidos, de modo que 75% (setenta e cinco por cento) custeiam os direitos de reprodução e distribuição eletrônica, enquanto 25% (vinte e cinco por cento) são destinados à comunicação ao público/execução pública⁷⁰⁷. Com as alterações propostas neste trabalho, visando aproximar o *streaming* interativo do direito de comunicação ao público, faria mais sentido alinhar os percentuais de valores pagos pelas plataformas aos padrões adotados em outros países.

⁷⁰⁷ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 417.

Finalizadas as considerações acerca do *streaming* interativo, passa-se a uma breve análise da situação do *simulcasting*, também enfrentada pelo STJ no *leading case*. Desta feita, ressalta-se que as controvérsias envolvendo essa modalidade de *streaming* são de menor complexidade, já que não se questiona a subsunção do *simulcasting* no direito de execução pública, sendo esta uma premissa superada, mas sim a sua aptidão em ocasionar novo fato gerador de cobrança pelo ECAD. Conforme comentado ao longo deste tópico, as decisões dos Tribunais Estaduais, até o julgamento pelo STJ em 2017, convergiam no sentido de determinar que o *simulcasting* estaria abarcado pelo conceito de radiodifusão e, por esse motivo, nada mais seria devido ao ECAD por essa modalidade de disponibilização de obras e fonogramas, sob pena de configuração de cobrança em duplicidade, o que seria indevido.

O voto-vencedor do STJ, no caso OI x ECAD, altera esse entendimento para reconhecer que o *simulcasting* constitui meio autônomo de utilização de obras intelectuais/fonogramas, apto a ensejar nova cobrança pelo ECAD. O relator justifica o seu posicionamento no quanto dispõe o artigo 31⁷⁰⁸ da Lei n. 9.610/1998, que estabelece a independência das modalidades de utilização de obras intelectuais/fonogramas, de modo que a autorização concedida para um uso não se estenderia aos demais, bem como na previsão do artigo 29, que estipula a necessidade de autorização prévia e expressa para cada modalidade de uso de obras intelectuais. Na acepção do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, embora o conteúdo disponibilizado na Internet seja idêntico ao conteúdo executado na rádio e/ou na televisão tradicionais, as transmissões acontecem em canais distintos e independentes entre si, motivando o novo consentimento para utilização⁷⁰⁹. Esse também é o entendimento exarado por Gustavo Tepedino⁷¹⁰ e por Rodrigo Moraes Ferreira, para quem o *simulcasting* deve ser analisado sob a ótica do princípio da divisibilidade (ou

⁷⁰⁸ “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”.

⁷⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁷¹⁰ Nas palavras do autor, “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”. TEPEDINO, Gustavo. A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet. *Revista Brasileira de Direito Civil* [online], v. 6, n. 4, p. 128-150, out./dez. 2015. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/85/189>>. Acesso em: 18 fev. 2017. p. 130.

independência) dos direitos patrimoniais de autor, consagrado no artigo 31 da lei⁷¹¹, posicionamento com o qual se coaduna nesta pesquisa.

Outro argumento interessante utilizado por Cueva para fundamentar a sua decisão está relacionado com os critérios de fixação de preços utilizados pelo ECAD para cobrar os direitos de execução pública das emissoras de radiodifusão sonora. Conforme acentua o relator, o ECAD leva em consideração a potência dos sinais radiodifundidos e, conseqüentemente o público potencialmente atingido, bem como a sua sobreposição geográfica, para a fixação dos valores cobrados. Não há que se olvidar que a disponibilização das obras/fonogramas por meio da Internet, via *simulcasting*, proporciona um aumento considerável do público-alvo, além da possibilidade de geração de receitas com publicidades diversas daquelas veiculadas pela rádio tradicional, motivo pelo qual, se o critério de cobrança tem relação com o público atingido, é defensável a incidência de cobrança diversa pela disponibilização das obras/fonogramas em novo canal, apto a atingir um novo público, como acontece na modalidade do *simulcasting*⁷¹².

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio Bellize rebate os argumentos apresentados por Ricardo Villas Bôas Cueva sobre essa modalidade de *streaming*, amparado no que ele chama de princípio da neutralidade tecnológica, consectário do princípio mais amplo da não-discriminação, segundo o qual não importa a forma de transmissão eleita, mas sim o ato concreto de executar publicamente as obras intelectuais, independentemente do meio tecnológico usado para tanto. Para Bellize, uma vez autorizada a comunicação ao público, cabe ao agente determinar a tecnologia que melhor lhe aprouver para colocar esse direito em prática. Com base nesse fundamento, o ministro defende que se a transmissão simultânea é realizada pela mesma pessoa, física ou jurídica, não há razão para efetuar nova cobrança pela disponibilização das obras/fonogramas *online*, sob pena de configurar duplicidade⁷¹³.

Com a devida vênia, entende-se que a razão não está com Bellize, no tocante à definição sobre o *simulcasting*, por causa, principalmente, do que estipula a legislação a

⁷¹¹ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 403.

⁷¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁷¹³ Ibid.

respeito da independência entre as modalidades de utilização de obras intelectuais. Acresce a isso o fato de que o público-alvo das transmissões digitais não é potencialmente o mesmo público que acessa a programação via transmissão analógica, isso sem deixar de mencionar que um dos principais critérios para fixação dos valores cobrados das emissoras de radiodifusão é exatamente o público em potencial, o que é claramente aumentado com o *simulcasting*. Por essa razão, coaduna-se com o posicionamento adotado pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no sentido de considerar que o *simulcasting* enseja novo fato gerador, legitimando nova cobrança por essa modalidade de transmissão. Aliás, é interessante comentar que o STJ chegou a enfrentar novamente a temática do *simulcasting*, cuja decisão, proferida em 21 de março de 2017, isto é, pouco tempo depois do julgamento do *leading case*, seguiu a mesma orientação deste, ocasião em que o ministro Bellize acompanhou o posicionamento da Corte⁷¹⁴.

Finalizadas as discussões acerca da natureza jurídica do *streaming*, propõe-se, para o tópico subsequente, uma breve análise sobre alguns aspectos práticos envolvendo essa tecnologia, inclusive, do ponto de vista mercadológico. O objetivo é melhor compreender as repercussões da definição da sua natureza jurídica, bem como os reflexos causados em cada uma das partes interessadas neste contexto, sejam elas titulares de direitos, intermediários ou até mesmo usuários dos serviços.

3.4 ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O STREAMING

Conforme observa Mariana Giorgetti Valente, desde o início do século XXI, com a expansão da Internet comercial, de massa, dois discursos complementares foram sendo construídos a respeito da produção e do consumo de música nesse ambiente digital. O primeiro deles identifica o declínio da indústria musical, como resultado do desenvolvimento da Internet. Para quem defende as bases fundamentais dessa indústria, esse seria um resultado catastrófico, decorrente do crescimento do fenômeno da pirataria. De outra sorte, há quem interprete essa derrocada da indústria como algo positivo, por enxergar “na indústria *mainstream* o gargalo da diversidade musical, da disponibilidade de música para o

⁷¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.567.780 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: TV Ômega Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 14 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1580383&num_registro=201502678539&data=20170321&formato=PDF>. Acesso em: 22 jul. 2019.

público e de uma remuneração justa para autores e artistas em geral”⁷¹⁵.

O segundo discurso, relacionado ao primeiro, faz uma leitura de que a tecnologia digital e a Internet diminuíram os custos de produção e, ao mesmo tempo, possibilitaram o contato direto entre os artistas e o público, proporcionando a desintermediação da divulgação e da distribuição do conteúdo musical. Com base nesse entendimento, os artistas dependeriam cada vez menos de terceiros para colocar as suas músicas no mercado, o que ocasionaria também no desmantelamento da indústria, levando ao mesmo resultado esperado pelo primeiro discurso⁷¹⁶.

Já se adianta que esse não foi o resultado alcançado. A indústria, de fato, reorganizou-se com a entrada de novos atores, sendo alguns deles já existentes, mas antes alheios ao setor de música, como foi o caso das empresas de tecnologia, e outros que surgiram para atender a novas demandas, a exemplo das agregadoras (cujas funções serão melhor analisadas ainda neste tópico)⁷¹⁷. Mas fato é que a indústria fonográfica não se desmantelou, a despeito da gradual redução nas vendas dos formatos físicos e da crescente perda de receitas. De outra sorte, ela se adaptou e os seus intermediários tradicionais, quais sejam, editoras e gravadoras, continuaram atuando nesse setor.

Valente aponta que os dados desse mercado musical, nos últimos anos, indicam um aumento no consumo dos serviços de *streaming* e, por outro lado, um enfraquecimento não apenas das vendas físicas, como também das digitais, por meio dos *downloads*, o que evidencia a transição de um modelo de propriedade para um modelo de acesso, característico da Sociedade da Informação⁷¹⁸. Nessa perspectiva, de acordo com o relatório divulgado pela IFPI, em abril de 2019, referente à situação do mercado musical em 2018, foram identificados os seguintes dados: crescimento de 9,7% (nove vírgula sete por cento) das receitas globais, o maior percentual de crescimento desde 1997, quando a IFPI iniciou o rastreamento do mercado; aumento de 34% (trinta e quatro por cento) das receitas provenientes dos serviços de *streaming* em geral e de 32,9% (trinta e dois vírgula nove por cento) relativos às receitas advindas especificamente das modalidades pagas; redução de 21,2% (vinte e um vírgula dois por cento) das receitas com *download* e de 10,1% (dez vírgula

⁷¹⁵ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 265.

⁷¹⁶ Ibid., p. 265.

⁷¹⁷ Ibid., p. 266.

⁷¹⁸ Ibid., p. 270.

um por cento) das receitas com vendas físicas. Ademais, em 2018, o *streaming* já representava 46,9% (quarenta e seis vírgula nove por cento) do mercado global de música⁷¹⁹.

De outra sorte, verificou-se que, dos US\$ 19,1 bilhões (dezenove vírgula um bilhões de dólares) de receita registrados no ano de 2018, US\$ 8,9 bilhões (oito vírgula nove bilhões de dólares) foram provenientes dos serviços de *streaming*, contra US\$ 4,7 bilhões (quatro vírgula sete bilhões de dólares) decorrentes das vendas físicas. O relatório também aponta que as receitas com música digital já representam 58,9% (cinquenta e oito vírgula nove por cento) do mercado global do ramo, isso sem deixar de mencionar que foram identificados 255 (duzentos e cinquenta e cinco) milhões de usuários assinantes de serviços pagos⁷²⁰.

Das quatro grandes regiões mapeadas, quais sejam, Ásia/Australásia, América Latina, Europa e América do Norte, a América Latina foi a que despontou com a maior taxa de crescimento, alcançando a marca de 16,8% (dezesseis vírgula oito por cento) e tendo o Brasil como seu maior expoente que, em 2018, registrou um crescimento total de 15,4% (quinze vírgula quatro por cento) e, em relação especificamente ao segmento digital, o crescimento do país representou 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento). Nesse cenário, o Brasil foi identificado como ocupante da décima posição entre os maiores mercados fonográficos do mundo⁷²¹, atrás apenas dos Estados Unidos, Japão, Reino Unido, Alemanha, França, Coreia do Sul, China, Austrália e Canadá⁷²².

O que se depreende da leitura do relatório, organizado por uma instituição representante do mercado fonográfico, é um movimento de adaptação das gravadoras nesse cenário proporcionado pela expansão dos serviços de *streaming*. Superada aquela relutância inicial, calcada na gradual redução das receitas com as vendas de formatos físicos e, provavelmente, no receio de que isso implicasse na derrocada da indústria fonográfica, esta precisou se reinventar e se reestruturar para se adaptar à nova realidade imposta pelo ambiente digital. O resultado disso pode ser observado nos dados apontados no relatório da IFPI.

⁷¹⁹ IFPI. *IFPI Digital Music Report 2019*. [S.l.]: IFPI, 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 07 de out. 2019. p. 6 e 12.

⁷²⁰ Ibid., p. 13.

⁷²¹ Sobre a relevância do mercado de música nacional, destaca-se o seguinte trecho do relatório: “‘BRAZIL HAS THE POTENTIAL TO BE NA INCREDIBLE EXPORTER OF MUSIC’ - Paid streaming not only grants the chance to discover new music but also to monetize it fairly. Sony’s Verde notes that Brazil is one of the best examples. He says: ‘Without any doubt, there was always huge music consumption in Brazil – it’s a country that truly has music at its heart – but, due to copyright infringement, this was never recognised. When consumption began to take the form of streaming, the results were impressive. We’ll see the country go from strength to strength and this will allow us to continue to support the artists in Brazil.’” Ibid., p. 20.

⁷²² Ibid., p. 13 e 16.

Explica-se: o relatório demonstra o movimento das gravadoras no sentido de estudar e compreender o comportamento do público consumidor de música *online*, bem como de reagir a essas novas demandas. Nessa perspectiva, o documento identifica, a partir de diversos depoimentos de representantes dessas empresas, o investimento feito por elas na descoberta de novos talentos e na construção da imagem desses artistas, não apenas no âmbito local (como tradicionalmente se faria), mas também e principalmente focado em um reconhecimento internacional. Trata-se de um verdadeiro movimento de globalização de nichos, como reflexo da demanda de um público mais jovem que acessa essas plataformas e que se mostra mais aberto e interessado em diferentes estilos de música, independentemente de onde elas se originem⁷²³.

Essa postura adotada pela indústria fonográfica, de investir no repertório doméstico e posteriormente expandi-lo a nível global⁷²⁴, garante diversidade de conteúdos oferecidos aos usuários e, ao mesmo tempo, sugere a aproximação entre essa indústria e os provedores de serviços digitais, a fim de atender à demanda do público consumidor destes serviços. Aliás, de acordo com o depoimento do Presidente da Warner Music na Ásia, as gravadoras têm trabalhado em conjunto com aludidos provedores de serviços, especialmente nos países em desenvolvimento, objetivando estimular que os usuários migrem para os planos de assinaturas pagos, com o intuito final de gerar mais receita com o consumo de música via *streaming*, de modo a beneficiar ambos os atores de mercado⁷²⁵. Todo esse

⁷²³ Seguem alguns trechos do relatório que demonstram esse cenário: “Today, record companies are discovering artists in what were traditionally more regionally focussed markets and then not only establishing them domestically, but also working in a connected and collective effort to break them globally. (...) Colleen Theis, COO of distribution company The Orchard, a unit of Sony Music Entertainment, says: ‘We’ve 40 offices all around the world that are always looking for music that has local meaning. What’s exciting is that today we’re also able to take this across borders and introduce people to music that you wouldn’t traditionally think is in that country or culture’s wheelhouse.’ Orchard’s CEO, Brad Navin, believes this is being driven by a younger cohort of music fans gaining access to streaming services: ‘The generation of music fans that are now on streaming platforms are younger and have a completely different mindset. They think globally and great music is crossing over regardless of language.’” IFPI. *IFPI Digital Music Report 2019*. [S.l.]: IFPI, 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 07 de out. 2019. p. 19.

⁷²⁴ Em suma, a postura adotada pela indústria fonográfica vem se caracterizando da seguinte forma: “[a]ligned with the borderless power of streaming, the increasingly global reach and mindset of record companies has brought about a major shift in the opportunities for artists from all over the world. On one hand, individual territories are developing their own stars, artists who use their own voices to find their own audience and command the spotlight as much as traditionally dominant repertoire from the US and UK. They are being prioritised by labels’ local offices and connecting more than ever with their domestic fans. On the other hand, they are looking beyond their home countries with more ambition and confidence than ever, encouraged and propelled by record companies who know that the next world-straddling track or breakout superstar can come from anywhere”. *Ibid.*, p. 24.

⁷²⁵ Destaca-se o seguinte trecho do relatório: “‘WE HAVE A MASSIVE FOCUS ON GROWING DOMESTIC REPERTOIRE’ - Simon Robson, President, Asia, Warner Music, explains how record companies work with digital service providers (or DSPs) to help further grow the market in key developing territories, encouraging

esforço da indústria fonográfica em seguir investindo em artistas, recursos e infraestrutura, nesse novo contexto digital – e a despeito de terem enfrentado um período de 15 (quinze) anos de queda de receitas –, demonstra que essa indústria tem logrado êxito na sua realocação no mercado musical, agora, predominantemente digital⁷²⁶.

Evidencia-se, portanto, que as gravadoras ainda detêm a estrutura e o *know-how* necessários para fazer com que os artistas “estourem” mundialmente⁷²⁷, um dos motivos pelos quais elas foram capazes de sobreviver às mudanças proporcionadas pela tecnologia digital. Outro aspecto interessante que muito provavelmente justifica também a sua manutenção no mercado diz respeito às decisões tomadas por essas empresas no passado, do ponto de vista jurídico. Sob essa perspectiva, “sua força não estaria exatamente no serviço prestado (...), mas no catálogo de artistas que elas ainda detêm, fruto dos antigos contratos de cessão de direito”, conforme já comentado previamente a respeito da praxe do mercado, em que intérpretes e executantes usualmente cediam (e ainda cedem) os seus direitos conexos às gravadoras, em troca de um baixo percentual no faturamento das vendas⁷²⁸.

fans to move towards paid subscriptions: ‘We work as closely as possible with all services to help raise the profile of streaming in these countries. That might mean doing events with them, or getting our artists involved in promotional material. It’s an education process and one that we’re keen to be part of.’ (...) If you look at the evolution of digital music markets in Asia, the majority started with a high proportion of international repertoire being consumed. That was because early adopters tended to be urban, highly educated, well-travelled English speakers. ‘We’re now seeing that, as streaming finds a broader audience, there is more interest in domestic music. We’re trying to help meet that demand by investing heavily in local artists and repertoire.’” Ibid., p. 20.

⁷²⁶ De acordo com o relatório da IFPI: “[t]he global recorded music industry continued to invest in artists, resources and infrastructure even through a 15-year period where revenues dropped by more than 40% in the face of widescale digital copyright infringement. Through innovation and the licensing of the widest range of digital music services, music markets around the world are now developing and growing, and music is reaching fans in new and diverse ways”. IFPI. *IFPI Digital Music Report 2019*. [S.l.]: IFPI, 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 07 de out. 2019. p. 36.

⁷²⁷ Conforme acentua Lauri Rechardt, “[a]ny discussion about the fair sharing of benefits must recognize that record companies continue to be the main investors in talent. They continue to foot the bill for the development of artists and the production, promotion and marketing of recordings (...)”. RECHARDT, Lauri. Streaming and copyright: a recording industry perspective. *WIPO Magazine*, Geneva, n. 2, p. 2-7, abr. 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2015/wipo_pub_121_2015_02.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 7.

⁷²⁸ Ainda sobre esse assunto, Mariana Valente comenta que “[o]utra prática comum às gravadoras era convencer o artista a assinar um contrato no qual estava previsto uma verba de *marketing*, que acabava se tornando um passivo do artista. A gravadora investiria em vendê-lo; as vendas pagariam esse débito. Isso teria gerado, na visão dos atores envolvidos com o mercado digital, uma relação invertida, na qual os artistas ficam presos ao contrato, caso as vendas não correspondam à verba que foi investida. A prática pode ser especialmente problemática quando o serviço de *marketing* oferecido pela gravadora não estiver sendo satisfatório – o que resulta em menos vendas, e em mais tempo de prisão ao contrato. Por essa razão, muitos artistas teriam passado a tomar para si a atividade de *marketing* de seu trabalho, contratando por si mesmos profissionais em que confiam. (...) Dessa forma, devido às novas posturas dos artistas, as gravadoras estariam focando seu serviço na distribuição e, por vezes, na prensagem de discos. A própria prensa, contudo, também começou a ser assumida por vários artistas. Com isso, ele passa a ser o dono do seu fonograma e estabelece com a gravadora um contrato de licenciamento não exclusivo, que pode ser desfeito sem grandes prejuízos”. Mas a autora reconhece que as gravadoras cumprem um papel relevante na promoção de artistas que queiram se tornar mundialmente conhecidos, bem como na distribuição de mídias físicas, o que, por exemplo, não é feito por outros intermediários como as agregadoras (que serão objeto de análise ainda neste tópico). Ademais,

Feita essa breve introdução a respeito do estado do mercado de música digital, passa-se agora a uma análise do *modus operandi* dos serviços de *streaming*. Conforme se depreende dos comentários realizados previamente, não há que se olvidar que a maior parte das receitas dessas plataformas advém dos planos de assinatura pagos. Em outras palavras, as receitas com publicidade, provenientes do modelo *freemium* não se mostram tão significativas, nem suficientes para o funcionamento das plataformas. Idealmente, os valores auferidos com os anúncios deveriam cobrir todos os custos de manutenção da modalidade gratuita, mas, na prática, não é isso que acontece⁷²⁹.

De acordo com o que informa Mariana Valente, isso decorre do fato de que os titulares de direitos exigem o pagamento de valores fixos pelo licenciamento de suas obras/fonogramas, isto é, independente da base de usuários da plataforma, não acompanhando eventuais variações de receitas desses serviços, o que dificultaria a independência financeira da modalidade gratuita. Isso demonstra certo grau de discordância da indústria fonográfica em relação a essa modalidade de serviços gratuita que, a despeito de apresentar sua importância em um primeiro momento, por viabilizar a divulgação dos serviços em questão, ela, por si só, não possibilitaria uma remuneração justa aos titulares dos direitos e, na acepção da indústria fonográfica, deverá ser repensada no futuro⁷³⁰.

De outra sorte e, diversamente das expectativas criadas com o advento da tecnologia digital e da Internet, as negociações dos direitos autorais e conexos com as plataformas, na maioria das vezes, não são feitas de forma direta com autores e artistas, mas sim através de acordos de licenciamentos realizados em blocos com as editoras, gravadoras e demais representantes dos direitos. Trata-se, inclusive, de uma questão de facilidade, de

Valente também comenta a respeito dos “contratos 360”, praxe que se tornou comum no mercado, desde 2002, e que, da mesma forma, objetiva amarrar a relação com os artistas. Nas palavras da autora: “as grandes gravadoras estão hoje recorrendo a formas jurídicas criativas para escapar de sua função de mera distribuidora, como os ‘contratos 360’, que envolvem porcentagens da empresa em todas as atividades de um artista. Há notícias sobre o desenvolvimento deste modelo pelo menos desde 2002, quando começaram-se (sic) a celebrar contratos envolvendo porcentagens em todas as atividades musicais realizadas pelo artista, como shows, *merchandising*, direitos de sincronização (em audiovisual) etc.”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 361-362.

⁷²⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 280-282.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 282-283.

modo que as plataformas acabam procurando primeiro os maiores titulares de direitos (geralmente grandes editoras e gravadoras), a fim de viabilizar o licenciamento e a disponibilização de um catálogo mais amplo⁷³¹. Isso derruba o mito de que aludida tecnologia proporcionaria a desintermediação do mercado musical. Não só se verifica a manutenção dos tradicionais intermediários, como também surgem novos *players* nesse cenário, a exemplo das agregadoras, ou distribuidores digitais.

As agregadoras são empresas que surgem “no fim da década de 1990, com o objetivo de distribuir conteúdo de artistas e selos independentes no universo digital”. A primeira delas foi criada em 1997, nos Estados Unidos, e ficou conhecida como The Orchard, empresa que, já em 1998, passou a distribuir conteúdo para a loja *online* CD Now. Os serviços oferecidos pelas agregadoras ganharam relevo com o advento do iTunes, em 2003, mas foram se popularizar efetivamente a partir do fim dos anos 2000 e início da década de 2010, ocasião em que a venda de música digital começou a crescer e as plataformas passaram a encontrar dificuldades em negociar individualmente os direitos com os autores e artistas⁷³².

Relata-se que, muito provavelmente, plataformas como o iTunes não tinham ou não lhes interessava manter uma tecnologia necessária para realizar pequenos pagamentos aos titulares de direitos, não sendo vantajoso para elas essas negociações individuais. De outro lado, verificou-se um movimento de algumas editoras, que não conseguiram emplacar gravações de suas composições com as grandes gravadoras, por excesso de demanda destas, e passaram a investir em seus próprios setores de produção de fonogramas ou a firmar convênios com gravadoras menores (os selos). Toda essa reestruturação mercadológica estimulou, inclusive, com que grandes artistas repensassem as formas tradicionais de negócios e buscassem modelos alternativos de produção, *marketing* e distribuição dos seus produtos. A soma desses elementos contribuiu para a ascensão das agregadoras e a consequente reintermediação do mercado. Especificamente para a administração da carreira

⁷³¹ Conforme esclarece Mariana Valente, “[o]s raros momentos em que existe uma relação entre plataforma e artista ocorrem por meio de programas específicos, nos quais este último pode fazer uma divulgação própria. É o caso do *Artist’s Program* do Rdio, por exemplo, no qual o artista recebe 10 dólares por cada convidado seu que vira assinante”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 284-285.

⁷³² VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 353-354.

de pessoas que lançam conteúdos no YouTube (*YouTubers*), esse segmento das agregadoras ficou conhecido como *multi-channel networks* ou apenas MCN⁷³³.

O aprimoramento dessas agregadoras proporcionou que elas oferecessem diferentes funcionalidades aos seus clientes. No entanto, existem dois denominadores que são comuns a todas: (a) elas só trabalham com os direitos conexos de intérpretes e executantes, não atuando junto a compositores e/ou editoras; (b) o seu objetivo é negociar esses direitos conexos com as plataformas digitais, arrecadando *royalties* e repassando-os aos artistas, às gravadoras e aos selos, excetuados os direitos de execução pública, cuja legitimidade para arrecadação e distribuição, como já se viu, é exclusiva do ECAD que, por sua vez, cobra diretamente das plataformas. Ademais, de forma geral, “as agregadoras têm funcionado com três modelos de negócio: provedor / distribuidor de conteúdo; plataforma de serviços; e prestadora de ações de *music branding*”, que nada mais é do que o oferecimento de tecnologia e conteúdo para que grandes marcas façam ações de *marketing* com música⁷³⁴.

A primeira agregadora brasileira foi a empresa iMusica, já comentada em capítulos antecedentes, tendo iniciado suas atividades em 2000. Em 2002, a empresa criou um *site* de venda de música digital, destinado ao usuário final e, em 2005, ela dedicou as suas vendas a outras empresas que desejassem comercializar música, assumindo um modelo de negócio *business-to-business*. É interessante destacar que os serviços ofertados pelo iMusica foram além dos padrões de mercado praticados por agregadoras estrangeiras. A empresa não só distribuía conteúdo, como também se tornou uma *white label provider*, cujo serviço consistia no fornecimento de tecnologia e suporte para a instalação de lojas virtuais de terceiros, vinculadas às marcas destes, embora a operação de venda se desse pelo iMusica, (sem que houvesse exposição da sua marca), tudo isso sem deixar de mencionar que a partir de 2009, a empresa passou a atuar também com o *music branding*⁷³⁵.

Uma das principais diferenças do iMusica em comparação com as agregadoras tradicionais é que o primeiro não apenas negocia os direitos conexos dos artistas com as plataformas como iTunes, Deezzer, Spotify e Rdio, mas também desenvolve uma relação com

⁷³³ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 322-323 e 354-355.

⁷³⁴ Ibid., p. 355-356.

⁷³⁵ Ibid., p. 355-356.

as operadoras de telefonia móvel, que inclui o licenciamento de direitos autorais (além dos conexos), entregando o conteúdo totalmente liberado de direitos para essas operadoras, o que não é a praxe de mercado das agregadoras. Essa diversidade de serviços ofertados naturalmente proporciona a cobrança de valores diferenciados, a depender dos pacotes contratados⁷³⁶.

Noutro passo, diferentemente da relação que se estabelece entre artistas e gravadoras, em que os primeiros usualmente cedem os seus direitos às últimas – resguardando-se somente da aferição de um baixo percentual dos faturamentos –, nos contratos mantidos com as agregadoras, geralmente não é exigida essa transferência de direitos, que permanecem sob a titularidade dos artistas. O que pode acontecer, nessa esfera, é a exigência de exclusividade na distribuição dos conteúdos pelas agregadoras contratadas. Ademais, a divisão das receitas decorrentes das negociações realizadas pelas agregadoras ocorre, normalmente, sob dois padrões: ou 80% (oitenta por cento) para os artistas/selos e 20% (vinte por cento) para as agregadoras, ou 70% (setenta por cento) para os primeiros e 30% (trinta por cento) para as últimas, sendo esta a hipótese mais consolidada atualmente no mercado internacional. Relata-se que, a princípio, a primeira opção era mais comum, mas como as agregadoras começaram a expandir os seus planos de serviços, aumentando a sua atuação, a divisão 70/30 passou a ser mais adotada⁷³⁷.

A partir dos dados de vendas e escutas de músicas obtidos junto às plataformas, as agregadoras montam um relatório a ser disponibilizado a seus artistas/selos assinantes, contendo informações sobre quais músicas foram tocadas, em quais plataformas, quantas vezes e os valores correspondentes a cada compra/acesso, possibilitando, afinal, que seus assinantes façam os saques dos montantes a serem recebidos. Enquanto algumas agregadoras estabelecem um montante mínimo para saque, outras permitem que seus clientes saquem qualquer valor a qualquer momento, beneficiando, com isso, pequenos artistas⁷³⁸.

O que fica evidenciado, de todo o exposto, é que o discurso sobre a tecnologia digital e a Internet proporcionarem a desintermediação da distribuição de música não corresponde à realidade. Isso porque, diante da visibilidade gradualmente alcançada por plataformas como Spotify e iTunes, tornou-se economicamente desinteressante para essas

⁷³⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 357.

⁷³⁷ Ibid., p. 358-359 e 361.

⁷³⁸ Ibid., p. 359.

empresas de tecnologia negociar direitos autorais e conexos individualmente com compositores e artistas – a menos que se trate de artistas já consolidados, cujo poder de barganha seja suficiente para essas negociações individuais. Em outros termos, é mais vantajoso para essas plataformas negociar as licenças junto aos representantes desses compositores e artistas, sejam eles atores tradicionais do mercado, como as editoras e as gravadoras, sejam eles novos atores, como as agregadoras. Isso leva à conclusão de que a reorganização mercadológica proporcionada pelo advento e crescimento das vendas digitais de música e dos serviços de *streaming*, diferentemente do que se esperava, ocasionou em uma reintermediação do mercado. Um fator interessante de se considerar, nesse cenário, é que as condições das agregadoras parecem mais vantajosas do que as das gravadoras, devido ao maior percentual de repasse de *royalties* e à manutenção da titularidade dos direitos pelos artistas⁷³⁹.

Com base no que foi discutido no tópico anterior, fica evidenciado que, no tocante ao licenciamento dos direitos autorais e conexos incidentes sobre as obras e fonogramas disponibilizados pelas plataformas de *streaming*, especialmente a partir de fevereiro de 2017, quando o STJ proferiu decisão no *leading case* OI x ECAD, esses serviços passaram a quitar valores sob a rubrica de execução pública ao ECAD, seja pelo *simulcasting*, seja pelo *webcasting*. Ressalta-se que esse pagamento pela execução pública não aconteceu desde o princípio do funcionamento de aludidos serviços, ainda mais considerando que os Tribunais Estaduais vinham caminhando no sentido de afastar a legitimidade do ECAD das cobranças, o que proporcionou mais resistência das plataformas em pagar mencionados direitos.

Nessa perspectiva, sempre houve negociações de direitos junto aos titulares, seja pelo direito de reprodução, seja pelo de distribuição, em outras palavras, pelo que o mercado denomina de direitos fonomecânicos. Aliás, conforme demonstrado no tópico antecedente, a decisão do STJ que reconhece a incidência do direito de execução pública e a consequente necessidade de pagamento ao ECAD não muda esse cenário, visto que a disponibilização das obras/fonogramas pelas plataformas segue demandando autorização direta junto aos titulares pelos direitos de reprodução/distribuição. E nesse caso, diferentemente do que acontece com os direitos de execução pública, não existe uma entidade centralizada que se

⁷³⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 363.

encarrega da arrecadação e distribuição dos valores, motivo pelo qual as negociações são realizadas de forma esparsa e separada, geralmente com os intermediários representantes e/ou cessionários dos direitos de autores e artistas, quais sejam, as editoras e/ou associações destas, no tocante aos primeiros, e as gravadoras e agregadoras, em relação aos últimos⁷⁴⁰.

Mariana Valente relata que a praxe do mercado internacional é que as plataformas de *streaming* procurem primeiramente as gravadoras, negociando os direitos conexos dos artistas que representam (inclusive, na condição de cessionárias desses direitos), bem como os fonográficos dos quais são titulares, e posteriormente, entrem em contato com as grandes editoras e com grandes associações destas, reservando uma parcela da receita para arcar com eventuais reivindicações de editoras menores⁷⁴¹. Valente também comenta que:

A negociação com as editoras tem sido apontada pelos agentes do mercado de streaming, entre funcionários de agregadoras e plataformas, como a maior dificuldade do ponto de vista legal. Eles afirmam que, ao contrário do que ocorre no resto do mundo, os serviços precisam entrar em um acordo com as editoras antes de começarem a atuar no Brasil. Isso decorre, provavelmente, da ausência no país de um regime de licenciamento compulsório geral, que estabeleça *royalties* fixos pela utilização musical, somado à proteção dos direitos morais de autor.⁷⁴²

A inexistência de um regime de licenciamento compulsório para os direitos fonomecânicos acaba gerando reflexos negativos no tocante à representatividade dos titulares de direitos, especialmente para os compositores musicais. Explica-se: atualmente, a UBEM representa parte considerável das editoras que operam no Brasil, incluindo as principais editoras internacionais, como as *majors* “(Universal Music Publishing, Warner Chapell Edições Musicais Ltda, Sony ou SM Publishing -Brazil- Edições Musicais Ltda)”, bem como as principais nacionais. Essa ampla representatividade da UBEM fez com que a associação alcançasse uma posição estratégica fundamental nas negociações de direitos com os novos atores de mercado, a exemplo do que aconteceu com o iTunes, cuja chegada no Brasil esteve diretamente ligada à criação da UBEM, conforme já comentado anteriormente neste trabalho, tendo em vista que a plataforma só aceitava negociar os direitos com uma

⁷⁴⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 329-330.

⁷⁴¹ Ibid., p. 330.

⁷⁴² Ibid., p. 331.

entidade, no caso, a UBEM⁷⁴³.

A consequência desse cenário é que a participação dos compositores em aludida associação tornou-se uma condição essencial para o recebimento de direitos autorais pelo uso de suas obras musicais no ambiente digital. Ocorre que a UBEM não aceita associações individuais, isto é, o compositor independente que não assinou contrato de edição com alguma entidade não consegue se filiar diretamente à UBEM. Ademais, é comum que pequenas editoras, cujo faturamento seja baixo, optem por não se associar à UBEM em razão dos valores de associação cobrados pela última, que tornam a filiação inviável financeiramente para essas empresas. O resultado prático dessa escolha de algumas plataformas em negociar somente com a UBEM faz com que muitos compositores deixem de receber pelo uso de suas obras no ambiente digital⁷⁴⁴.

De outra sorte, Mariana Giorgetti Valente estima, com base em relatos de atores do mercado, bem como em declarações públicas feitas pelas plataformas, que a praxe do mercado internacional vinha se estruturado a partir da seguinte forma de destinação das receitas auferidas pelas plataformas de *streaming*: descontados os tributos, cerca de 9% (nove por cento) das receitas são utilizados para o pagamento dos direitos autorais, normalmente, às editoras; em torno de 61% (sessenta e um por cento) são usados para remunerar os direitos conexos dos intérpretes e executantes e dos produtores fonográficos, pagos, geralmente, às gravadoras, aos selos e às agregadoras; e os 30% (trinta por cento) restantes são utilizados para manutenção e investimento em infraestrutura, *marketing* e lucros da empresa. Em outras palavras, estima-se que 70% (setenta por cento) das receitas auferidas pelos serviços de *streaming* são dedicados ao licenciamento de direitos autorais e conexos⁷⁴⁵.

No Brasil, a entrada do ECAD nesse contexto, tendo em vista a decisão do *leading case* pelo STJ, gera impactos em aludidos percentuais, já que, dos valores arrecadados pelo Escritório com execução de música mecânica, como acontece nos serviços de *streaming*, 2/3 (dois terços) são destinados à parte autoral e 1/3 (um terço) à parte conexa (intérpretes, executantes e produtores fonográficos), conforme já comentado previamente.

⁷⁴³ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 333-334.

⁷⁴⁴ Ibid., p. 334-335.

⁷⁴⁵ Ibid., p. 337-338.

Em outras palavras, o reconhecimento da legitimidade de arrecadação e distribuição de direitos pelo ECAD, em relação às plataformas de *streaming* (interativo ou não), garantiu maior repasse de valores aos compositores. De qualquer forma, a discrepância mencionada no parágrafo antecedente, em que os maiores percentuais são destinados ao pagamento dos direitos conexos, permanece nas negociações dos direitos fonomecânicos (reprodução/distribuição) entre as plataformas e as editoras, gravadoras e agregadoras.

É importante explicar que o maior repasse de valores decorrentes da execução pública das obras musicais aos titulares de direitos autorais – na proporção de 2/3 – foi convencionado justamente como uma forma de compensar os compositores, tendo em vista que os titulares de direitos conexos possuíam outras fontes razoáveis de receitas, tais como as provenientes da venda de ingressos em shows ao vivo, bem como a maior parcela dos *royalties* das vendas de mídias físicas, como LPs, fitas cassetes, CDs, entre outras. Existe uma lógica por trás dessa maior distribuição de *royalties* às gravadoras a partir da venda de mídias físicas: os valores servem não apenas para remunerar os direitos conexos (na condição de produtoras fonográficas e de representantes e/ou cessionárias dos direitos de intérpretes e executantes), mas também para arcar com os custos de produção das mídias em si. Dos montantes auferidos pelas gravadoras com essas vendas, uma parcela é destinada à quitação dos direitos conexos, via de regra, apenas dos intérpretes, em conformidade com o disposto nos contratos assinados com estes. Isso porque uma das práticas comuns do mercado musical é o pagamento somente de um cachê aos músicos executantes contratados para participar das gravações, cujos contratos geralmente incluem uma cláusula de cessão total de direitos, que afasta a sua participação em *royalties* subsequentes⁷⁴⁶. Por essa praxe mercadológica, os músicos executantes acabam recebendo apenas pela execução pública das gravações.

Ocorre que, a partir dos anos 2000, a venda de formatos físicos sofreu uma queda vertiginosa, desestabilizando esse equilíbrio que existia nos repasses de valores, em que a execução pública privilegiava mais os direitos autorais, enquanto a reprodução e a distribuição favoreciam mais os direitos conexos. Valente relata que esse cenário impulsionou as gravadoras a cogitarem um aumento na participação dos direitos conexos nos valores arrecadados pela execução pública, mas eventual iniciativa nesse sentido não

⁷⁴⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 343.

logrou resultado. O advento dos serviços de *streaming* interativos foi visto pelas gravadoras como uma oportunidade de compensar e até mesmo substituir paulatinamente as perdas com as vendas físicas. Por essa razão, convencionou-se que aludidos serviços seguiriam a mesma lógica de divisão de *royalties* das vendas físicas, em que a maior parte seria destinada aos direitos conexos – a exemplo dos 61% (sessenta e um por cento) comentados anteriormente – e uma parcela menor seria quitada às editoras – em torno dos 9% (nove por cento) mencionados nos parágrafos antecedentes⁷⁴⁷.

Mariana Giorgetti Valente faz três ponderações interessantes a respeito da transposição desse modelo de distribuição de *royalties* das vendas de mídias físicas para os serviços de *streaming* interativo. A primeira delas avalia que a destinação de percentuais maiores para as gravadoras fazia sentido quando estas tinham gastos com a produção das mídias físicas, o que não acontece mais na exploração dos serviços de *streaming*. A segunda pontua que, se houvesse uma substituição da rádio tradicional pelas formas interativas de escutar música, proporcionadas pelo *streaming*, e caso os tribunais continuassem afastando a incidência da execução pública nesses tipos de serviços, os compositores seriam claramente prejudicados, considerando que parte importante da receita por eles auferida é proveniente da arrecadação promovida pelo ECAD com a radiodifusão⁷⁴⁸.

Por fim, a autora aponta a situação dos músicos executantes que seriam ainda mais prejudicados pelo afastamento da legitimidade do ECAD na cobrança de direitos de execução pública das plataformas de *streaming*, visto que, conforme comentado anteriormente, pela praxe do mercado, esses músicos cedem os seus direitos às gravadoras e, geralmente, não auferem *royalties* pelos usos dos fonogramas, o que significa dizer que a única forma de garantir o recebimento de quaisquer valores por aludidos músicos seria através do reconhecimento de que os serviços de *streaming*, interativos ou não, ensejam a execução pública das obras e fonogramas. Nas palavras de Valente, “[n]o modelo ECAD, eles recebem *royalties*, ainda que em parcela diminuta: relativamente ao 1/3 distribuído à parte conexa, recebem 16,6%, ou 5,53% do total distribuído a título de música mecânica”⁷⁴⁹.

Fica evidenciado, portanto, que a caracterização dos serviços de *streaming*,

⁷⁴⁷ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 343-344.

⁷⁴⁸ Ibid., p. 343-344.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 344.

inclusive na modalidade interativa, como execução pública e o consequente reconhecimento da legitimidade do ECAD para arrecadar direitos das plataformas, através da decisão do STJ, podem representar um passo importante no sentido de garantir que as partes mais frágeis do mercado musical, quais sejam, os intérpretes, mas principalmente, os compositores e músicos executantes, recebam minimamente pelo uso de suas obras, interpretações e execuções no ambiente digital. Mais do que isso, o cenário apresentado também sugere o movimento de adaptação e reestruturação da indústria fonográfica nesse mercado digital, com a manutenção de uma posição negocial de destaque pelas gravadoras, mesmo após as graduais perdas de receitas com as vendas de mídias físicas, tanto que o fator determinante para que uma empresa inicie a prestação de serviços de *streaming* por assinatura em qualquer país continua sendo a negociação prévia com as gravadoras⁷⁵⁰.

Não há que se olvidar, outrossim, que a permanência dessa posição favorecida pelas gravadoras se deu, em grande parte, pela progressiva concentração na indústria fonográfica, especialmente nos últimos quinze anos, que resultou na formação das *majors* comentadas anteriormente, quais sejam, a Universal Music Group, a Warner Music Group e a Sony Music Entertainment. Essa concentração não só é estimulada pelos novos modelos de negócios inaugurados com o *download* e o *streaming*, já que “[o]s serviços de música digital sempre começam a negociar primeiro com quem tem o maior catálogo”, a exemplo dessas grandes empresas, como também tem se consolidado com as compras de gravadoras independentes e de agregadoras pelas *majors*⁷⁵¹.

Contudo, é importante destacar que não foi sem relutância que esses atores tradicionais da indústria fonográfica aceitaram os novos modelos de negócios relacionados à música digital. A começar pelo fato de que o formato MP3 e os dispositivos tocadores

⁷⁵⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 344.

⁷⁵¹ Mariana Giorgetti Valente relata o seguinte: “[e]m março de 2012, foi anunciada a fusão da agregadora The Orchard com a Independent Online Distribution Alliance (IODA), que teria como investidora principal do novo empreendimento a Sony Music Entertainment, que já era proprietária de 51% da Ioda, e que passaria a ter no mínimo 50% sobre a empresa resultante. A fusão seguia-se à compra da agregadora de selos independentes Fontana, na qual a Universal Music Group já teria participação de 51%, pela INgrooves, uma outra agregadora digital, em março daquele ano. No âmbito das MCNs, pistas semelhantes: a Maker, MCN norte-americana, fundada em 2007, foi comprada pela Walt Disney Company em março de 2014, por US\$ 500 milhões, com a promessa de outros US\$ 450 milhões – sua base de usuários era de 380 milhões de assinantes. Um ano e meio antes, a DreamWorks Animation comprava a AwesomenessTV, uma MCN de então 14 milhões de assinantes, com foco em cultura adolescente, por US\$ 33 milhões. No Brasil, onde (...) o mercado de música e telefonia digital tem uma força particular, o movimento pode ser observado na compra da iMusica pela Claro, aprovada sem restrições pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em setembro de 2014”. Ibid., p. 344-345 e 364-365.

desse formato foram desenvolvidos por personagens alheios à indústria musical (diferentemente do que ocorreu com o CD e com a fita cassete)⁷⁵², conforme mencionado em outros tópicos deste trabalho, e que chegou a gerar, inclusive, disputas judiciais, a exemplo da ação movida pela RIAA em face da empresa Diamond Multimedia, responsável por lançar o *Rio player*, um leitor de MP3, o que, por si só, e desde os primórdios da tecnologia digital, contribuiu para a desconfiança pela indústria fonográfica. Nas palavras de Rodrigo Moraes Ferreira⁷⁵³:

A indústria fonográfica, teimosamente, demorou em perceber o enorme potencial de impacto da tecnologia digital em seu negócio. Subestimou os profundos efeitos da Internet no mercado da música. Não aceitou, em hipótese alguma, diminuir a sua margem de lucro. Não concordou com a possibilidade de venda de faixas isoladas (*singles*), de maneira avulsa, mesmo o público já demonstrando certo interesse pelo modelo de negócios de consumir apenas uma ou algumas músicas de um álbum (CD).

Resta evidenciado, portanto, que os modelos digitais pagos tiveram dificuldades para se instalar e se consagrar, especialmente no Brasil, não apenas por causa da mentalidade e dos hábitos culturais das pessoas de ouvir músicas gratuitamente, através das crescentes práticas de pirataria, no final da década de 1990 e início dos anos 2000, mas também e principalmente devido à atitude relutante da indústria fonográfica em buscar modelos de comercialização de músicas na Internet. Por muitos anos, a estratégia dessa indústria musical foi investir no discurso e em medidas antipirataria, “concentrando esforços em desenvolvimento de tecnologias anticircunvenção e tentando proteger o modelo de venda de disco”⁷⁵⁴. Tudo isso contribuiu para a demora na consolidação dos novos modelos de negócios mencionados, bem como colaborou para a assunção de uma postura mais defensiva pelas gravadoras na negociação dos direitos com os serviços de *streaming*, exigindo mínimos garantidos, isto é, a quitação de valores mínimos de remuneração, independentemente da

⁷⁵² VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 346.

⁷⁵³ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 257.

⁷⁵⁴ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 289.

base de usuários e/ou das receitas auferidas pelas plataformas⁷⁵⁵.

De outra sorte e afora a questão da exigência de mínimos garantidos, ressalta-se que os serviços de *streaming* adotam modelos de pagamento complexos e não muito transparentes. Isso porque, diferentemente das empresas que ofertam o *download* de músicas, cujos montantes quitados são fixos por *download* realizado e seguem um parâmetro mercadológico, no caso do *streaming*, não apenas inexiste uma negociação global padronizada, de modo que os acordos são firmados nos âmbitos locais, como também “o valor pago por *stream* é variável”, pois leva em consideração o “número total de *streams* de todas as músicas da plataforma”, bem como as “receitas totais do serviço”. Isso significa que o valor do “*view*” (visualização) pelos usuários oscila de acordo com a composição da base de assinantes e com a arrecadação mensal de cada serviço, de modo que “o aumento no valor por *view* dependeria do aquecimento desse mercado”⁷⁵⁶.

Descontados os montantes devidos a título de tributos, as plataformas dividem os valores recebidos dos assinantes, proporcionalmente, com as editoras, gravadoras e agregadoras, em conformidade com a apuração feita por aludidos serviços acerca do que foi ouvido pelos usuários e respeitados os acordos firmados com cada editora, gravadora e agregadora. Artistas e compositores recebem a *posteriori*, a partir do quanto estipulado nos contratos negociados com as gravadoras e agregadoras que representam os primeiros e com as editoras que representam os últimos⁷⁵⁷, isso sem olvidar dos valores quitados sob a rubrica de execução pública, através do ECAD e das associações que o compõem. Marcelo Kischinhevsky, Eduardo Vicente e Leonardo de Marchi resumem a situação das plataformas de *streaming*, apresentada ao longo deste tópico, nos seguintes termos:

Sabe-se, assim, que da receita líquida mensal dessa empresa, subtrai-se o resultado da divisão entre o total de acessos à obra de um artista determinado e o total de acessos obtidos ao longo de determinado período no país em que opera. Da quantia resultante, cerca de 70% são repassados aos titulares dos direitos autorais e conexos, como as sociedades arrecadadoras, editoras, gravadoras ou os agregadores de conteúdo, os quais devem repassar o dinheiro aos compositores e intérpretes. Os restantes 30% ficam com a empresa eletrônica. A distribuição dos

⁷⁵⁵ Nas palavras de Mariana Valente, “[a]s plataformas de streaming queixam-se de que, embora as gravadoras estejam hoje mais abertas a experimentar na Internet, ainda teriam postura tímida e emperrariam suas iniciativas, já que todo e qualquer serviço e possibilidade oferecido pela plataforma teria de ser negociado previamente com a gravadora. Um exemplo é o período de *trial*, que poderia ser mais longo, não fossem as dificuldades negociais”. VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 345-346.

⁷⁵⁶ Ibid., p. 330 e 350-351.

⁷⁵⁷ Ibid., p. 330 e 352-353.

royalties dos direitos autorais e conexos é realizada pelos serviços de *streaming* de forma proporcional entre as músicas acessadas em determinado território e período de tempo, o que significa que os artistas que têm mais acessos (*streams*) ganham a maior parte dessa distribuição dos lucros, enquanto os que tocam menos ganham a menor parte (Taran, 2015).

(...)

Com efeito, os serviços de *streaming* necessitam ter mais transparência na maneira como definem preços a serem cobrados dos usuários e como realizam a divisão dos *royalties* entre os titulares dos direitos autorais e conexos. Como observa Taran (2015), apesar de apresentarem a fórmula de pagamento dos *royalties* dos direitos autorais e conexos, as empresas não revelam a quantidade de *streams* que têm mensalmente, tampouco seu faturamento.⁷⁵⁸

Considerando que os valores quitados pelas plataformas de *streaming* são variáveis, conforme explicado anteriormente, e acrescida a falta de transparência na divulgação da maneira com que os *royalties* são divididos entre os titulares de direitos, bem como a provável confidencialidade existente nos acordos firmados pelos serviços de *streaming* com as gravadoras, editoras e agregadoras, não é possível mensurar precisamente quanto cada plataforma paga pelo *view* das músicas que compõem o seu repertório. De forma apenas exemplificativa, apresenta-se a seguir uma tabela elaborada e divulgada no dia 29 de janeiro de 2019 pelo *site The Trichordist*, um *blog* dedicado à proteção dos direitos dos artistas na era digital, cujos dados representam um selo *indie* de porte médio, com um catálogo médio de 250 (duzentos e cinquenta) álbuns, que conta com quase um bilhão de *streams* anuais. O *site* informa que os números obtidos são de fonte confidencial e se referem ao ano de 2018. Os valores contidos na tabela não refletem necessariamente um padrão global de todas as negociações feitas pelas plataformas de *streaming*, mas serve como um referencial do modelo de pagamentos adotado por esses serviços, conforme demonstrado a seguir:

⁷⁵⁸ KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 307-308.

Tabela 1: Valor pago por *stream* pelas principais plataformas de *streaming*, de acordo com um selo *indie* de porte médio.

DSP / STORE	PER STREAM	STREAMS PER SONG	STREAMS PER ALBUM	MARKET SHARE STREAMS	MARKETSHARE DOLLARS	TOP
1 Spotify	\$0.00331	184	1,842	29.22%	48.93%	
2 iTunes/Apple	\$0.00495	123	1,229	9.95%	24.97%	
3 YouTube Content ID	\$0.00028	2,145	21,447	48.58%	6.99%	
4 Amazon Unlimited	\$0.01175	52	518	0.68%	4.04%	
5 Google Play	\$0.00543	112	1,122	1.12%	3.08%	
6 Pandora	\$0.00155	393	3,925	3.86%	3.03%	
7 Deezer	\$0.00567	107	1,074	0.91%	2.60%	
8 Amazon Digital Services Inc.	\$0.00395	154	1,540	0.95%	1.90%	
9 TIDAL	\$0.00927	66	657	0.21%	0.98%	
10 Napster / Rhapsody	\$0.01110	55	549	0.14%	0.80%	97.32%
11 YouTube Red	\$0.00948	64	642	0.12%	0.56%	
12 Yandex LLC	\$0.00051	1,199	11,992	1.23%	0.32%	
13 LOEN	\$0.00205	297	2,972	0.25%	0.26%	
14 VEVO	\$0.00109	559	5,591	0.38%	0.21%	
15 KKBOX	\$0.00435	140	1,402	0.06%	0.13%	
16 24/7 Entertainment GmbH	\$0.01050	58	580	0.02%	0.12%	
17 Qobuz	\$0.04390	14	139	0.01%	0.12%	
18 UMA	\$0.00013	4,811	48,110	1.82%	0.12%	
19 iHeartRadio (Reporting Only)	\$0.01426	43	427	0.01%	0.10%	
20 Peloton	\$0.04036	15	151	0.00%	0.09%	99.35%

Fonte: THE TRICHORDIST. *2018 Streaming Price Bible! Per Stream Rates Drop as Streaming Volume Grows. YouTube's Value Gap is Very Real.* 29 jan. 2019. Disponível em:

<<https://thetrichordist.com/2019/01/29/2018-streaming-price-bible-per-stream-rates-drop-as-streaming-volume-grows-youtubes-value-gap-is-very-real/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

Por sua vez, o *site Digital Music News*, reunindo informações de artistas e de outros *websites*, montou sua própria lista de valores por *stream* das nove plataformas mais populares de *streaming*, cujos dados remontam também ao ano de 2018 e apresentam diferenças em relação à tabela elaborada pelo *The Trichordist*. Reitera-se que, pela falta de informações oficiais precisas disponibilizadas pelos serviços de *streaming*, esses *sites* buscam apenas aproximar os montantes quitados pelas plataformas, sendo natural a existência de divergências nos dados coletados. Um aspecto interessante da tabela estruturada pelo *Digital Music News* é a informação da quantidade de *views* que um artista precisa ter para receber o montante correspondente ao salário mínimo dos Estados Unidos, qual seja, US\$ 1.472 (um mil, quatrocentos e setenta e dois dólares). Destaca-se a tabela de aludido *site* a seguir:

Tabela 2: Valor pago por *stream* pelas nove plataformas mais populares de *streaming*, de acordo com o site *Digital Music News*.

Streaming Music Service	Pre-stream Rate	Total Plays Needed to Earn \$1,472 (US Minimum Monthly Wage)
Napster	0.01900	77,474
TIDAL	0.01250	177,604
Apple Music	0.00735	200,272
Google Play Music	0.00676	217,752
Deezer	0.00640	230,000
Spotify	0.00437	336,842
Amazon	0.00402	366,169
Pandora Premium	0.00133	1,106,767
YouTube	0.00069	2,133,333

Fonte: SANCHEZ, Daniel. *What Streaming Music Services Pay (Updated for 2019)*. Site Digital Music News, 25 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.digitalmusicnews.com/2018/12/25/streaming-music-services-pay-2019/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

Independentemente das diferenças entre os valores coletados por cada *site*, nota-se, da leitura das tabelas apresentadas, que as cifras são baixas e expressam, na maioria das plataformas, valores inferiores a um centavo de dólar por *view*. Resta evidenciado, por conseguinte, inclusive pela projeção de *plays* necessários para se alcançar o salário mínimo norte-americano, conforme acentuado pelo *Digital Music News*, que para um artista ou compositor receber uma remuneração considerável das plataformas, a quantidade de visualizações das suas faixas precisa ser altíssima, o que demanda, nessa perspectiva, uma vasta base de usuários dos serviços.

Diante desse cenário, não é incomum que artistas reclamem não apenas por causa da falta de transparência das plataformas, mas também pela baixa remuneração advinda desses serviços. A inconformidade perante essa situação foi objeto de manifestações de alguns artistas através dos meios de comunicação. Alguns casos ficaram famosos nesse contexto, a exemplo do que fez a banda norte-americana Vulfpeck, em março de 2014, ao lançar um álbum inteiramente silencioso no Spotify, que ficou conhecido como *Sleepify*, como uma forma de protesto aos baixos valores quitados por aludida plataforma. A estratégia da banda foi a de promover uma campanha para que seus fãs acessassem o álbum durante a noite, enquanto dormiam, a fim de monetizá-lo e, com o dinheiro arrecadado, que totalizou cerca de vinte mil dólares em *streams*, a banda realizaria uma turnê gratuita. Dois meses após o seu lançamento, o Spotify retirou o álbum do seu catálogo, sob o argumento de violação aos termos de uso⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em:

2014 também marcou outros episódios famosos como o da cantora e atriz americana Bette Midler, que reclamou, através da sua conta no Twitter, sobre a impossibilidade de sobrevivência dos compositores a partir das remunerações quitadas por plataformas como Spotify e Pandora, alegando que, de 4.175.149 (quatro milhões, cento e setenta e cinco mil, cento e quarenta e nove) acessos a suas obras no Pandora, a artista havia recebido apenas US\$ 114,11 (cento e quatorze dólares e onze centavos de dólares). Outro cantor e compositor que também protestou contra a baixa remuneração quitada aos artistas independentes pelo Spotify foi o integrante do grupo britânico Radiohead, Thom Yorke. Como forma de protesto, Yorke chegou a retirar do catálogo de aludida empresa os álbuns de sua outra banda, qual seja, *Atoms for Peace*⁷⁶⁰.

Em novembro do ano de 2014, “a artista Taylor Swift removeu todo seu catálogo do Spotify – um dos mais tocados na plataforma, já que naquele momento 25% dos usuários já haviam feito uso desse catálogo – logo antes do lançamento de seu álbum 1989”⁷⁶¹. A cantora considerou que a disponibilização de suas músicas através do modelo *freemium* representava uma desvalorização do seu trabalho. Posteriormente, Swift ainda criticou a estratégia da Apple de oferecer uma degustação gratuita dos seus serviços pelo período de três meses⁷⁶². Ademais, em uma atitude parecida à de Taylor Swift, a artista islandesa Björk optou por não lançar seu álbum de 2015, o *Vulnicura*, no Spotify, por achar desrespeitosa a disponibilização praticamente gratuita de um conteúdo que foi objeto de trabalho por dois ou três anos. Na acepção da cantora, assim como acontece no mercado cinematográfico, em que os filmes só chegam às plataformas após o lançamento e a exibição por um período de tempo nas salas de cinema, as músicas também deveriam experimentar uma fase de vendas físicas antes de entrarem para os catálogos das plataformas⁷⁶³.

No Brasil, artistas também manifestaram a sua insatisfação com os baixos valores quitados pelas plataformas e com a falta de transparência na divulgação da forma

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 349.

⁷⁶⁰ KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 308.

⁷⁶¹ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 349.

⁷⁶² KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de, op. cit., p. 308.

⁷⁶³ VALENTE, Mariana Giorgetti, op. cit., p. 347-348.

com que é feita a divisão de *royalties*. Destaca-se no cenário nacional dois grupos de artistas, quais sejam, a Associação Procure Saber, que congrega nomes como Gilberto Gil e Chico Buarque, tendo à frente a empresária Paula Lavigne; e o GAP (Grupo de Ação Parlamentar Pró-Música), do qual fazem parte músicos como Frejat e Leoni⁷⁶⁴. Sobre o assunto, Rodrigo Moraes Ferreira comenta:

Com o *streaming*, os dólares analógicos tornaram-se centavos digitais. A Era Digital vem sendo qualificada, pejorativamente, de Era dos Centavos. Há grande entusiasmo pela tecnologia em si do *streaming*, mas quando o assunto é retribuição autoral, o encantamento acaba, pelo menos sob a ótica dos autores. Vale registrar que a arrecadação realizada pelo ECAD no ambiente digital, em 2010, não chegou a 1% do total arrecadado.⁷⁶⁵

Por outro lado, os representantes das plataformas alegam não trabalhar com altas margens de lucros, como pode parecer de acordo com os dados das receitas auferidas pelos serviços ao longo dos anos. Isso porque, além da destinação de cerca de 70% (setenta por cento) dessas receitas para a remuneração de direitos autorais como um todo – dentre os quais são exigidos pagamentos antecipados por editoras e gravadoras, conforme comentado anteriormente –, são necessários investimentos substantivos em tecnologia para a operação desses serviços, isso sem deixar de mencionar os gastos com *marketing*. Nesse sentido, vale mencionar que o Spotify, grande alvo das reclamações descritas nos parágrafos antecedentes, chegou a se manifestar, em dezembro de 2014, em uma tentativa de resposta aos protestos, divulgando que, a despeito de as suas receitas terem aumentado em torno de 74% (setenta e quatro por cento) de 2012 para 2013 [representando um total de 1,03 (um vírgula zero três)

⁷⁶⁴ LICHOTE, Leonardo. Músicos questionam direitos autorais em serviços de streaming. *O Globo*, [Online], 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/musica/musicos-questionam-direitos-autorais-em-servicos-de-streaming-15934958>>. Acesso em: 12 set. 2019. PRADO, Carol. Artistas questionam divisão de lucros dos serviços de música via streaming. *Folha de São Paulo*, [Online], 19 jan. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1730669-questionado-por-musicos-streaming-ainda-nao-lucra-dizem-empresas.shtml>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁷⁶⁵ Complementa ainda o autor: “[a] imprensa brasileira vem denunciando a baixa remuneração autoral pelos *hits* (músicas mais executadas) nos serviços de *streaming* musical no ano de 2016. Por exemplo, segundo reportagem do jornal O Globo, de 23 de junho de 2017, as plataformas repassaram aos autores das músicas ‘Sosseguei’, ‘10%’, ‘O nosso santo bateu’ e ‘Ela só quer paz’ – que estiveram entre as dez músicas mais executadas – tão somente o valor de R\$ 46.199,20, ‘o que daria uma média aproximada de R\$ 400 para cada canção por mês, sendo que algumas delas chegam a ter cinco autores.’ Por outro lado, as dez músicas mais executadas em emissoras de rádio, no mesmo ano de 2016, ‘renderam R\$ 1.567.761,06 – quase 34 vezes mais dinheiro que a arrecadação do *streaming*’. A discrepância é tamanha que o ECAD teve de adaptar o seu sistema interno para oito casas decimais, a fim de poder trabalhar. O valor mínimo recolhido, antes do advento das plataformas de *streaming*, era de um centavo. ‘Agora, tem artistas que recebem R\$ 0,00000001. Temos que esperar juntar um centavo para ser possível o pagamento’. Foi o que dissera, na mencionada reportagem, a representante do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”. FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 316-317.

bilhões de euros], a plataforma ainda operava em prejuízo – de 80 (oitenta) milhões de euros em 2013, e 115 (cento e quinze) milhões em 2012⁷⁶⁶. Em funcionamento desde 2008, o Spotify registrou o primeiro lucro da sua história, no último trimestre de 2018, correspondente ao montante de 94 (noventa e quatro) milhões de euros. Já no primeiro trimestre de 2019, a empresa voltou a registrar um prejuízo de 47 (quarenta e sete) milhões de euros⁷⁶⁷. Nessa perspectiva,

Com os custos tecnológicos e a necessidade de se pagar aos detentores de direitos valores adiantados, a operação só começa a ser rentável conforme mais usuários passam a pagar assinatura. A escala necessária é tão grande que essa conquista é vista como global. Além disso, as plataformas são 100% dependentes dos detentores de conteúdo, o que lhes deixa numa situação instável ou, ao menos, de desvantagem negocial.⁷⁶⁸

Isso demonstra que as empresas de tecnologia também encontram dificuldades em se estabilizar no mercado e, ao mesmo tempo, garantir um acréscimo no faturamento dos artistas. Em uma notícia disponibilizada no *site* da Uol, sobre os desafios enfrentados pelo Spotify para obter lucros com a prestação dos serviços de *streaming* de música, destaca-se uma pertinente ponderação realizada por Mauricio Bussab, fundador da Tratore, maior distribuidora de música independente no Brasil, acerca das possíveis soluções para o aumento dos valores repassados aos artistas. Bussab fala em três opções: (1) a primeira delas demandaria um maior percentual de repasse, o que seria inviável, considerando que as plataformas já dedicam 70% (setenta por cento) da sua receita para o pagamento de direitos autorais e conexos; (2) a segunda exigiria um aumento no valor da assinatura, o que provavelmente ocasionaria na perda de assinantes, não se tratando da melhor opção; (3) e a última seria o investimento em aumentar a base de assinantes, que é o que tem sido buscado pelos serviços de *streaming*. Não se pode deixar de mencionar também que, com o mercado cada vez mais competitivo, diante do crescimento de empresas como a Apple, a Amazon, o

⁷⁶⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 338.

⁷⁶⁷ TERRA. *Spotify chega a 100 milhões de assinantes no mundo*. 29 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/spotify-chega-a-100-milhoes-de-assinantes-no-mundo,7768442937d1ab273af7a642a51b8bee6b2kzj7b.html>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁷⁶⁸ VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 287.

Google, entre outras, que vem investindo bastante no setor de *streaming*, aumenta-se, concomitantemente, a pressão para que os preços das assinaturas abaiquem, o que pode ser mais um desafio na busca de aumentar receitas⁷⁶⁹.

Fica evidenciado, por todo o exposto ao longo deste tópico, que os discursos que previam a derrocada da indústria fonográfica e a conseqüente desintermediação do mercado musical não correspondem à realidade vivenciada. Pelo contrário, passado o período inicial de relutância, cujo foco esteve voltado – no fim da década de 1990 e no início dos anos 2000 – para uma postura mais combativa ao fenômeno da pirataria, os atores tradicionais do mercado musical, quais sejam, as editoras e as gravadoras, finalmente, inseriram-se e adaptaram-se aos novos modelos de negócios da era digital. Tamanha é a força e o poder de barganha desses atores tradicionais que, especialmente, as gravadoras conseguiram manter o seu *status* e transpor modelos negociais provenientes dos formatos físicos para o digital, a exemplo de o maior repasse das receitas auferidas pelas plataformas ser feito às gravadoras – aproximadamente 61% (sessenta e um por cento) –, enquanto um montante menor seria dedicado a pagar as editoras – cerca de 9% (nove por cento); isso sem deixar de mencionar que os padrões de acordos firmados entre as gravadoras e os artistas, na época da venda dos formatos físicos, cujos repasses geralmente não ultrapassavam 15% (quinze por cento) dos montantes obtidos pelas gravadoras⁷⁷⁰, muitas vezes, são mantidos nas negociações das receitas provenientes com a exploração digital.

De outra sorte, enquanto os artistas protestam por melhores remunerações dos seus direitos, face aos usos de obras e fonogramas pelos serviços de *streaming*, estes lutam contra os prejuízos enfrentados no modelo de negócios, buscando aumentar receitas e auferir lucros. Esse cenário apresentado sugere que os grandes beneficiários da exploração das obras musicais e dos fonogramas nas plataformas de *streaming* ainda são os tradicionais intermediários da indústria fonográfica: editoras e, principalmente, gravadoras. Por essa razão, o reconhecimento pelo STJ da legitimidade do ECAD para arrecadar direitos de execução pública dos serviços de *streaming* pode ter representado um passo importante no sentido de garantir remunerações mais justas a compositores, intérpretes e executantes, justamente por retirar grande parcela da administração desses direitos do escopo de atuação

⁷⁶⁹ PADRÃO, Márcio. *O Spotify mudou a música, mas ainda não sabe como lucrar com isso*. Site da Uol, 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/02/20/qual-e-o-plano-da-spotify-para-continuar-lucrando.htm>>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁷⁷⁰ Conforme já mencionado em outro tópico deste trabalho, Mariana Giorgetti Valente comenta que esse percentual já foi de apenas 3% (três por cento), mas que, recentemente, ele conseguiu alcançar a marca de 14% (quatorze por cento).

das gravadoras e editoras. Entendida a dinâmica de mercado em torno das plataformas de *streaming*, passa-se, então, a uma apuração desses serviços, sob o olhar da função social do direito autoral, um dos principais objetivos de estudo desta pesquisa.

3.5 DIAGNÓSTICO DO STREAMING

Não há que se olvidar que a pirataria acompanha os direitos autorais desde os primórdios, evoluindo conforme os avanços tecnológicos, sendo um dos elementos que estimulou a busca por proteção e resultou, por exemplo, no sistema de privilégios aos editores/impressores, precursor desse ramo do direito, conforme explanado no início deste trabalho.

Nessa perspectiva, do ponto de vista do direito autoral, os aprimoramentos tecnológicos carregam dois tipos de legados: um positivo, que viabiliza a maior circulação de obras intelectuais, levando as manifestações culturais a uma quantidade cada vez maior de pessoas, e um negativo, que confere mais substratos para a expansão do fenômeno da pirataria.

Esse foi exatamente o cenário vivenciado pela indústria musical ao longo dos anos, especialmente a partir do surgimento do LP, na década de 1950, seguido pela fita cassete e seu reproduzidor, o Walkman, pelo CD e o Discman, pelo DVD e pelo Blu-ray. Ressalta-se que a estrutura oligopolista da indústria fonográfica, nos moldes em que é conhecida na atualidade, baseada em um modelo vertical de negócio, no qual as etapas de elaboração de um álbum, incluindo a gravação, a distribuição, a divulgação e a comercialização do mesmo, concentram-se nas mãos de grandes produtoras, foi inaugurada justamente com o advento do LP e teve, no desenvolvimento de todos os suportes mencionados anteriormente, a base da sua lucratividade e do seu crescimento, proporcionando o *status* econômico atingido por essa indústria. Ao mesmo tempo, conforme relatado no primeiro capítulo desta pesquisa, o aprimoramento dos formatos possibilitou não apenas a expansão da pirataria, como também o aumento na qualidade da música pirateada, o que, por via de consequência, trouxe prejuízos financeiros a aludida indústria, com a queda das vendas.

O desenvolvimento do formato compacto do MP3 e a massificação da Internet, a partir da década de 1990, alçaram o fenômeno da difusão ilegal de música a um patamar bem mais alarmante do que aquele vivenciado até então, ao romper com as barreiras físicas de circulação de bens intelectuais. O surgimento das plataformas de compartilhamento P2P,

a exemplo do Napster, mostrou que, a partir daquele momento, a música era capaz de viajar o mundo com apenas alguns cliques e sem nenhum custo, bastando o acesso à rede mundial de computadores.

Não restam dúvidas de que a arquitetura técnica aberta da Internet da década de 1990, que viabilizou a interconexão entre redes de computadores, a partir de qualquer lugar do planeta e com a facilidade proporcionada pelos navegadores, contribuiu para um deslumbramento inicial das pessoas no tocante à noção de acesso, gerando uma falsa sensação de que todo o conteúdo disponibilizado na rede deveria ser livre e gratuito, sob a bandeira de que a informação queria ser livre. De fato, a informação é livre, mas isso não implica no compartilhamento gratuito e indiscriminado de conteúdo pela Internet, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

Acontece que essa “cultura do grátis”, desenvolvida com a expansão da rede e que se alastrou ao ponto de afetar a indústria musical, não foi o único fator que ocasionou o aumento da pirataria no final do século XX e início do XXI. Embora essa ideologia da liberdade e da gratuidade da Internet tenha desempenhado um papel importante na proliferação dos compartilhamentos ilegais que marcaram a virada do milênio, a postura adotada pela indústria fonográfica ao longo do século XX também ajudou a fomentar essas condutas ilícitas ostentadas pelos consumidores de conteúdo musical.

Explica-se: a estrutura oligopolista que sustentou o reinado das grandes produtoras fonográficas durante o século XX só foi possível por causa das decisões e dos comportamentos, muitas vezes abusivos, assumidos por essas empresas. Conforme explica Santiago Piñeros Durán:

No ha sido entonces la piratería, digital o analógica, la principal ni la única razón por la que el negocio de la música presenta cifras alarmantes.

(...)

Podría decirse que la situación de la industria de la música actualmente se debe a las mismas decisiones empresariales de las compañías discográficas. *La forma en que se ha dado la venta de productos, sus estrategias de marketing, su estructura oligopólica y el agotamiento de ciertos repertorios musicales son algunas de las decisiones que han tornado para amoldar el mercado prácticamente en contra suya. Por su parte, los precios abusivos, la venta del producto de forma atada, la escasa oferta musical alternativa, la criminalización de usuarios por el intercambio de ficheros en internet, y la falta de recepción de las inquietudes y solicitudes de los usuarios, hacen pensar que estas conductas de la industria han estimulado la piratería y los usos gratuitos que se propagan en las redes digitales. Todos estos factores han permitido la entrada de la piratería como un nuevo agente del mercado. Aun partiendo de la aceptación de la piratería como una práctica ilegal, debemos reconocer que la misma ha sido provocada por la industria y sus excesos en la capacidad de producción.*

“Si las empresas hubiesen sido capaces de reducir los precios cuando la tecnología

redujo los costos por las economías de escala, probablemente los niveles de piratería no serían los actuales. Esto se sustenta con *el gran impacto que tiene el factor de los altos precios como motivación de los consumidores a buscar formas alternativas de acceder a la música*” (HERNANDEZ, 2009, p. 16).⁷⁷¹ (grifos nossos)

Fato é que a tecnologia digital e a Internet atenderam aos anseios do público consumidor de música, facilitando o acesso gratuito a uma quantidade ilimitada e diversificada de conteúdo, sem a vinculação a uma ordem fixa de faixas, como acontecia no modelo das mídias físicas. Se antes a indústria musical precisou competir com os baixos preços dos discos piratas, agora o desafio era rivalizar com a disponibilização gratuita de música. E a primeira postura adotada por esses atores de mercado foi criar uma “guerra contra a pirataria”, seja por meio de um discurso nesse sentido, seja pela judicialização de casos envolvendo empresas de tecnologia e usuários, nos termos do que foi apresentado no primeiro capítulo desta pesquisa, seja ainda através da pressão exercida sobre os governos para enrijecer os regimes de proteção à propriedade intelectual, a partir de modificações nas legislações internas e nos tratados internacionais.

Acontece que essa estratégia mais combativa da indústria cultural não logrou grandes êxitos, tendo em vista a constante reinvenção e a sobrevivência das plataformas de compartilhamento ilegal de conteúdos. Tudo levava a crer que a Internet dismantalaria a pomposa indústria fonográfica que havia se estruturado e se fortalecido ao longo do século XX. Ao mesmo tempo, esse cenário gerou uma expectativa positiva aos autores e artistas, no sentido de que a produção a baixos custos, viabilizada pela tecnologia digital e pela Internet, conjugada com o fim dos grandes atores de mercado, quais sejam, as editoras e gravadoras, possibilitariam uma desintermediação do mercado que facilitaria uma

⁷⁷¹ Tradução livre: “[n]ão tem sido, então, a pirataria, digital ou analógica, a principal nem a única razão pela qual o negócio da música apresenta números alarmantes. (...) Pode-se dizer que a situação da indústria da música atualmente se deve às próprias decisões empresariais das gravadoras. A forma pela qual se deu a venda de produtos, suas estratégias de marketing, sua estrutura oligopolista e o esgotamento de certos repertórios musicais são algumas das decisões que moldaram o mercado contra elas mesmas. Por sua parte, os preços abusivos, a venda casada de produtos, a escassa oferta musical alternativa, a criminalização dos usuários pela troca de arquivos na internet, e a falta de acolhimento das inquietudes e das solicitações dos usuários sugerem que estas condutas da indústria estimularam a pirataria e os usos gratuitos que se propagam nas redes digitais. Todos estes fatores permitiram a entrada da pirataria como um novo agente do mercado. Mesmo a partir da aceitação da pirataria como uma prática ilegal, devemos reconhecer que a mesma foi provocada pela indústria e seus excessos na capacidade de produção. ‘Se as empresas tivessem sido capazes de reduzir os preços quando a tecnologia reduziu os custos das economias de escala, provavelmente os níveis de pirataria não seriam os atuais. Isso se sustenta pelo grande impacto que o fator de preços altos tem como motivação para os consumidores procurarem formas alternativas de acessar a música’ (HERNANDEZ, 2009, p. 16)”. DURÁN, Santiago Piñeros. Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 17, p. 5-29, 29 nov. 2013. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3578/3659>>. Acesso em: 15 mar. 2017. p. 12.

aproximação desses autores e artistas com o público, de forma a estimular as negociações diretas entre eles, garantindo, inclusive, remunerações mais justas aos autores e artistas. Conforme demonstrado ao longo do trabalho, essas expectativas não se concretizaram.

O fim da década de 1990 e o início dos anos 2000 marcaram o surgimento de novos modelos de negócio, que foram capazes de atender às demandas dos usuários por acesso e, ao mesmo tempo, possibilitaram a monetização dos conteúdos disponibilizados na rede. O primeiro modelo de sucesso foi inaugurado pela Apple, com o lançamento do *iTunes Music Store*, em 2003, empreendimento que investiu na venda digital de música. Na sequência, as empresas de tecnologia se empenharam no desenvolvimento do *streaming* e o resultado foi o crescimento e a popularização dos serviços baseados nessa tecnologia, especialmente a partir da segunda metade dos anos 2000. Conforme observam Marcelo Kischinhevsky, Eduardo Vicente e Leonardo de Marchi:

Um aspecto fundamental para se entender o êxito dos serviços de *streaming* reside em terem se apresentado aos tradicionais agentes da indústria da música como sendo um empreendimento capaz de rivalizar com o compartilhamento gratuito de conteúdos digitais através de programas P2P. Ao impedirem seus usuários de baixarem e intercambiarem os arquivos digitais entre si, as empresas de *streaming* provaram deter os meios técnicos para controlar o usufruto dos conteúdos digitais e, assim, puderam negociar com artistas, gravadoras e editoras, os quais lhes permitiram comercializar seus catálogos no ambiente digital. Isso os transformou em atores capazes de desenvolver um modelo de negócio atrativo para os consumidores e que consegue gerar certo retorno financeiro para os titulares dos direitos autorais e conexos das obras com que lidam.⁷⁷²

Não foi sem desafios que esse modelo se instaurou. Além dos substantivos investimentos em tecnologia, necessários para a operação dos serviços, dos gastos com *marketing* e com o pagamento dos direitos autorais e conexos, as plataformas ainda lidam com barreiras estruturais, tais como problemas com a conectividade com a Internet em muitas regiões do mundo, e dificuldades relacionadas ao acesso a *smartphones* de tecnologia razoável, já que o serviço foi pensado para o consumo através de aparelhos móveis, exigindo, por via de consequência, um padrão de vida financeiro que muitas pessoas não possuem⁷⁷³.

⁷⁷² KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017. p. 305.

⁷⁷³ VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 24.

Todas essas questões não impediram a expansão do modelo de negócios em debate, tanto que, em 2018, o *streaming* alcançou a fatia de 46,9% (quarenta e seis vírgula nove por cento) do mercado global de música.

A tática das plataformas de *streaming* de oferecer duas modalidades de assinaturas, sendo uma delas paga e a outra gratuita, com a inserção de anúncios publicitários entre as faixas, foi importante para garantir o êxito do negócio. Conforme explica Andressa Nunes Soilo, “a ‘gratuidade’ em questão aparece não como uma estratégia espontânea, mas como um artifício de captura desencadeado pela ‘naturalização’ do grátis no entretenimento, mobilizado, especialmente, pela ‘pirataria’ digital”. Nesse sentido, o “gratuito” é utilizado pelos serviços de *streaming* como uma forma de “resgatar o usuário que se encontra no campo da ilegalidade, e (re)situá-lo no universo da legalidade”⁷⁷⁴, para, a partir daí, incentivá-lo a migrar para a modalidade paga do serviço, que oferece mais vantagens, por um preço baixo, conforme demonstrado neste capítulo⁷⁷⁵. Trata-se de um mecanismo de atração dos usuários e de mudança nos hábitos de consumo de música *online* que tem funcionado, tanto que, em 2018, foram identificados 255 (duzentos e cinquenta e cinco) milhões de assinantes de serviços pagos no mundo.

Por outro lado, apesar de uma relutância inicial, com o tempo, os tradicionais atores do mercado musical enxergaram no *streaming* uma forma de sobreviver ao ambiente digital, o que ocasionou nas negociações de direitos empreendidas pelas editoras ou por suas associações, na condição de representantes e/ou cessionárias dos direitos dos compositores, e pelas gravadoras, na condição de titulares originárias dos direitos conexos sobre os fonogramas e de cessionárias dos direitos conexos de intérpretes e executantes. Assim sendo, na posição de detentoras da principal matéria-prima desses serviços – os direitos autorais e conexos – as editoras e gravadoras conseguiram retomar parte do poder de barganha até então enfraquecido pelo crescimento dos compartilhamentos ilícitos no início do milênio.

Essa situação pode ser verificada a partir da leitura do relatório da IFPI, de abril de 2019, referente ao estado do mercado musical em 2018, onde constam informações que denotam a movimentação e o investimento da indústria fonográfica no ambiente digital, na

⁷⁷⁴ SOILO, Andressa Nunes. *Habitando a distribuição do entretenimento: o regime de propriedade intelectual, a tecnologia streaming e a “pirataria” digital* em coautoria. 2019. 290 p. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/200183/001103184.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 dez. 2019. p. 70.

⁷⁷⁵ As assinaturas, atualmente, giram em torno de R\$ 16,90 (dezesseis reais e noventa centavos) por mês e possibilitam o acesso a um amplo repertório de músicas.

busca de estudar o comportamento do público consumidor de música *online* e de atender às novas demandas surgidas nesse contexto. Nessa perspectiva, a indústria se deparou com um público mais jovem, dinâmico e, principalmente, mais aberto e interessado em consumir conteúdos diversificados, diferentes estilos de música, de distintos lugares do mundo. Com base nisso, uma das estratégias dessa indústria foi investir na descoberta de novos talentos, cuja música refletisse fortes traços das culturas locais, e na construção da carreira desses artistas, não apenas em nível local, mas também internacional.

Fica evidenciado, portanto, que o *streaming* possibilitou modificações positivas na estrutura do mercado musical, tais como: (a) a alteração na mentalidade de muitos usuários da rede, convencendo-os a aderir ao modelo de consumo pago e lícito; (b) a oferta de extensos repertórios musicais a custos baixos, o que tem atraído cada vez mais usuários; (c) a oportunidade de expansão global dos serviços, alcançando gradativamente territórios onde o consumo musical era pequeno ou inexistente e, nesse sentido, ampliando o acesso a esses conteúdos; (d) a diversificação dos repertórios ofertados, possibilitando que ritmos tipicamente locais sejam difundidos em âmbito mundial. A análise do *streaming* sob a perspectiva dessas mudanças, conjugada com o fato de que aludido modelo de negócios opera na legalidade, negociando os direitos autorais e conexos com seus titulares, indica, em certa medida, uma democratização do acesso à cultura e, por essa razão, sugere a conformidade desses serviços com os anseios da função social do direito autoral, ao conseguir conciliar proteção com acesso.

Contudo, a situação não é tão simples quanto parece. Embora as plataformas dediquem cerca de 70% (setenta por cento) das suas receitas à quitação dos direitos autorais e conexos, cujas negociações com as editoras e gravadoras, muitas vezes, demandam o pagamento de valores antecipados e mínimos garantidos, independentemente, inclusive, da base de usuários e das receitas efetivamente auferidas por esses serviços, o cenário de descontentamento de autores e artistas ainda prevalece. Conforme demonstrado, de acordo com as pesquisas não oficiais feitas pelos sites *The Trichordist* e *Digital Music News*, os montantes quitados pelas plataformas, por *view*, representam cifras baixíssimas, geralmente, inferiores ao valor de um centavo de dólar, o que demanda uma larga base de usuários para que os serviços sejam rentáveis e possibilitem maior repasse aos titulares. Além disso, falta transparência por parte das plataformas no tocante à divulgação das formas com que são realizados os cálculos e as divisões de *royalties* entre os titulares, causando ainda mais insatisfação nestes.

Esses são fatores que atuam no sentido contrário aos pressupostos da função social dos direitos autorais. De fato, a questão da democratização do acesso à cultura com a cobrança de valores mais justos dos consumidores, pelo oferecimento dos serviços de *streaming* de música, foi um passo importante para o atendimento dos interesses da coletividade. No entanto, esse acesso não pode acontecer à revelia dos direitos de autores e titulares de direitos conexos. Conforme raciocínio desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho, a função social desses direitos pressupõe um equilíbrio entre os interesses da coletividade e os dos criadores, o que significa dizer que estes também merecem ser remunerados de forma justa pela exploração de suas obras, interpretações, execuções e produções.

Aliás, a proteção autoral tem como propósito compensar autores e artistas pelas contribuições criativas por eles oferecidas à sociedade que, ao fim do prazo legal de proteção, passarão a compor o patrimônio cultural da humanidade. Isso demonstra não apenas a relevância do trabalho desempenhado por essas pessoas, mas também a importância em as compensar por isso, o que, funciona, inclusive, como um estímulo para a elaboração de futuras criações. Em suma, não adianta melhorar o acesso à cultura se isso importar no sacrifício dos meios de sobrevivência das pessoas que produzem essa cultura.

Por outro lado, embora os dados mercadológicos apontem um aumento gradual e considerável dos proveitos auferidos pelos serviços de *streaming*, estes alegam que trabalham com margens apertadas de receitas, tendo em vista todos os gastos que possuem – comentados anteriormente – e que, na maioria das vezes, ainda operam com altos prejuízos, a exemplo do Spotify, cujo primeiro lucro da sua história foi registrado somente no último trimestre de 2018, a despeito de a plataforma funcionar desde 2008. Dentre os diversos custos necessários para a manutenção dos serviços, o maior deles está relacionado com o pagamento de direitos autorais e conexos, cujo repasse gira em torno de 70% (setenta por cento) das receitas das plataformas, dos quais, em média, 61% (sessenta e um por cento) são repassados às gravadoras, enquanto os 9% (nove por cento) restantes são destinados às editoras.

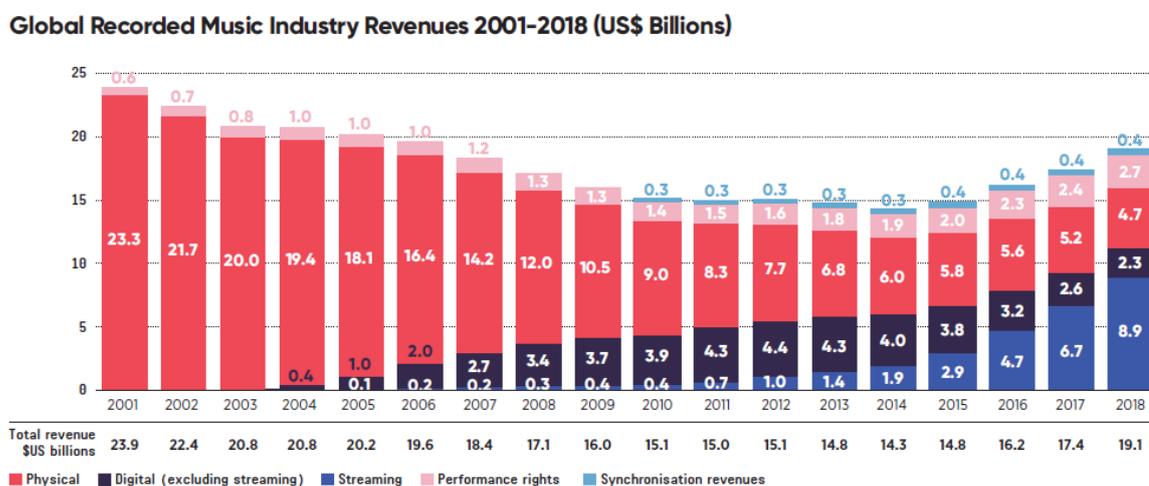
Contudo, existe um fator que compõe o cenário estudado que precisa ser levado em consideração nesta análise: “o meio digital provoca transformações na escassez artificial que é a razão de ser do direito autoral”⁷⁷⁶. Em outras palavras, a imaterialidade

⁷⁷⁶ VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em:

proporcionada pela tecnologia digital e a facilidade na circulação das obras com o advento da Internet contribuíram para tornar os bens intelectuais inesgotáveis, diferentemente do que acontecia na era dos suportes físicos, em que a distribuição de um número limitado de exemplares podia levar ao seu esgotamento no mercado. Isso influenciava nos preços das obras, que oscilavam conforme a demanda.

Essa transição de um consumo baseado na posse para um consumo estruturado no acesso, em que a comunicação dos bens ao público acontece de forma irrestrita e ilimitada, gera uma tendência de queda nos preços de aludidos bens, justamente por diminuir a escassez dos mesmos. A consequência prática disso é que a comercialização de música através dos serviços de *streaming* dificilmente alcançará as altas cifras obtidas pela indústria fonográfica com a venda das mídias físicas. É natural, portanto, que a gradual substituição de um modelo pelo outro proporcione uma diminuição nos padrões de receitas do mercado musical. Entretanto, apesar de essa indústria vivenciar um longo período de constantes quedas das vendas de mídias físicas, o que gerou um cenário de decréscimo do mercado durante algum tempo, nos últimos anos, aludida indústria tem recuperado o fôlego e voltado a aumentar as suas receitas, tanto que o ano de 2018 registrou um crescimento de 9,7% (nove vírgula sete por cento) das receitas globais, representando o maior percentual de crescimento desde 1997, quando a IFPI iniciou o rastreamento do mercado. Segue uma tabela extraída do relatório da IFPI de 2019, que retrata a situação desse mercado no período de 2001 a 2018:

Tabela 3: Receitas globais da indústria fonográfica no período de 2001 a 2018 (valores em bilhões de dólares)



Fonte: IFPI. *IFPI Digital Music Report 2019*. [S.l.]: IFPI, 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 07 de out. 2019. p. 13.

Se, de um lado, a classe artística vem protestado contra os baixos repasses de valores pelas plataformas e, de outro, esses prestadores de serviços alegam operar ainda no prejuízo, quem, afinal, tem mais se beneficiado com esse modelo de negócios? A resposta parece estar nos atores intermediários da indústria fonográfica: as editoras e, principalmente, as gravadoras, grandes detentoras, respectivamente, dos direitos autorais e conexos. Isso porque, conforme demonstrado, as negociações dos licenciamentos das obras musicais e dos fonogramas que compõem os repertórios das plataformas, na maioria das vezes, são realizadas com essas empresas. Isso significa que a maior parte das receitas das plataformas, que é destinada ao pagamento de *royalties* – cerca de 70% (setenta por cento), nos termos já comentados anteriormente –, é quitada diretamente às editoras e gravadoras. Essas, por sua vez, vão se encarregar de realizar os repasses aos autores e aos intérpretes e executantes, de acordo com os contratos firmados com cada um destes, cujas previsões normalmente incluem o cálculo da remuneração a partir de um percentual dos montantes auferidos por aludidas editoras e gravadoras.

Isso demonstra que aquela expectativa de que o *streaming* seria capaz de romper com a concentração do mercado musical não se concretizou. Nessa perspectiva, autores e artistas acabam se mantendo vinculados à estrutura oligopolista da indústria fonográfica, cujo poder ainda se concentra nas mãos das *majors*, as quais detêm um catálogo extenso de direitos de vários artistas, fruto de antigos contratos de cessão, além da sua estrutura e *know-how* já consolidados que ainda conferem bastante importância na sua atuação no mercado.

Em outras palavras, muitos autores e artistas permanecem atados aos modelos de contratações tradicionais, cujas cláusulas, não raro, apresentam disposições abusivas, com baixos percentuais de repasses. No atual cenário, em que as receitas com os serviços de *streaming* não alcançam as mesmas cifras dos formatos físicos, isso implica em menores remunerações aos autores e artistas.

Desta feita, a tecnologia digital e a Internet não proporcionaram a desintermediação do mercado musical, muito menos o desmantelamento da indústria fonográfica, conforme havia se previsto no passado. Muito pelo contrário: além da presença muito marcante dos tradicionais intermediários dessa indústria (editoras e gravadoras), o advento dos novos modelos de negócios, a exemplo dos serviços de *streaming*, viabilizou a entrada de novos atores nesse contexto, como foi o caso das empresas de tecnologia e das agregadoras, causando uma reestruturação e uma reintermediação desse mercado. Nesse sentido, apontam Pedro Augusto P. Francisco e Mariana Giorgetti Valente que

O possível desmantelamento das *majors* não é tão evidente como poderia parecer. Pelo contrário, alguns desenvolvimentos mostram que o discurso da crise serviu inclusive para produzir maior concentração no setor, e que, ao passo que a indústria fonográfica em si, ainda que com rendimentos menores, nunca deixou de ser lucrativa – ela tem encontrado formas de se revigorar, seja via participação em empresas de tecnologia como agregadoras e mesmo plataformas, seja por meio de novas formas contratuais, como os contratos 360, que garantem novos rendimentos – também mediante concentração. A percepção de que o streaming é uma forma de combate à pirataria está intimamente associada a esse entusiasmo. É verdade que as tecnologias digitais permitiram a diminuição de custos na cadeia de produção: o *encoding* de MP3 é disponível para qualquer pessoa, as tecnologias digitais de gravação caseira são relativamente baratas e confiáveis, a disseminação e promoção de novos artistas é possível via mídias sociais, agregadoras permitem o acesso às plataformas de venda e streaming de música. Mas observa-se, também, que a promoção em mídias sociais já encontra seus limites na colonização desses espaços por atores tradicionais da indústria, e, no espaço que sobra, a disputa por atenção é acirrada. Está claro, também, que a distribuição verdadeiramente massiva, ou a participação no mercado *mainstream* global, ocorre ainda via *majors*, que detêm o capital necessário em promoção, *marketing*, e por funcionarem como *gatekeepers* na grande mídia.⁷⁷⁷

Identifica-se, no cenário apresentado, que a incapacidade dos serviços de *streaming* de provocar a desintermediação do mercado musical vai justamente ao encontro das preocupações de José de Oliveira Ascensão e Allan Rocha de Souza, apresentadas nos

⁷⁷⁷ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. Conclusões. IN: _____ (Org.). *Da rádio ao streaming*: ECAD, direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 371-378. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 376-377.

primeiros capítulos deste trabalho, quais sejam, de que o direito autoral tem sido utilizado como uma poderosa ferramenta da indústria cultural para a proteção dos seus interesses e, por via de consequência, tem se transformado em um direito da empresa intermediária, deturpando a própria razão de ser desse ramo do direito, e interferindo negativamente na sua função social.

Isso porque, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa, a maior parte das medidas tomadas no sentido de aumentar a proteção autoral de forma exacerbada, por vezes em prejuízo injustificado dos interesses da coletividade, e nem sempre em benefício dos interesses dos autores e artistas – para quem o direito autoral efetivamente se destina –, partiu da iniciativa desses atores intermediários da indústria cultural, na sua maioria, multinacionais sediadas em países desenvolvidos, sob o fundamento de que é necessário proteger o investimento.

Uma situação que sugere esse comportamento parcial da indústria fonográfica diz respeito à relutância destes atores em aceitar a legitimidade do ECAD para arrecadar direitos de execução pública das plataformas de *streaming*. Conforme comentado anteriormente, na ocasião em que o Ministério da Cultura abriu prazo para consulta pública sobre a Instrução Normativa que regularia a incidência dos direitos de execução pública nos serviços oferecidos por essas plataformas, alguns representantes da indústria fonográfica, a exemplo da ABPD (Pró-Música Brasil), da IFPI e da RIAA, manifestaram-se em sentido contrário à postura adotada pelo MinC. Ademais, nos termos do que observa Rodrigo Moraes Ferreira, essa relutância dos produtores fonográficos também pôde ser verificada nas Atas de Assembleias Gerais do ECAD, onde consta a discordância de entidades representantes do setor fonográfico, como a ABPD e a ABMI, no que concerne à incidência dos direitos de execução pública nos serviços de *streaming* interativo⁷⁷⁸.

Essa discordância muito provavelmente se deve ao fato de que a atuação do ECAD interferiria na sua liberdade de negociação de *royalties* diretamente com as plataformas, isso sem deixar de mencionar que, pelo sistema da gestão coletiva dos direitos de execução pública, a maior parte dos valores arrecadados, isto é, dois terços das receitas, no caso da música mecânica, são destinados à parte autoral (compositores), de modo que o terço restante é dividido entre intérpretes, executantes e produtores fonográficos, o que impactaria nos montantes auferidos por esses produtores.

⁷⁷⁸ FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 331-336.

Por esse motivo, entende-se que a decisão do STJ, no *leading case* OI x ECAD, pelo reconhecimento da legitimidade do ECAD para arrecadar direitos de execução pública das plataformas de *streaming* representou uma atitude importante. A despeito das críticas destinadas à atuação do ECAD, em aspectos como a transparência dos valores distribuídos aos titulares de direitos, o que, inclusive, ocasionou na reforma da Lei n. 9.610/1998, a partir da aprovação da Lei n. 12.853/2013, que modificou vários dispositivos que tratavam da gestão coletiva na primeira lei, acredita-se que o ECAD ainda seja uma das melhores opções para remunerar autores, intérpretes e executantes pelo uso de suas obras, interpretações e execuções. Em operação desde 1977, o ECAD se estruturou e consolidou a sua atuação em todo o território nacional. Portanto, apesar de todas as críticas, trata-se de um modelo de arrecadação e distribuição de direitos que funciona.

Nessa perspectiva, considerando que as redações de alguns dispositivos da Lei n. 9.610/1998 dão margens suficientes para interpretar que os serviços de *streaming*, interativos ou não, ensejam a incidência do direito de execução pública, a decisão do STJ por classificá-los desta forma configura uma opção política que acaba por privilegiar os interesses, principalmente, dos compositores e dos músicos executantes, já que estes últimos geralmente só recebem um cachê nas negociações com as gravadoras.

O que se depreende de todo o exposto é que o entusiasmo por trás dos serviços de *streaming*, como um modelo de negócios que materializaria os anseios da função social do direito autoral não corresponde totalmente às expectativas criadas. Isso porque, embora, de fato, esses serviços tenham contribuído positivamente para as mudanças nos hábitos dos usuários da rede, atraindo-os para um consumo legalizado de música, por preços baixos e acessíveis a uma maior quantidade de pessoas, além de possibilitarem maior diversidade na oferta de música, eles seguem enfrentando problemas com a transparência de informações, apresentam um funcionamento ainda muito atrelado às condições, por vezes, abusivas dos intermediários tradicionais da indústria fonográfica, o que repercute no repasse de valores muito baixos aos titulares originários de direitos.

Assim sendo, a despeito de essa tecnologia ter dado um passo importante no sentido de propiciar um maior e melhor acesso aos produtos musicais pelos consumidores, ela ainda enfrenta dificuldades em conciliar o interesse destes com o dos titulares de direitos autorais e conexos. Isso corrobora o entendimento de que permanece sendo um desafio muito grande atender aos anseios da função social do direito autoral na atual Era da Informação.

CONCLUSÕES

A tecnologia, a proteção autoral e as violações a esses direitos são fenômenos que se inter-relacionam e, de certa forma, convivem na sociedade. Primeiro surge a tecnologia, cujo uso gera mudanças na dinâmica social que, na maioria das vezes, demandam respostas jurídicas para regular os eventos e os comportamentos alterados pelo manuseio dessa tecnologia. No ramo artístico e intelectual, essa reação do direito pode ser provocada por aspectos positivos, como o desenvolvimento de novas espécies de bens intelectuais protegíveis ou novas formas de exploração desses bens que, além de oportunizar uma contraprestação aos seus criadores, também estimula a própria criação em si e que, ao final do prazo de proteção de aludidos bens, estes são agregados ao patrimônio cultural da humanidade. Mas, de forma diversa, essa reação jurídica também pode ser causada pela necessidade de se coibir comportamentos violadores dos direitos autorais.

Não é incomum que o desenvolvimento de uma tecnologia provoque os dois tipos de repercussões, positivas e negativas, a exemplo do que aconteceu nos primórdios da proteção autoral, com o surgimento da máquina de impressão, que viabilizou a maior difusão das obras literárias e, ao mesmo tempo, facilitou as cópias não autorizadas dessas obras. Ressalta-se que, ao longo da história, muitos avanços tecnológicos oportunizaram a aferição de vantagens e benefícios por autores e artistas, na mesma medida em que possibilitaram usos ilícitos de obras intelectuais, prejudicando aludidos personagens. Foi o que aconteceu durante o processo de estruturação da indústria musical, marcada por várias dessas dicotomias, em que uma tecnologia proporcionava a difusão das obras musicais e, concomitantemente, criava novas oportunidades de usos não autorizados. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que a tecnologia foi importante para o desenvolvimento dessa indústria, ela também contribuiu para as dificuldades por ela enfrentadas.

Nessa perspectiva, conforme explanado ao longo deste trabalho, a indústria fonográfica, nos moldes em que é conhecida na atualidade, com destaque para a figura das grandes produtoras/gravadoras e editoras – especialmente das *majors* – foi inaugurada com o surgimento do LP na década de 1950. A maioria dos avanços tecnológicos que sucedeu o LP, tais como a fita cassete, o *laserdisc*, o CD, o DVD e o Blu-ray, contribuiu para o crescimento e a estabilização dessa indústria que, não só investiu massivamente na produção de música e no lançamento de artistas, como também lucrou bastante com esses investimentos e com as vendas de todas essas mídias. De outra sorte, as tecnologias que

acompanharam o aperfeiçoamento desses formatos também oportunizaram o desenvolvimento de mecanismos de gravação pelos usuários, que possibilitaram a expansão das vendas de discos pirateados, causando impactos nas receitas auferidas pela indústria fonográfica, desde a segunda metade do século passado.

Mas um dos fenômenos que mais impactou não apenas o mercado da música, como também a sociedade de um modo geral, foi a criação e a evolução da Internet. Inicialmente concebida como uma rede desinteressada, voltada para a troca de informações, com fins precipuamente militares e acadêmicos, ao longo dos anos, ela foi sendo reestruturada e universalizada para possibilitar a conquista de novos mercados. A circulação de dados e informações a nível global, possibilitada pela Internet, representou uma verdadeira revolução na sociedade, inaugurando um período que ficou conhecido como a Sociedade da Informação, caracterizada pelo uso das tecnologias como grandes fomentadoras da geração de conhecimentos, do processamento de informações e da comunicação de dados, tudo isso como fonte de produtividade dessa sociedade.

A transformação da noção de acesso proporcionada pela expansão da Internet elevou a importância do direito à informação e, ao mesmo tempo, influenciou na construção de uma mentalidade entre os internautas de que todo conteúdo compartilhado na rede deveria ser livre e gratuito – o que ficou conhecido como “cultura do grátis” –, de modo que, para os mais entusiastas das novas tecnologias, a Internet deveria ser um espaço livre do Direito. Ocorre que aquela rede inicialmente desinteressada evoluiu, ao longo dos anos, e se transformou em um poderoso veículo de publicidade, comércio e operações financeiras, dominado por grandes empresas de tecnologia – a indústria pontocom –, o que tornou insustentável a concepção da Internet como um espaço livre do Direito. Venceu, portanto, a tese da juridificação da Internet, cujos principais defensores, profissionais do Direito Intelectual, argumentaram que as regras do Direito vigente já eram passíveis de serem aplicadas no ambiente digital.

Não restam dúvidas, outrossim, de que um dos ramos do Direito bastante afetados pelo desenvolvimento da Internet foi o dos Direitos Autorais. A popularização da Internet comercial a partir da década de 1990 e os aprimoramentos na rede proporcionados pela banda larga e pela tecnologia *wireless* lançaram novos desafios para a proteção desses direitos, pois viabilizaram a circulação de obras intelectuais através da rede mundial de computadores, isto é, de forma imaterial e para qualquer pessoa do planeta, a um baixo custo, rompendo as barreiras físicas da distribuição de conteúdos e em uma velocidade cada vez

maior.

Esses avanços da Internet conjugados com o advento do formato compacto do MP3 geraram reflexos principalmente na dinâmica da indústria fonográfica, pois facilitaram sobremaneira a reprodução e o intercâmbio de obras musicais pelos próprios usuários, especialmente a partir dos *softwares* de compartilhamento *peer-to-peer*, a exemplo do Napster. Combinado com a disseminação da “cultura do grátis”, esse cenário resultou em um crescimento exponencial da pirataria, alçando-a a um patamar alarmante. A partir de então, a indústria fonográfica passou a vivenciar uma queda preocupante nas suas receitas, levando-a a reagir a esse contexto. A primeira escolha feita por essa indústria foi adotar uma postura defensiva e combativa, fomentando o discurso antipirataria e judicializando a sua insatisfação e os seus prejuízos financeiros através de ações movidas em face não apenas das empresas de tecnologia que possibilitavam o compartilhamento livre e gratuito de conteúdo, mas também dos usuários que compartilhavam esse conteúdo.

Acredita-se que a opção pela via contenciosa para lidar com as plataformas de compartilhamento *online*, no lugar da tentativa de formalizar, desde o começo, licenciamentos com essas empresas – o que foi intentado, inclusive, pelo Napster, conforme comentado no primeiro capítulo deste trabalho –, não representou a melhor estratégia adotada pela indústria fonográfica, do ponto de vista mercadológico. Além de ter se caracterizado como uma medida impopular, especialmente por causa dos processos iniciados contra os usuários – também consumidores dos produtos fonográficos –, entende-se que essa tática não foi suficiente para eliminar as práticas ilegais de compartilhamento de conteúdos e, ao mesmo tempo, apenas retardou a emergência dos modelos de negócios digitais. Em outras palavras, acredita-se que a indústria fonográfica poderia ter auferido alguma margem de lucro e evitado a insatisfação de milhões de internautas, se tivesse adotado, desde o princípio, uma postura amistosa em relação a esses modelos de negócios.

Fato é que muitas foram as perdas de receitas suportadas pela indústria fonográfica, com o decréscimo das vendas de mídias físicas, a partir dos anos 2000. Esse cenário do início do milênio gerou uma expectativa de que o ambiente digital ocasionaria na derrocada dessa indústria. De outra sorte, a facilidade de acesso e do manuseio da tecnologia digital criou uma esperança de que autores e artistas seriam capazes de produzir e distribuir conteúdo musical a baixos custos e sem a necessidade de atuação dos grandes intermediários da indústria fonográfica, quais sejam, editoras e gravadoras, o que viabilizaria a sua aproximação com o público e garantiria melhores condições de remunerações. Contudo, não foi isso que efetivamente aconteceu.

Em meio a esse cenário de compartilhamentos ilícitos pela rede, o lançamento do *iTunes Music Store* pela Apple, em abril de 2003, inaugurou a primeira experiência de sucesso da venda digital de música, a partir do *download* das faixas pelos usuários, em troca do pagamento de um valor baixo, e isso permitiu que a indústria fonográfica começasse a retomar o fôlego em ordem de se inserir nesse mercado digital. Contudo, a recuperação do poder de barganha por aludida indústria só ganhou maior relevo com o advento e a popularização dos serviços de *streaming*, especialmente a partir da segunda metade dos anos 2000, com o surgimento de plataformas como o YouTube em 2005, o Deezer em 2007, o Spotify em 2008, entre tantas outras. O *streaming* nada mais é do que uma tecnologia que viabilizou a distribuição *online* de dados, através de pacotes, de uma maneira que esses dados possam ser reproduzidos na medida em que são recebidos pelo usuário, sem que haja o armazenamento desse conteúdo no disco rígido do dispositivo do usuário, diferentemente do que acontece no processo de *download*.

Essa tecnologia possibilitou a oferta de conteúdo musical, basicamente, de três formas: (a) a transmissão não interativa e simultânea da programação da rádio analógica em um *site* da Internet, o que ficou conhecido como *simulcasting*; (b) a transmissão não interativa de uma programação musical disponibilizada apenas em um *site* da Internet (“*an Internet-only transmission*”), isto é, no formato de uma web-rádio; (c) o *streaming* interativo ou sob demanda, no qual é disponibilizado um catálogo de músicas aos usuários que, por sua vez, podem acessar cada música individualmente, de forma randômica e assíncrona, de modo que a transmissão só se inicia quando o usuário assim determina. Enquanto os dois primeiros formatos geralmente são oferecidos de forma gratuita, com a inserção de publicidade durante a programação, o último habitualmente conta com duas modalidades de oferta de conteúdo: uma também gratuita com a inserção de publicidade, em que a interatividade é um pouco restrita, e a outra no modelo de assinatura paga, em que o usuário tem total liberdade na escolha do conteúdo a ser consumido.

Ocorre que, conforme comentado, o surgimento de uma tecnologia, naturalmente, lança um desafio para o Direito a respeito da escolha da melhor maneira de discipliná-la. Foi o que aconteceu com o *streaming*. Aliás, pode-se dizer que as primeiras discussões que refletiram na forma jurídica com que o *streaming* seria tratado precederam a própria tecnologia e refletiram os anseios proporcionados pela expansão da Internet comercial, tanto que os primeiros documentos jurídicos que lidaram com o ambiente digital foram os tratados da OMPI de 1996: o WCT e o WPPT. Em 1996, o *streaming* estava apenas

começando a ser desenvolvido pelas empresas de tecnologia.

De qualquer sorte, o WCT e o WPPT introduziram o chamado “direito de colocação à disposição do público”, cuja definição aberta incluía a comunicação de obras, interpretações, execuções e fonogramas ao público, de uma forma que os membros deste público pudessem acessá-los em um lugar e em um momento individualmente escolhido por cada pessoa. Em outras palavras, esse direito absorve a noção de interatividade no acesso, proporcionada pela Internet. Disciplinado como uma espécie do direito de comunicação ao público pelo WCT e como um direito autônomo pelo WPPT – mas associado, ainda que indiretamente, à comunicação ao público por este último –, os tratados conferiram uma margem de liberdade para os países signatários internalizarem nas suas legislações esse conceito. O resultado disso foi que cada país, de fato, optou por uma forma de prever esse direito.

A despeito dessa liberdade, é interessante notar que os países signatários dos tratados seguiram uma tendência em aproximar a colocação à disposição do público do direito de comunicação ao público. Esse foi o padrão observado nas legislações analisadas neste trabalho: (a) a Diretiva 2001/29/CE da União Europeia disciplinou o direito de colocação à disposição do público como uma espécie do direito de comunicação ao público; (b) a França optou por não alterar seu texto legal por entender que esse direito já estava abarcado pelo direito de representação, que nada mais é do que o direito de comunicação ao público; (c) os Estados Unidos também não modificaram a sua legislação, por considerarem que a “Cláusula de Transmissão” (“*Transmit Clause*”), que faz parte do direito de execução pública (“*public performance right*”), abrange a ideia da colocação à disposição do público, trazida pelos tratados da OMPI.

O resultado desses debates jurídicos inaugurados com o advento dos tratados da OMPI foi a subsunção dos serviços de *streaming* na disciplina da comunicação ao público, ao menos nos países analisados. Seja porque nos formatos não interativos, isto é, no *simulcasting* e no modelo *Internet-only*, os regimes jurídicos dos países optaram por aplicar as mesmas regras ou regras muito parecidas com aquelas conferidas à radiodifusão – geralmente incorporada no direito de comunicação ao público, como nas legislações analisadas –, considerando a dinâmica parecida da transmissão de conteúdos em ambos os casos (no *streaming* e na radiodifusão); seja porque o *streaming* interativo foi subsumido ao direito de colocação à disposição do público, abarcado pela comunicação ao público.

Isso sem olvidar da incidência do direito de reprodução em todos os sistemas jurídicos abordados, tendo em vista a necessidade de produção de ao menos uma cópia das

obras e dos fonogramas no servidor das plataformas, a fim de viabilizar a disponibilização dos mesmos aos usuários. Ademais, especificamente nos Estados Unidos, o processo de *buffering*, que cria uma cópia provisória de fragmentos das obras e dos fonogramas na memória RAM dos dispositivos dos usuários, para que a visualização dos mesmos seja possível pelos internautas, dá ensejo a uma licença compulsória por esse ato de reprodução, o que não acontece na União Europeia, pois esse tipo de cópia provisória necessária para viabilizar o funcionamento de uma tecnologia é excepcionado do direito de reprodução europeu.

O Brasil, de outra sorte, ainda que não tenha aderido aos tratados da OMPI, adotou uma previsão muito semelhante a esses textos, a partir da previsão do inciso VII, do artigo 29, da Lei n. 9.610/1998, posterior aos tratados. Esse dispositivo acolheu a noção de interatividade do direito de colocação à disposição do público, mas vinculada ao direito de distribuição. Essa previsão conjugada com as definições abertas de “comunicação ao público” e de “execução pública” (espécie da primeira), conferidas pela legislação autoral pátria, suscitaram dúvidas acerca da classificação jurídica dos serviços de *streaming* e, por via de consequência, da legitimidade para negociação dos direitos autorais e conexos com as plataformas.

O ECAD, única entidade no país legitimada por lei a arrecadar os direitos de execução pública de obras musicais e fonogramas, entendia que todas as modalidades de *streaming* ensejavam a incidência desses direitos, motivo pelo qual ele passou a cobrar de emissoras de radiodifusão que disponibilizavam suas programações via *simulcasting*, bem como de plataformas que prestavam os serviços de *streaming* interativo, usualmente chamado de *webcasting*. A recusa dessas empresas em pagar o ECAD levou à judicialização de uma série de casos, voltados a discutir basicamente dois aspectos: (a) se o *streaming* interativo poderia ser considerado um ato de execução pública; (b) se o ECAD poderia realizar nova cobrança das emissoras que transmitiam a programação analógica também via Internet.

Por muito anos, as decisões judiciais dos Tribunais Estaduais convergiram, majoritariamente, no sentido de negar a legitimidade do ECAD para a cobrança em ambas as hipóteses, seja por entender que a recepção individualizada do conteúdo pelos usuários no *streaming* interativo caracterizava a execução como privada, afastando o direito de execução pública; seja por considerar que o pagamento feito pelas emissoras em decorrência da radiodifusão analógica incluía a possibilidade de elas retransmitirem a mesma

programação, simultaneamente, em um *site* da Internet, de modo que nova cobrança pelo ECAD configuraria duplicidade.

Esse cenário se alterou em 2017, quando o STJ proferiu decisão em Recurso Especial, no caso OI x ECAD, no sentido de considerar: (a) a Internet como um local de frequência coletiva; (b) a incidência do direito de execução pública no *streaming* interativo ou *webcasting*; e (c) o *simulcasting* como novo fato gerador de cobrança do direito de execução pública. O resultado, portanto, foi a determinação da legitimidade do ECAD para a cobrança de direitos de execução pública de todas as modalidades de *streaming*.

Após a análise dos tratados internacionais, de alguns sistemas jurídicos estrangeiros, das decisões judiciais comentadas, do texto legal pátrio e de alguns posicionamentos doutrinários, concluiu-se que as definições amplas de “comunicação ao público” (artigo 5º, inciso V) e de “execução pública” (artigo 68, parágrafo 2º) da legislação autoral brasileira dão margens suficientes para enquadrar os serviços de *streaming*, inclusive na modalidade interativa, no escopo desses direitos, não porque a Internet se caracterize necessariamente como um local de frequência coletiva, como argumentado pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva na decisão do STJ, mas pelo fato de que esses serviços se qualificam como uma “transmissão por qualquer modalidade”, uma das hipóteses de incidência do direito de execução pública.

Acresce-se a esse entendimento a constante evolução do conceito de “público”, seja pela doutrina e jurisprudência internas, seja pelas doutrinas e decisões judiciais de outros ordenamentos, conforme discorrido ao longo desta pesquisa. Desta feita, há muitos anos, o vocábulo “público” não se refere somente a uma grande quantidade de pessoas reunidas em um mesmo lugar, no mesmo momento. Um exemplo dessa expansão do conceito de “público” foi o reconhecimento não só pela jurisprudência brasileira, como também pelo Tribunal de Justiça Europeu de que a sucessão de indivíduos que ocupam quartos de hotéis e motéis também caracteriza a noção de “público”.

Ademais, desde o advento da radiodifusão, “público” passou a abarcar também o número indeterminado de espectadores que potencialmente recebem, de forma simultânea, no conforto de suas casas, as transmissões radiofônicas e televisivas. “Potencialmente” porque a ideia de “público”, no caso da radiodifusão, independe da quantidade de indivíduos que efetivamente acessaram o conteúdo radiodifundido.

O que a Internet fez foi romper a barreira da simultaneidade, possibilitando que uma quantidade indefinida de usuários acessassem os conteúdos disponibilizados na rede, no momento individualmente escolhido por cada um. Nota-se, aqui, o mesmo tipo de

“potencialidade” verificado no caso da radiodifusão, motivo pelo qual se defende que as transmissões via *streaming* interativo, a despeito da ausência de simultaneidade na recepção do conteúdo pelos usuários, qualifica-se como uma comunicação ao público, sendo o fator determinante para tanto o ato de disponibilizar, de emitir uma obra ou fonograma para um número indeterminado de pessoas e não a efetiva recepção por estas.

A conclusão que se chega neste ponto é a de que a legislação autoral pátria admite a subsunção do *streaming* interativo no direito de distribuição previsto no inciso VII, do artigo 29, e no direito de comunicação ao público, definido no inciso V, do artigo 5º, bem como, especificamente, na espécie da execução pública, disciplinada no parágrafo 2º, do artigo 68. Ademais, a necessidade de se realizar uma cópia das obras e/ou dos fonogramas no servidor das plataformas dessa modalidade de *streaming*, a fim de disponibilizá-los ao público, dá ensejo à incidência do direito de reprodução (inciso VI, do artigo 5º), sendo que a cópia transitória realizada no processo de *buffering* é excepcionada da aplicação desse direito, pelo que dispõe o parágrafo 1º, do artigo 30 da legislação pátria, nos mesmos moldes do que faz a Diretiva 2001/29/CE da União Europeia.

Isso pressupõe que as plataformas de *streaming* interativo obtenham dois tipos de autorizações: uma pela reprodução das obras musicais e fonogramas no seu servidor e pela posterior distribuição destes aos usuários, a qual deve ser feita diretamente junto aos titulares de direitos, o que, na prática, geralmente acontece por intermédio de seus representantes, quais sejam, editoras musicais, gravadoras ou agregadoras, ou ainda as associações de gestão coletiva; e a outra pela execução pública das obras musicais e fonogramas, que deve ser obtida junto ao ECAD.

Nessa perspectiva, entende-se que, embora fosse mais adequado, do ponto de vista objetivo, recepcionar o direito de colocação à disposição do público como uma espécie apartada do direito de comunicação ao público, do ponto de vista estratégico, a sua vinculação ao direito de execução pública parece mais importante, justamente por legitimar a atuação do ECAD na arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos junto às plataformas de *streaming* interativo. Isso porque, a despeito das críticas direcionadas ao ECAD, acredita-se que a sua experiência e estrutura já consolidadas demonstram que se trata de um modelo que funciona relativamente bem na prática, o que o torna uma das melhores opções, atualmente, para garantir o recebimento de direitos pelos autores, intérpretes e, principalmente, pelos músicos executantes, pelo uso de suas obras, interpretações e execuções nessas plataformas, especialmente se comparado com os modelos de negociação

empreendidos pelas editoras e gravadoras.

Por essa razão, sugere-se, neste trabalho, a pertinência da modificação dos conceitos de “comunicação ao público” e de “execução pública”, previstos na Lei n. 9.610/1998, para incorporarem a definição de colocação à disposição do público, nos moldes dos tratados da OMPI, com o objetivo de eliminar quaisquer dúvidas a respeito da incidência desses direitos nos serviços de *streaming* interativo. A partir dessas alterações, seria viável também eliminar o direito de distribuição eletrônica, previsto no inciso VII, do artigo 29, mantendo apenas a disciplina da distribuição tradicional do inciso IV, do artigo 5º. Ressalte-se que essa exclusão não afastaria a necessidade de as plataformas negociarem o direito de reprodução junto aos titulares de direitos – à parte da autorização emitida pelo ECAD –, mas daria mais ênfase na classificação do *streaming* como execução pública.

A intenção e a possível repercussão prática disso seria inverter os percentuais dos valores destinados ao pagamento dos direitos de reprodução/distribuição e do direito de execução pública. Isso porque, no Brasil, atualmente, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos montantes arrecadados com a disponibilização de obras e fonogramas nas plataformas de *streaming* interativo são destinados a custear os direitos de reprodução/distribuição, enquanto os 25% (vinte e cinco por cento) restantes se referem ao direito de execução pública. Contudo, o padrão do mercado internacional é o contrário: 75% (setenta e cinco por cento) custeiam o direito de comunicação ao público/execução pública, enquanto 25% (vinte e cinco por cento) são destinados ao direito de reprodução. Com as alterações propostas neste trabalho, visando aproximar o *streaming* interativo do direito de comunicação ao público, esses percentuais poderiam se alinhar aos padrões internacionais, conferindo maior margem para a atuação do ECAD e privilegiando os interesses de compositores, intérpretes e executantes.

Já no tocante ao *simulcasting*, primeiramente, não restam dúvidas acerca do seu enquadramento no direito de execução pública, considerando se tratar de uma “transmissão por qualquer modalidade”, com as mesmas características da radiodifusão analógica, isto é, a simultaneidade na recepção da programação pelo público, mudando apenas o canal em que a transmissão é feita: por ondas hertzianas, cabo ou satélite, no caso da radiodifusão, ou pela Internet, no *simulcasting*. Ocorre que, considerando o princípio da divisibilidade ou independência dos direitos patrimoniais de autor, previsto no artigo 31, da Lei n. 9.610/1998, a autorização concedida para um uso não se estende ao demais, o que demanda, por via de consequência, autorizações distintas para cada modalidade de uso das obras intelectuais.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que os critérios usados pelo ECAD

para a fixação dos valores cobrados das emissoras de radiodifusão levam em consideração a potência dos sinais radiodifundidos e, conseqüentemente o público potencialmente atingido, bem como a sua sobreposição geográfica. Nessa perspectiva, considerando que o *simulcasting* proporciona um aumento considerável do público-alvo da programação, além de atingir um público distinto daquele que acessa a programação radiodifundida, entende-se, portanto, que o *simulcasting* enseja novo fato gerador de cobrança pelo ECAD.

De todo o exposto, resta evidenciado que o *streaming* não apenas representou a passagem de um modelo de consumo baseado na posse para um modelo pautado no acesso, característico da Sociedade da Informação, como também contribuiu sobremaneira para uma mudança nos hábitos dos internautas, incentivando que eles se reinserissem no campo da legalidade. Isso porque, conforme demonstrado, aludidos serviços operam de forma lícita, negociando e quitando os direitos autorais e conexos, mesmo nos casos em que o conteúdo é ofertado de modo gratuito, baseado no modelo de receitas auferidas com publicidade. Aliás, a gratuidade, nos serviços de *streaming* interativo, serviu de mecanismo de captura de usuários, influenciados pela naturalização da “cultura do grátis”, com o intuito de posteriormente incentivá-los a migrar para o modelo pago, cujos custos de assinatura são baixos. E a estratégia funcionou, tanto que o número de assinantes pagos alcançou a marca de 255 (duzentos e cinquenta e cinco) milhões, em 2018.

Nessa perspectiva, o *streaming* oportunizou que a indústria fonográfica gradativamente se recuperasse das perdas de receitas ocasionadas pela expansão da pirataria digital. Um dos fatores que contribuiu para isso foi o fato de que não era vantajoso para as empresas de tecnologia, que começaram a trabalhar com esses novos modelos digitais, negociar individualmente os direitos autorais e conexos com cada compositor, cada intérprete e executante, e ainda cada produtor fonográfico. Isso demandaria infraestrutura, mão-de-obra e tecnologia, não somente para negociar, mas inclusive, para realizar pequenos pagamentos, o que, provavelmente, aumentaria muito os custos de transação, não sendo interessante para aludidas plataformas.

Além disso, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa, desde os primórdios da estruturação da indústria fonográfica, criaram-se alguns padrões que caracterizam o mercado musical. De um lado, os contratos de edição firmados entre os compositores e as editoras musicais, na maioria das vezes, incluem uma cláusula de cessão de direitos, resguardando aos primeiros uma participação nas receitas auferidas pelas editoras com as negociações desses direitos (geralmente um percentual dessas receitas). Da

mesma forma, os contratos estabelecidos entre artistas e gravadoras também contam com uma previsão de cessão de direitos, condicionada a uma participação dos artistas nas receitas. Em resumo, é bastante comum que os direitos autorais sobre obras musicais estejam nas mãos das editoras, enquanto os direitos conexos de intérpretes e executantes sejam de titularidade das gravadoras. Mais do que isso, a concentração do mercado musical que levou à formação das *majors* possibilitou que uma mesma empresa pudesse ser a detentora de todos os direitos incidentes sobre um fonograma.

Todos esses fatores contribuíram para que as plataformas de *streaming* procurassem negociar primeiramente com as gravadoras e, posteriormente, com as editoras ou suas associações. Com o objetivo de disponibilizar um catálogo mais amplo e diversificado possível, tornou-se praxe do mercado internacional que aludidas plataformas buscassem primeiro o contato com grandes gravadoras e grandes editoras, reservando uma parcela da sua receita para arcar com eventuais reivindicações de empresas menores. Diferentemente do que se esperava, autores e artistas não tiveram muito espaço para tratar diretamente com esses serviços digitais, permanecendo a estrutura oligopolista da indústria fonográfica, marcada pelos tradicionais intermediários.

Não se pode deixar de mencionar também que os serviços digitais possibilitaram a entrada de um novo intermediário nesse cenário: as agregadoras. Trata-se de empresas especializadas na negociação de direitos conexos de artistas e selos independentes com as plataformas digitais. Na condição de meras representantes desses artistas e selos, as agregadoras geralmente não exigem a cessão dos direitos, como fazem as gravadoras, o que proporciona condições negociais mais vantajosas para os artistas. No entanto, considerando a estrutura de *marketing* e *know-how* das gravadoras, e a sua capacidade de construir a carreira dos artistas, inclusive, em âmbito mundial, elas ainda ocupam uma posição relevante no mercado musical, motivo pelo qual as agregadoras não foram capazes de substituir as tradicionais gravadoras, a despeito de apresentarem melhores condições negociais.

Fica evidenciado que o surgimento das plataformas de *streaming* criou todo um contexto e uma dinâmica própria no mercado musical. Alguns aspectos práticos desse mercado, verificados ao longo dessa pesquisa, foram os seguintes: (a) se, por um lado, as receitas com os serviços de *streaming* têm aumentado ao longo dos anos, por outro, as despesas dessas plataformas ainda são bastante altas, já que elas dedicam 70% (setenta por cento) dos valores recebidos para a quitação de direitos autorais e conexos e os 30% (trinta por cento) restantes são utilizados para manutenção e investimento em infraestrutura, *marketing* e lucros da empresa, o que, usualmente, acarreta em prejuízos financeiros para as

plataformas; (b) os valores dos *views* são muito baixos – problema ocasionado pela diminuição da escassez artificial dos produtos intelectuais, com os meios digitais que, por sua vez, tornaram esses produtos inesgotáveis – e falta transparência dos prestadores de serviços na divulgação dos cálculos das divisões dos *royalties*, o que causa a insatisfação da classe artística; (c) o *streaming* viabilizou maior acesso aos conteúdos musicais pelos usuários, a preços baixos e com o oferecimento de repertórios amplos e diversificados; (d) a tecnologia não gerou a desintermediação do mercado, como se esperava, mantendo a tradicional estrutura oligopolista da indústria fonográfica.

Desta feita, o diagnóstico desse cenário traz alguns elementos que vão ao encontro dos anseios da função social do direito autoral, enquanto outros traduzem exatamente os receios em torno desse princípio. Explica-se: a função social do direito autoral pressupõe que a proteção ofertada a autores, intérpretes, executantes, produtores fonográficos e emissoras de radiodifusão, através dos direitos exclusivos a eles atribuídos por lei, seja conjugada com os interesses da coletividade em acessar a informação, os bens culturais e a educação. Esse balanceamento de interesses decorre do fato de que todos os direitos comentados anteriormente apresentam o *status* de direitos fundamentais, consagrados, lado a lado, na Constituição Federal.

Esse é o motivo pelo qual a legislação autoral impõe restrições relacionadas à própria extensão desses direitos exclusivos, tais como prazos de proteção, findos os quais as obras entram em domínio público e passam a compor o patrimônio cultural da humanidade; delimitações no objeto de proteção, como a exigência de originalidade e de exteriorização das criações; e as autorizações legais de usos das obras intelectuais, independentemente da anuência prévia dos seus titulares, que compõem as limitações previstas nos artigos 46, 47 e 48, da Lei n. 9.610/1998, por se tratar de situações em que a lei reconhece a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse privado dos autores.

Além disso, para viabilizar esse equilíbrio que deve haver entre os direitos autorais e outros direitos fundamentais, como o acesso à informação, à cultura, ao conhecimento e à educação, o ordenamento jurídico possibilita que outros tipos de restrições – chamadas por Guilherme Carboni de “restrições extrínsecas” – incidam sobre o exercício desses direitos, tais como a aplicação da função social da propriedade, da função social dos contratos, da teoria do abuso do direito, tudo isso com o intuito de impedir e evitar abusos nos exercícios desses direitos por seus titulares. Sendo assim, não restam dúvidas de que, embora a função social do direito autoral não esteja expressa nos textos legais pátrios, ela

pode ser depreendida no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da leitura sistêmica especialmente da Constituição Federal, do Código Civil e da Lei n. 9.610/1998.

Nessa perspectiva, uma das preocupações enfrentadas pela disciplina da função social desse ramo do direito está na concentração da titularidade dos direitos patrimoniais de autor nas mãos de empresas intermediárias – na sua maioria, multinacionais sediadas em países desenvolvidos – e nas pressões por elas exercidas com o objetivo de aumentar a proteção autoral de forma exacerbada, por vezes em prejuízo injustificado dos interesses da coletividade, e nem sempre em benefício dos interesses dos autores e artistas, para quem o direito autoral efetivamente se destina. Um exemplo disso foi a relutância das produtoras fonográficas em aceitar a legitimidade do ECAD para arrecadar direitos das plataformas, visto que essa atuação do ECAD prejudicaria as negociações particulares empreendidas por essas produtoras, além de diminuir o repasse de receitas feito a elas. Trata-se de um receio genuíno de que esse ramo do direito, sob a justificativa da necessidade de se proteger o investimento, torne-se um direito da empresa intermediária, com o nome mais apelativo de “direito de autor”.

Sendo assim, por todo o exposto neste trabalho, a conclusão que se pôde chegar a respeito do diagnóstico da tecnologia do *streaming* é que, apesar de esse modelo de negócios ter surgido e criado boas raízes em um terreno já bastante desgastado pelo aumento da pirataria e pela disseminação da “cultura do grátis”, ele ainda enfrenta problemas e dificuldades. De um lado, os serviços de *streaming* foram capazes de resgatar uma parcela considerável de internautas do consumo ilegal de música, trazendo-os para o campo da legalidade, além de terem proporcionado um acesso mais amplo e diversificado de conteúdos musicais ao público consumidor, a preços acessíveis, e garantindo uma contraprestação aos titulares de direitos autorais e conexos, todos elementos que corroboram o entendimento de que a tecnologia deu passos importantes no sentido de atender aos anseios da função social do direito autoral.

Contudo, problemas como a falta de transparência que ainda acompanha as estratégias dessas plataformas, os baixos valores pagos pelas visualizações dos conteúdos disponibilizados e, principalmente, a incapacidade de se desatrelar das condições negociais, por vezes, abusivas exigidas pelos tradicionais intermediários da indústria fonográfica – personagens ainda muito presentes e atuantes no mercado musical, por causa da sua condição de detentores de direitos autorais e conexos de muitos autores e artistas –, afastam os serviços de *streaming* do propósito de garantir um equilíbrio entre o atendimento dos interesses da classe artística e a satisfação do público consumidor.

Isso também demonstra que a Internet e os novos modelos de negócios não são os únicos responsáveis pelos desafios enfrentados por autores e artistas no ambiente digital. A própria indústria fonográfica figura como uma barreira ao recebimento de valores justos por aludidos autores e artistas, e a sua estrutura oligopolista contribui para que as expectativas da função social do direito autoral sejam, muitas vezes, frustradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (5. ed. alemã). 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *História do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. (Direito ponto a ponto).

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. Revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, José Francisco. *Teoria da função social do direito*. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *A sociedade em rede*. Traduzido por Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. v. I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CHAVES, Antônio. *Direitos autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videogames, embalagem criativa, duração dos direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1996.

CHIOU, Theodoros. *Streaming et droit d'auteur: analyse des enjeux juridiques de la diffusion en streaming des œuvres protégées, sous la lumière du droit d'auteur français*. Sarrebruck: Éditions universitaires européennes, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GREENSTEIN, Shane. *How the Internet became commercial: innovation, privatization, and the birth of a new network*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339 p. (Coleção José do Patrocínio, v. 4).

TAYLOR, Jim et. al. *Blu-ray disc demystified* [e-book]. [S.l]: McGraw Hill Profession, 2008.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001.

CAPÍTULOS DE LIVROS

BAR, François; GALPERIN, Hernan. Tradução de Tânia Soares. Geeks, Burocratas e Cowboys: criando uma infra-estrutura Internet, de modo Wireless. IN: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*. Belém (Portugal): Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

BASTOS, Antônio Augusto I. F. A estrutura legal da gestão coletiva de direitos autorais. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 97-132. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. Conclusões. IN: _____ (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 371-378. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Introdução. IN: _____ (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e*

música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 133-154. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Constituições principiológicas, tribunais constitucionais e princípio democrático: compatibilizando o incompatível? In: MIRANDA, Jorge (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. v. 3. t. II. p. 125-139.

PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. A limitação dos direitos autorais e a sua função social. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos Autorais: Estudos em homenagem a Otávio Afonso Santos*. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e; MADUREIRA, Amanda. Direitos autorais e economia criativa: uma perspectiva para o desenvolvimento. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 29-52.

VALENTE, Mariana Giorgetti; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; IGNÁCIO, Elizete. O ECAD e sua estrutura. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 133-154. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

VALENTE, Mariana Giorgetti. Música, Internet e a reorganização do campo autoral. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 301-369. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. IN: FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). *Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. p. 265-300. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%c3%a1dio%20ao%20streaming.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2017.

ARTIGOS

ALVES, Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: um estudo histórico da origem do copyright e do droit d'auteur. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 9870-9890. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2535.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista Esmafe:*

Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Propriedade Intelectual e Internet*. Artigo disponibilizado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo texto é correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, na cidade de Florianópolis/SC, em 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 22, p. 161-182, 2002. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/22/revista22%20(10).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra dos três passos (three step test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 493-503, jan./dez. 2007.

BERTRAND, Maître André. ‘Droit d’auteur’, ‘copyright’ and neighbouring rights at the crossroads. In: Debate on the challenges facing the concept of copyright at the turn of the millennium, 1992, Paris. *Anais...* Paris: UNESCO, 1992. p. 1-13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000932/093215EB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.

BEZERRA, Arthur Coelho. Direitos autorais e cultura da cópia na Era Digital. *Revista Logos – Ética e Autoria* [online], v. 20, n. 2, p. 6-18, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/6197/7170>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BORGHI, Maurizio. Chasing copyright infringement in the streaming landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munich, v. 42, n. 3, p. 1-28, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=536091091118086014030028001027081085042000030015068027092095124074071087091084011027002103017022061031004092010065064110024106022042089033035106111069110099064119007008022085086012127066075012029000089112098024115066098070007027086120098020101124065&EXT=pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, p. 18-26, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-natureza-juridica-dos-direitos-autorais/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CADAVID, Jhonny Antonio Pabón. Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 13, p. 59-104, 2009. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/436>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. IN: PIMENTA, Eduardo Salles (Org.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 200-216.

CARVALHO, Francisco José. *Teoria da função social do direito*. Site profissional do advogado Francisco José Carvalho, 2008. Disponível em: <<http://funcaosocialdodireito.com.br/novosite/teoria-da-funcao-social-do-direito/>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

CHINNI, Christine L. Droit d'auteur versus the economics of copyright: implications for American Law of accession to the Berne Convention. *Western New England Law Review*, Springfield, v. 14, n. 2, p. 145-174, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=lawreview>>. Acesso em: 01 set. 2017.

COATS, William Sloan et. al. Streaming into the future: music and video online. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Los Angeles, v. 20, n. 2, p. 285-308, 2000. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=elr>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CRUZ, Leonardo Ribeiro da. Os novos modelos de negócio da música digital e a economia da atenção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 109, p. 203-228, maio 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/6296>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 3, p. 79-97, 1997. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/689/525>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DURÁN, Santiago Piñeros. Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 17, p. 5-29, 29 nov. 2013. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3578/3659>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

FONT, Jorge Luis Ordellin. El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 20, p. 5-25, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4345/4929>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

GOHN, Daniel M. A tecnologia na música. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XXIV, 2001, Campo Grande. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2001. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2001/papers/NP6GOHN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

GOMES, Carolina et. al. Spotify: streaming e as novas formas de consumo na era digital. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, XVII, 2015, Natal. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2598-1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

HENRIQUES, Cintia. *Do videocassete ao blu-ray: as mudanças na forma de ver filmes e seriados*. Campinas: Unicamp, 2008/2009. Disponível em: <http://cintiahenriques.com.br/wp-content/uploads/2015/11/relatorio_final_cintia_final.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

HERZ, Daniel. Proposta para a regulamentação do MMDS: estatuto Público, complementaridade e competitividade. In: Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, XVIII, 1995, Aracaju. *Anais...* São Paulo: Intercom, 1995. Disponível em: <[http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Proposta+para++a+regulamentacao+do+MMDS+estatuto+publico\(texto\).pdf](http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Proposta+para++a+regulamentacao+do+MMDS+estatuto+publico(texto).pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2018.

JACKSON, Matt. From broadcast to webcast: Copyright Law and streaming media. *Texas Intellectual Property Law Journal*, Austin, v. 11, n. 3, p. 447-482, 2003.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de *streaming* e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, São Leopoldo, v. 17, n. 3, p. 302-311, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

LEHR, William; MCKNIGHT, Lee W. Wireless Internet access: 3G vs. WiFi? *Telecommunications Policy*, [S.l.], v. 27, n. 5-6, p. 351-370, jun./jul. 2003.

LI, Xichun; et al. The future of mobile wireless communication networks. In: 2009 International Conference on Communication Software and Networks, 2009, Macau. *Proceedings...* [S.l.]: IEEE, 2009.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados)*, Brasília, n. 48, p. 11-45. jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2013/caderno-48/Aslegis48_baixa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

MAGRI, Joseph E. New media - new rules: the digital performance right and streaming media over the internet. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, Nashville, v. 6, n. 1, p. 55-74, 2003. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/wp-content/journal-pdfs/JosephMagri-NewMedia-NewRules.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

MARCHI, Leonardo de. A angústia do formato: uma história dos formatos fonográficos. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação* [online], v. 2, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/29/30>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

MARSHALL, Rick. The quest for “parity”: an examination of the Internet Radio Fairness Act. *Journal of the Copyright Society of the USA*, New York, v. 60, n. 3, p. 445-474, 2013.

MARTÍNEZ, Aurelio López-Tarruella. La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, n. 22, p. 101-139, 15 dez. 2016. Disponível em:

<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4780/5570>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

MATIAS, José Cintra. O direito de colocação à disposição do público. *Revista Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 7, p. 37-59, 2010. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/460/434>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MATTA, João Paulo Rodrigues. Marcos histórico-estruturais da indústria cinematográfica: hegemonia norte-americana e convergência audiovisual. In: ENECULT - ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA, IV., 2008, Salvador. *Anais...* Salvador: Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14363-01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. *Revista GEMInIS*, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/285/256>>. Acesso em: 05 maio 2017.

PIMENTEL, Luiz Otávio; FIGUEIREDO E SILVA, Cláudio Eduardo Regis de. Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas. *Seqüência*, Florianópolis, n. 68, p. 291-329, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/13.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

RAYBURN, Dan. *The early history of the streaming media industry and the battle between Microsoft and RealNetworks*. Artigo disponibilizado na plataforma “Seeking Alpha” em 09 mar. 2016. Disponível em: <<https://seekingalpha.com/article/3957046-early-history-streaming-media-industry-battle-microsoft-realnetworks>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

RECHARDT, Lauri. Streaming and copyright: a recording industry perspective. *WIPO Magazine*, Geneva, n. 2, p. 2-7, abr. 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2015/wipo_pub_121_2015_02.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Execução pública musical na internet: rádios e TVs virtuais. *Revista da ABPI*, n. 103, p. 51-67, nov./dez. 2009.

SOARES FILHO, Sidney. A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD). In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. *Anais...* Niterói: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

SOUZA, Juliana de. Mudanças no ato de ir ao cinema e produzi-lo. *Revista Temática*, João Pessoa, v. 8, n. 11, p. 1-16, nov./2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/23158/12737>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

STÜRMER, Adriana; SILVA, Giana Petry Dutra da. Do DVD ao *online streaming*: a origem e o momento atual do Netflix. In: ENCONTRO NACIONAL DA HISTÓRIA DA MÍDIA, 10º, 2015, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores da História da Mídia, 2015. p. 1-15. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/do-dvd-ao-online-streaming-a-origem-e-o-momento-atual-do-netflix/at_download/file>. Acesso em: 22 fev. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas transmitidos via internet. *Revista Brasileira de Direito Civil* [online], v. 6, n. 4, p. 128-150, out./dez. 2015. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/85/189>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

VAN HAANDEL, Johan Cavalcanti. Webcasting sonoro: noções para a criação de conteúdo em um processo de distribuição de áudio online. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXXIII., 2010, Caxias do Sul. *Anais...* São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2010. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2564-1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

VICENTE, Eduardo. Indústria da música ou indústria do disco? A questão dos suportes e de sua desmaterialização no meio musical. *RuMoRes*, v. 6, n. 12, p. 194-213, 2 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/Rumores/article/view/55300/58927>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

WACHOWICZ, Marcos. *Direitos autorais e o domínio público da informação*. Site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-direitos_autorais_e_a_informacao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. *O “novo” direito autoral na sociedade informacional*. Artigo disponibilizado no site do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná em 29 ago. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

WOOLCOTT, Olenka; FLÓREZ, Germán. La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 17, n. 34, p. 13-32, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n34/v17n34a02.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d’auteur. *Videre*, Dourados, ano 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/971/pdf_48>. Acesso em: 20 mar. 2017.

AULAS

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Natureza jurídica. Sistemas de tutela: copyright x droit d'auteur*. 2017. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 49 p. Notas de aula da disciplina “Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio. Direito Constituendo. Anteprojeto de Lei do Ministério da Cultura. Estudo Comparativo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”.

FISHER, William. *CopyrightX: Lecture 3.3, The Subject Matter of Copyright: Music*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 27.01.2015. (24m05s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2GGE_ToREPw&list=PLZqQo3fwtGb_D3VT4E9UsXDOTIX5zxPYC&index=3>. Acesso em: 07 fev. 2018. Vídeo A.

_____. *CopyrightX: Lecture 3.4, The Subject Matter of Copyright: Audiovisual Works*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 27.01.2015. (8m16s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fNMuzM-C14c&t=187s>>. Acesso em: 09 fev. 2018. Vídeo B.

_____. *CopyrightX: Lecture 9.1, Fair Use: The History of Fair Use*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 26.02.2015. (39m59s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KV8dj-7WA4o&list=PLZqQo3fwtGb-wTFBYO2JfTt4O1_t4hW1W>. Acesso em: 29 mar. 2018. Vídeo C.

_____. *CopyrightX: Lecture 11.1, Supplements to Copyright: Secondary Liability*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (21m27s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0izqmst4FQI>>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo D.

_____. *CopyrightX: Lecture 11.2, Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (43m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XtWow-tYHwU&index=2&list=PLZqQo3fwtGb_1IQ9pn9aARvpMQsGcCQSp>. Acesso em: 12 abr. 2018. Vídeo E.

_____. *CopyrightX: Lecture 11.3, Supplements to Copyright: Tech Protection Measures*. Publicado no Canal do YouTube do Berkman Klein Center for Internet & Society, 07.04.2015. (27m53s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QVe6dCuJ4M0>>. Acesso em: 19 abr. 2018. Vídeo F.

MONOGRAFIAS, DISSERTAÇÕES E TESES

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272 p. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

COUTINHO SILVA, Guilherme. *Acesso às obras fonográficas na sociedade*

informacional: as relações com o sistema internacional de direito autoral. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-_dissertacao_mestrado_guilherme.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

FERNANDES, Maurício Gondran. *A Tutela dos Direitos Autorais no Consumo de Produtos Culturais nas Plataformas de Streaming*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7203/Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes_4178765_assignsubmission_file_TCC%20-%20Maur%C3%ADcio%20Gondran%20Fernandes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2018.

FERREIRA, Rodrigo Moraes. *Evolução da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (1917 a 2017): do rádio ao streaming*. 2018. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARQUES, Luma Teixeira. *Streaming: a nova modalidade de distribuição das obras audiovisuais e a Lei 9.610/98*. 2016. 53 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16204/1/2016_LumaTeixeiraMarques_tcc.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MORATO, Antonio Carlos. *Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual*. 2016. 362 p. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PINHEIRO, Thiago Augusto. *Trajetória tecnológica do videocassete*. 2015. 46 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44513/MONOGRAFIA57-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SACRINI, Marcelo. *Televisão digital: atributos tecnológicos e princípios pedagógicos para implementação no contexto escolar*. 2008. 318 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-16062008-144218/publico/DissertacaoMarceloSacrini.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SOILO, Andressa Nunes. *Habitando a distribuição do entretenimento: o regime de propriedade intelectual, a tecnologia streaming e a “pirataria” digital em coautoria*. 2019. 290 p. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/200183/001103184.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. *O streaming como execução pública e a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil*. 2016. 52 p. Trabalho de Final de Curso (Graduação em Direito)

– Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46390/124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2017.

LEGISLAÇÕES E DECISÕES JUDICIAIS

BEIJING. *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295838>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. *Decreto-Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Diário Oficial da União 18.07.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Decreto n. 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União 31.12.1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. *Decreto n. 9.879*, de 27 de junho de 2019. Dispõe sobre a Comissão Permanente para o Aperfeiçoamento da Gestão Coletiva. Diário Oficial da União 28.06.2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9879.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. *Decreto n. 75.699*, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial da União 09.05.1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. *Lei 5.988*, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União 18.12.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15988.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. *Lei n. 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União 20.02.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Ministério da Cultura. *Instrução Normativa n. ____ sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Ambiente Digital*, de 2016. Estabelece previsões específicas para a

atividade de cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://culturadigital.br/gcdigital/files/2016/02/IN-DIGITAL-FINAL-12-02.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

_____. Ministério da Cultura. *Instrução Normativa n. 2*, de 04 de maio de 2016. Estabelece procedimentos complementares para a habilitação para a atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, na internet, conforme definida no inciso I do caput do art. 5º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21515943/do1-2016-05-05-instrucao-normativa-n-2-de-4-de-maio-de-2016-21515883>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. *Projeto de Lei 2.370*, de 16 de abril de 2019. Altera os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 15, 16, 17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 68, 77, 78, 79, 81, 86, 90, 95, 96, 97, 100-B, 101, 102, 103, 107, 108 e 109 e acrescenta os arts. 30-A, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D, 52-E, 61-A, 67-A, 85-A, 88-A, 88-B, 88-C, 99-C, 99-D, 110-A, 110-B, 110-C, 110-D, 110-E, 110-F, 110-G, 110-H, 110-I, 110-J, 110-K, 110-L, 111-A, 111-B, 113-A e 113-B na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=609106EC79A09B88AB06B50FC4A36ED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1734276&filename=PL+2370/2019>. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.559.264 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: OI Móvel S/A incorporador do TNL PCS S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.567.780 – RJ*. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: TV Ômega Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 14 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1580383&num_registro=201502678539&data=20170321&formato=PDF>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. CUIABÁ. Vara Cível. *Ação Declaratória de ilegalidade de cobrança c/c pedido de repetição de indébito e tutela de urgência n. 37355-79.2016.811.0041*, Décima Primeira Vara Cível da Comarca de Cuiabá. Requerente: Rádio Clube De Cáceres Ltda. Requerido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Juíza: Olinda de Quadros Altomare Castrillon. Cuiabá, 28 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/comarcas/dadosProcessoPrint.aspx>>. Acesso em: 25 out. 2019.

FRANCE. *Code de la Propriété Intellectuelle*, de 01 de julho de 1992. Disponível em: <http://codes.droit.org/CodV3/propriete_intellectuelle.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

GENEVA. *WIPO Copyright Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>> Acesso em: 12 nov. 2015.

_____. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295477>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1.0024.10.287440-1/001*, da 16ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão. Relator: Sebastião Pereira de Souza. Belo Horizonte, 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=simulcasting&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0024.10.287440-1/005*, da 16ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão. Relator: Aparecida Grossi. Belo Horizonte, 06 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=simulcasting&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Resolução n. 217 A (III) – Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: 1948. Texto traduzido para o português e disponibilizado no site da Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1336400-0*, Decisão Monocrática da 17ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR. Relator: Luis Sérgio Swiech. Curitiba, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11839955/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1336400-0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo Inominado em Agravo de Instrumento n. 1336400-0/01*, da 17ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR. Relator: Luis Sérgio Swiech. Curitiba, 22 de abril de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11887495/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1336400-0/01>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0000389-13.2014.8.16.0021*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Fundação Canal 20. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Lilian Romero. Curitiba, 09 de outubro de 2018. Disponível em:

<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006388181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000389-13.2014.8.16.0021>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1600590-2*, da 17ª Câmara Cível. Apelante: ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Apelado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná. Relator: Rui Portugal Bacellar Filho. Curitiba, 08 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12459035/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1600590-2#integra_12459035>. Acesso em: 25 out. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0048707-14.2011.8.19.0000*, Decisão Monocrática da 2ª Câmara Cível. Agravante: Rádio Globo S/A. Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Mauricio Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032104EBB2E76348A61E4A3693F2E07AF1B6C40315621B>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n. 0048707-14.2011.8.19.0000*, da 2ª Câmara Cível. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Agravado: Rádio Globo S/A. Relator: Mauricio Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CC1252D157858AC7A6762DBE55B8158FEC40317412E>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0005730-57.2014.8.19.0014*, da 6ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Emissora Continental de Campos Ltda. Apelados: os mesmos. Relator: Inês da Trindade Chaves de Melo. Rio de Janeiro, 03 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E61B2E1D7F2AB72A328BC215BEDA3B08C50A0E251D40>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0019591-47.2013.8.19.0014*, da 17ª Câmara Cível. Apelante: Emissora Continental de Campos Ltda. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Elton Martinez Carvalho Leme. Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E449985B00B0315E5ACB64AA5AFB9579C5034F2F3C5F>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0174958-45.2009.8.19.0001*, da 5ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: TNL PCS S/A. Revisor designado para acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003FAAD9A82E CFD2B08CA2B019C5582D9111AC402644B2F>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0176131-07.2009.8.19.0001*, da 14ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Apelado: Terra Networks Brasil S/A. Relator: Cleber Ghelfenstein. Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gecacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048EF7B0EE212>>

1D4ADDC1E38B5FD2FE5B5C50538492753>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386048-66.2009.8.19.0001*, da 2ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Rádio Globo S/A. Apelados: os mesmos. Relator: Alexandre Freitas Câmara. Rio de Janeiro, 06 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CC1252D157858AC7A6762DBE55B8158FEC40317412E>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0386089-33.2009.8.19.0001*, da 10ª Câmara Cível. Apelantes: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e Fox Interactive Media Brasil Internet Ltda. - My Space Com. Apelados: os mesmos. Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004315F283929E234327B8E1896855E848FC5034B2F1B4D>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0392128-46.2009.8.19.0001*, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: REDETV Interactive Ltda. Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Rio de Janeiro, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048558D3EFF7ACD0209E81607F8C3E05EAC5035D1F6006>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Embargos infringentes n. 0174958-45.2009.8.19.0001*, da 19ª Câmara Cível. Embargante: TNL PCS S/A. Embargado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032E7218C0CA51A133B5B15584AD7E816451C403285822>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Embargos infringentes n. 0386048-66.2009.8.19.0001*, da 12ª Câmara Cível. Embargante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Embargado: Rádio Globo S/A. Relator: Mario Guimarães Neto. Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AD0E8E0689B1823DA3C8664B2F7067C3DDC50704212B>>. Acesso em: 25 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0244896-81.2016.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Agravante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Elisa Carpim Corrêa. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70070347026&code=3637&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0161316-51.2019.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Rádio Encruzilhadense Ltda - ME. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 10 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70078037504&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0168962-49.2018.8.21.7000*, da 6ª Câmara Cível. Apelante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Thais Coutinho de Oliveira. Porto Alegre, 15 de agosto de 2019. Disponível em:

<https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70078037504&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 0261408-37.2019.8.21.7000*, Despacho do Vice-Presidente. Recorrente: Mil e Dez Radiodifusão Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Vice-Presidente: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 17 de outubro de 2019. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_decisoese_despachos.php?Numero_Processo=70082894999&code=5590&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.VICE%20PRESIDENCIA%20-%20DIREITO%20PRIVADO>. Acesso em: 25 out. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2011.000771-6*, da 6ª Câmara de Direito Civil. Agravante: Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão – ACAERT. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Jaime Luiz Vicari. Florianópolis, 14 de julho de 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABecfAAE&categoria=acordao>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0057619-24.2010.8.24.0023*, da 1ª Câmara de Direito Civil. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão – ACAERT. Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior. Florianópolis, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAADvSvAAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2014.089575-6*, da 2ª Câmara de Direito Civil. Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Apelado: Rádio Cidade de Itaiópolis Ltda. Relator: Monteiro Rocha. Florianópolis, 17 de setembro de 2015. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=simulcasting&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoNfAAQ&categoria=acordao>. Acesso em: 25 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0013964-34.2011.8.26.0565*, da 9ª Câmara de Direito Privado. Apelante: ABC Brazil New Time Comunicações Ltda - EPP. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Galdino Toledo Júnior. São Paulo, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6263078&cdForo=0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0173652-06.2010.8.26.0100*, da 4ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo – AESP. Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 24 de abril de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7517491&cdForo=0>>. Acesso em: 25 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/31/CE, de 9 de junho de 2000. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], 17 jul. 2000. L 178, p. 1-16. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001. Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 22 jun. 2001. L 167, p. 10-19. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. Diretiva 2014/26/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 20 mar. 2014. L 84, p. 72-98. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0026&from=PT>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Diretiva 2019/790/UE, de 17 de abril de 2019. Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 17 maio 2019. L 130, p. 92-125. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=es>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. *Digital Millennium Copyright Act – Public Law 105-304*, de 28 de outubro de 1998. To amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Digital Performance Right in Sound Recordings Act – Public Law 104-39*, de 01 de novembro de 1995. To amend title 17, United States Code, to provide an exclusive right to perform sound recordings publicly by means of digital transmissions, and for other purposes. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-104publ39/pdf/PLAW-104publ39.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. Title 17 of the United States Code, Oct. 19, 1976. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Circular 92 – Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. [S.l.]: United States Copyright Office, 2016. 354p.

Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

PÁGINAS DA INTERNET

ALECRIM, Emerson. *Netflix já acumula 149 milhões de assinantes e diz não temer Disney+*. Site Tecnoblog, 2019. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/286368/netflix-primeiro-trimestre-2019-resultados/>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

AMAZON. *Amazon Prime Video*. Disponível em: <https://www.primevideo.com/?ref_=dvm_pds_amz_BR_kc_s_g|c_388717858485_m_RB_nwrGg4-dc_s__>. Acesso em: 08 dez. 2019.

APPLE. *Apple Music*. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/apple-music/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Disponibilidade dos Serviços de Mídia da Apple*. Disponível em: <<https://support.apple.com/pt-br/HT204411>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ARRUDA, Wellington. *YouTube Music e Premium chegam ao Brasil por a partir de R\$ 16,90*. Site Canaltech, 23 set. 2018. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/software/youtube-music-e-premium-chegam-ao-brasil-a-partir-de-r-1690-123348/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BETTS, Andy. *Remember Last.fm? A fresh look at the redesigned music service*. Site Make Use Of, 08 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.makeuseof.com/tag/remember-last-fm-look-redesigned-music-service/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

BINENBOJM, GAMA & CARVALHO BRITTO ADVOCACIA. *Petição inicial em ação pelo rito ordinário, com pedido urgente de antecipação dos efeitos da tutela, inaudita altera pars, ajuizada pelo Google Inc., em face da União Brasileira de Editoras de Música – UBEM e do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*. Rio de Janeiro, 31 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150511-04.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

CASEY, Henry T. *YouTube Music and YouTube Premium, Explained*. Site Tom's guide, 08 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.tomsguide.com/us/youtube-music-youtube-premium-faq,news-27226.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

CIRIACO, Douglas. *Novos YouTube Music e YouTube Premium são oficialmente anunciados*. Site Tecmundo, 17 maio 2018. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/130349-youtube-music-youtube-premium-oficialmente-anunciados.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

DEEZER. *Nossa história*. Disponível em: <<https://www.deezer.com/br/company/press>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. *Planos*. Disponível em: <<https://www.deezer.com/br/offers>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. *Associações*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/associacoes/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Regulamento de Arrecadação*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/Documents/regulamento-de-arrecadacao.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Regulamento de Distribuição*. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/eu-faco-musica/Documents/regulamento_de_distribuicao.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Tabela de Preços*. Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/eu-uso-musica/tabela-de-precos/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

FERNANDES, Daniela. Com gostos regionais, Deezer cresce no Brasil. *Valor Econômico*, [Online], 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/06/14/com-gostos-regionais-deezer-cresce-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

GIL, Lauren. *History of music streaming*. Disponível em: <<https://www.sutori.com/story/history-of-music-streaming--zqSr2qQSuWhuDsXbmAUxfi6Y>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

GLOBO. *GloboPlay – assine*. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/assine/>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

GOMES, Fernando. *Além da Netflix: 12 plataformas de streaming para conhecer e assinar*. *Site M de Mulher*, 28 jun. 2019. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/estilo-de-vida/alem-da-netflix-12-plataformas-de-streaming-para-conhecer-e-assinar-hoje/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

HIGA, Paulo. *YouTube Red: o plano pago do YouTube, com vídeos offline e livre de propagandas*. *Site Tecnoblog*, 2015. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/186824/youtuber-red-video-offline-propagandas/>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

KLEINA, Nilton. *Apple Music chega a 60 milhões de assinantes em todo o mundo*. *Site Tecmundo*, 01 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/143248-apple-music-chega-60-milhoes-assinantes-mundo.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

KURTZ, João. *Google Play Music, rival do Spotify, lança versão grátis com anúncios*. *Site Techtudo*, 23 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/06/google-play-music-rival-do-spotify-lanca-versao-gratis-com-anuncios.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LAYTON, Julia. *How Pandora Radio works*. *Site How Stuff Works*, 23 maio 2006. Disponível em: <<https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/pandora.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

LICHOTE, Leonardo. *Músicos questionam direitos autorais em serviços de streaming*. *O Globo*, [Online], 21 abr. 2015. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/cultura/musica/musicos-questionam-direitos-autorais-em-servicos-de-streaming-15934958>>. Acesso em: 12 set. 2019.

NETFLIX. *About Netflix*. Disponível em: <<https://media.netflix.com/en/about-netflix>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. *Escolha o melhor plano para você*. Disponível em: <<https://www.netflix.com/signup/planform>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

OLIVEIRA, Carol. Spotify ganha 8 milhões de assinantes – parte graças aos podcasts. *Revista Exame*, [Online], 31 jul. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/spotify-ganha-8-milhoes-de-assinantes-parte-gracas-aos-podcasts/>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

OMELETE. *Disney+ - Séries e filmes originais do serviço de streaming*. 12 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.omelete.com.br/walt-disney/disney-plus-series-filmes-confirmados#25>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

ORTEGA, Rodrigo. Após cinco anos de disputa com Google, Ecad faz 1º repasse a autores de músicas por vídeos no YouTube. *GI*, [Online], 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/google/amp/pop-arte/musica/noticia/2018/07/18/apos-cinco-anos-de-disputa-com-google-ecad-faz-1o-repasse-a-autores-de-musicas-por-videos-no-youtube.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

PADRÃO, Márcio. *O Spotify mudou a música, mas ainda não sabe como lucrar com isso*. Site da Uol, 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/02/20/qual-e-o-plano-da-spotify-para-continuar-lucrando.htm>>. Acesso em: 19 set. 2019.

PEGORER, Luciana. *Streaming é Execução Pública?* Site da Associação Brasileira da Música Independente, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.abmi.com.br/website/arquivos/legislacao/streaming-na-o-a-execua-a-o-paoblica.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

PRADO, Carol. Artistas questionam divisão de lucros dos serviços de música via streaming. *Folha de São Paulo*, [Online], 19 jan. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1730669-questionado-por-musicos-streaming-ainda-nao-lucra-dizem-empresas.shtml>>. Acesso em: 12 set. 2019.

RIBEIRO, Carolina. *Apple TV+ estreia no Brasil para concorrer com Netflix; veja preço e catálogo*. Site Techtudo, 01 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/11/apple-tv-estreia-no-brasil-para-concorrer-com-netflix-veja-preco-e-catalogo.ghtml>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

ROMEO, Bruno. Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais. *Ministério da Cidadania - Secretaria Especial da Cultura*, 28 jun. 2019. Disponível em: <<http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

SANCHEZ, Daniel. *What Streaming Music Services Pay (Updated for 2019)*. Site Digital

Music News, 25 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.digitalmusicnews.com/2018/12/25/streaming-music-services-pay-2019/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

SPOTIFY. *Onde o Spotify está disponível?* Disponível em: <https://support.spotify.com/br/using_spotify/the_basics/full-list-of-territories-where-spotify-is-available/>. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. *Premium.* Disponível em: <[https://promo.spotify.com/br/store-4/?checkout=false&utm_expnid=.7bg_-n4qSvyqPNKWQ7ozfA.4&utm_referrer="](https://promo.spotify.com/br/store-4/?checkout=false&utm_expnid=.7bg_-n4qSvyqPNKWQ7ozfA.4&utm_referrer=)>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Audiência pública: tecnologia streaming e direitos autorais são os temas de audiência na segunda-feira (14).* 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-12-10_07-00_Audiencia-publica-Tecnologia-streaming-e-direitos-autorais-sao-os-temas-de-audiencia-na-segundafeira-14.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2018.

TECHTUDO. *Google Music.* Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/google-music.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

TERRA. *Spotify chega a 100 milhões de assinantes no mundo.* 29 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/spotify-chega-a-100-milhoes-de-assinantes-no-mundo,7768442937d1ab273af7a642a51b8bee6b2kzj7b.html>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

THE TRICHORDIST. *2018 Streaming Price Bible! Per Stream Rates Drop as Streaming Volume Grows. YouTube's Value Gap is Very Real.* 29 jan. 2019. Disponível em: <<https://thetrichordist.com/2019/01/29/2018-streaming-price-bible-per-stream-rates-drop-as-streaming-volume-grows-youtubes-value-gap-is-very-real/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

TIDAL. *Tipos de assinaturas.* Disponível em: <<https://support.tidal.com/hc/pt-br/articles/115003662825-Tipos-de-assinaturas>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. *What is TIDAL?* Disponível em: <<https://tidal.com/whatistidal>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

VALENTE, Mariana G. *Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a internet?* Site Jota, 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO-Administered Treaties - Contracting Parties > Beijing Treaty on Audiovisual Performances.* Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=841>. Acesso em: 19 ago. 2019.

YOUTUBE. *Como funciona o Content ID.* Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. *YouTube Music*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/musicpremium>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. *YouTube Premium*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/premium>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

RELATÓRIOS, PESQUISAS E PARECERES

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Relatora Deputada Maria do Rosário (PT-RS), pela aprovação do PL 2370/2019, do PL 3035/2019 apensado, com substitutivo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=609106EC79A09B88AB06B50FC4A36ED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1835199&filename=Parecer-CCULT-19-11-2019>. Acesso em: 01 dez. 2019.

EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights* [online]. [S.l.]: WIPO, 2010. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

IFPI. *IFPI Digital Music Report 2019*. [S.l.]: IFPI, 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *The making available right in the United States: a report of the register of copyrights. Report*. Washington: 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES. *Copyright Law Revision – Report n. 94-1476. Report*. Washington: 1976. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/works/aba/ibr/H.Rep.94-1476.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

VERBETES

MULTIPLEXADOR. In: ENCICLOPÉDIA BarsaSaber. Disponível em: <<http://brasil.planetasaber.com/brasil/default.asp?idreg=98804&ruta=Buscador>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

APÊNDICES

APÊNDICE A – Decisões judiciais anteriores ao julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça

Assuntos Enfrentados Tribunais	Nº do Processo Recurso Data de Julgamento Partes Relator	Simulcasting (não interativo e simultâneo)	Streaming não interativo e somente pela Internet	Streaming sob demanda (interativo) – tratado nas decisões como “webcasting”
TJMG	1) 1.0024.10.287440-1/001 Agravado de Instrumento Data do Julgamento: 27/09/2012 Agravante: ECAD Agravada: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão Relator: Sebastião Pereira de Souza	Mantém a decisão agravada que suspende a transmissão via simulcasting – entende que é duplicidade – bis in idem – mesmo fato gerador	Não enfrenta	Não enfrenta
	2) 1.0024.10.287440-1/005 Apelação Cível Data do Julgamento: 06/11/2014 Apelante: ECAD Apelada: AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão Relator: Aparecida Grossi	Relator (vencedor): bis in idem – mesmo fato gerador – há apenas alteração do equipamento transmissor Revisor (vencido): formas diferenciadas de transmissão – cobrança separada	Não enfrenta	Por vezes usa a expressão “simulcasting/webcasting”, mas não enfrenta o assunto
TJMT	1) 37355-79.2016.811.0041 Antecipação de Tutela – Primeira Instância Data do Julgamento: 28/10/2016 Requerente: Rádio Clube De Cáceres Ltda Requerido: ECAD Juíza: Olinda de Quadros Altomare Castrillon	Suspende a cobrança do ECAD pela transmissão via simulcasting– entende que é duplicidade	Não enfrenta	Por vezes, refere-se indistintamente a simulcasting e a webcasting, mas não enfrenta a questão do webcasting
	1) 1336400-0 Decisão monocrática – Agravado			

TJPR	de Instrumento Data do Julgamento: 10/02/2015 Agravante: ECAD Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR Relator: Luis Sérgio Swiech	Mantém a decisão agravada que suspende a cobrança do ECAD pela transmissão via simulcasting – bis in idem (usa o termo “reprodução” de forma atécnica)	Não enfrenta	Confunde webcasting com download, mas não enfrenta efetivamente a questão
	2) 1336400-0/01 Acórdão – Agravo Inominado contra Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento Data do Julgamento: 22/04/2015 Agravante: ECAD Agravado: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado do Paraná - SERTPR Relator: Luis Sérgio Swiech	Mantém a decisão agravada que suspende a cobrança do ECAD pela transmissão via simulcasting – bis in idem (usa os termos “reprodução” e “exibição pública” de forma atécnica)	Não enfrenta	Confunde webcasting com download, mas não enfrenta efetivamente a questão
	1) 0174958.45.2009.8.19.0001 Apelação Cível Data do Julgamento: 12/04/2011 (Caso OI FM) Apelante: ECAD Apelado: TNL PCS S/A Revisor designado p/acórdão: Antonio Saldanha Palheiro	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – bis in idem – cobrança indevida	Em alguns trechos, confunde o gênero “streaming” com a espécie “webcasting”; em outros, confunde o streaming não interativo com a modalidade de streaming sob demanda, isto é, interativa, mas afinal, parece tratar desta última (decisão confusa) – para tanto, usa sempre a terminologia “webcasting”	Revisor (vencedor): Execução pública – novo fato gerador – cobrança devida Confunde o streaming não interativo com a modalidade de streaming sob demanda, isto é, interativa, mas afinal, parece tratar desta última (decisão confusa) – para tanto, usa sempre a terminologia “webcasting” Usa o termo “distribuição” de forma atécnica
	2) 0174958-45.2009.8.19.0001 Embargos Infringentes			Relator (vencido): “webcasting”, tratado como “streaming sob demanda” não é execução pública – cobrança indevida “Webcasting”, tratado como

TJRJ	Data do Julgamento: 31/01/2012 (Caso OI FM) Embargante: TNL PCS S. A. Embargado: ECAD Relator: Cláudio Brandão de Oliveira	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	sinônimo de “streaming sob demanda” não é execução pública – transmissão individual e dedicada – cobrança indevida
	3) 0048707-14.2011.8.19.0000 Decisão monocrática – Agravo de Instrumento Data do Julgamento: 16/11/2011 Agravante: Rádio Globo S/A Agravado: ECAD Relator: Mauricio Caldas Lopes	Mantém as transmissões via simulcasting e webcasting até que a decisão final determine se valores são devidos ao ECAD – não enfrenta o assunto da natureza jurídica	Não enfrenta	Mantém as transmissões via simulcasting e webcasting até que a decisão final determine se valores são devidos ao ECAD – não enfrenta o assunto da natureza jurídica
	4) 0048707-14.2011.8.19.0000 Acórdão – Agravo Inominado contra Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento Data do Julgamento: 30/11/2011 Agravante: ECAD Agravada: Rádio Globo S/A Relator: Mauricio Caldas Lopes	Mantém as transmissões via simulcasting e webcasting até que a decisão final determine se valores são devidos ao ECAD – não enfrenta o assunto da natureza jurídica	Não enfrenta	Mantém as transmissões via simulcasting e webcasting até que a decisão final determine se valores são devidos ao ECAD – não enfrenta o assunto da natureza jurídica
	5) 0386048-66.2009.8.19.0001 Apelação Cível Data do Julgamento: 06/03/2013 Apelante: ECAD Apelante: Rádio Globo S/A Apelados: os mesmos Relator: Alexandre Freitas Câmara	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	“Webcasting”, tratado como “streaming sob demanda” não é execução pública – Internet não é local de frequência coletiva (recesso familiar) – cobrança indevida Por vezes, confunde webcasting com download
	6) 0386089-33.2009.8.19.0001 Apelação Cível Data do Julgamento: 04/02/2015 Apelante: ECAD Apelante: Fox Interactive Media Brasil Internet Ltda. - My Space Com Apelados: os mesmos	Não enfrenta	Não enfrenta	“Webcasting”, tratado como “streaming sob demanda” não é execução pública – Internet não é local de frequência coletiva – transmissão individual – cobrança indevida

	Relator: Bernardo Moreira Garcez Neto			
	7) 0019591-47.2013.8.19.0014 Apelação Cível Data do Julgamento: 25/02/2015 Apelante: Emissora Continental de Campos Ltda Apelado: ECAD Relator: Elton Martinez Carvalho Leme	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	Não enfrenta
	8) 0392128-46.2009.8.19.0001 Apelação Cível Data do Julgamento: 16/04/2015 Apelante: ECAD Apelado: REDETV Interactive Ltda Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	“Webcasting”, tratado como sinônimo de “streaming sob demanda” não é execução pública – transmissão individual e dedicada – cobrança indevida
	9) 0176131-07.2009.8.19.0001 Apelação Cível Data do Julgamento: 14/09/2016 Apelante: ECAD Apelado: Terra Networks Brasil S/A Relator: Cleber Ghelfenstein	Não enfrenta	Não enfrenta	“Streaming sob demanda” não é execução pública – execução pública pressupõe simultaneidade de disponibilização do conteúdo – transmissão particular e individual – cobrança indevida
TJRS	1) 0244896-81.2016.8.21.7000 Agravo de Instrumento Data do Julgamento: 15/12/2016 Agravante: Mil e Dez Radiodifusão Ltda Agravado: ECAD Relator: Elisa Carpim Corrêa	Indefere pedido de tutela de urgência para suspender a cobrança do ECAD pela transmissão via simulcasting – não enfrentou profundamente o assunto	Não enfrenta	Não enfrenta
	1) 2011.000771-6 Agravo de Instrumento Data do Julgamento: 14/07/2011 Agravante: Associação Catarinense de Emissoras de	Indefere pedido de tutela de urgência para suspender a cobrança do ECAD pela transmissão via simulcasting – entendeu que a rádio analógica e	Não enfrenta	Não enfrenta

TJSC	Rádio e Televisão – ACAERT Agravado: ECAD Relator: Jaime Luiz Vicari	a Internet atingem públicos distintos – modalidades distintas que demandam autorizações separadas		
	2) 2014.089575-6 Apelação Cível Data do Julgamento: 17/09/2015 Apelante: ECAD Apelada: Rádio Cidade de Itaiópolis Ltda Relator: Monteiro Rocha	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – mesmo fato gerador – irrelevante a quantidade de vias ou canais de transmissão – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	Não enfrenta
TJSP	1) 0013964-34.2011.8.26.0565 Apelação Cível Data do Julgamento: 16/10/2012 Apelante: ABC Brazil New Time Comunicações Ltda – EPP Apelado: ECAD Relator: Galdino Toledo Júnior	Não enfrenta	Não enfrenta diretamente a questão, mas reconhece a legitimidade do ECAD para a cobrança de valores decorrentes da transmissão musical em grade de programação disponibilizada somente por meio de site da Internet – alega que a empresa presta serviços de radiodifusão, ainda que possa estar irregular perante o poder público pela ausência de outorga de autorização, concessão ou permissão de serviço público	Não enfrenta
	2) 0173652-06.2010.8.26.0100 Apelação Cível Data do Julgamento: 24/04/2014 Apelante: Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo – AESP Apelado: ECAD Relator: Natan Zelinschi de Arruda	Execução pública (enquadrado no conceito de radiodifusão) – única modalidade de execução pública – há apenas alteração do equipamento receptor – bis in idem – cobrança indevida	Não enfrenta	Em alguns trechos, confunde o gênero “streaming” com a espécie “webcasting” – não enfrenta a questão, mas dá uma certa margem para entender que se trata de transmissão individual

Fonte: O autor (2019).