

BIBIANA BISCAIA VIRTUOSO

**O STREAMING COMO EXECUÇÃO PÚBLICA E A GESTÃO COLETIVA DE
DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL**

CURITIBA

2016

BIBIANA BISCAIA VIRTUOSO

**O STREAMING COMO EXECUÇÃO PÚBLICA E A GESTÃO COLETIVA DE
DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL**

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel, Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Prof. Marcos Wachowicz

CURITIBA

2016

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, Marcia e Luiz Henrique. Obrigada por todo apoio, carinho e incentivo. Eu nunca teria chegado tão longe sem o amor de vocês. Este trabalho é o resultado destes anos de dedicação e esforço e com certeza ele tem um pouco de vocês nele. Amo vocês.

Aos meus irmãos, Bruno e Rodrigo, os quais sempre me apoiaram nestes anos de estudos acadêmicos. Sei que nem sempre fui uma irmã perfeita, mas sem vocês não teria sido tão divertido.

Ao meu orientador e amigo, professor Marcos Wachowicz. Obrigada por me guiar nestes últimos dois anos. Seu ensinamento foi fundamental para a escolha da Propriedade Intelectual como meu objeto – e amor – de estudo. Este trabalho é o resultado destes dois anos como membro do GEDAI.

Aos meus companheiros nestes últimos cinco anos: Ivie Rhoden, Janaina Ribas, Gabriel “Woody” Cercal, Maria Teresa Vasconcelos e Priscila Jorge. Vocês me ensinaram um pouco mais como ser esforçada, leal, dedicada e, acima de tudo, me tornaram uma pessoa melhor. Obrigada por todos os momentos, bons e ruins, desde os choros e crises nervosas, até as risadas e conversas. Amo vocês demais.

Aos meus amigos que estiveram me acompanhando e me apoiando nestes últimos anos: Thaís, Matheus, Luiza, Guilherme, Ricardo, Kaue, Ana Luiza, Lucas, Amanda, Karla, Cinthia e Gabriel. Obrigada por me lembrarem que existe vida além da faculdade. Vocês foram parte importante neste processo e teria sido muito mais difícil sem vocês ao meu lado.

Aos meus companheiros do GEDAI. Obrigada por partilharem seus conhecimentos nestes últimos dois anos. Vocês mudaram minha trajetória acadêmica.

Por último, ao meu companheiro de vida, que esteve comigo desde o início e que também está chegando ao final deste ciclo. Nicolas, você foi meu porto seguro nestes anos de faculdade. Obrigada por dividir comigo minhas angústias, meu nervosismo, minhas vitórias. Eu te amo muito e tenho certeza de que você será um grande jurista. Nossos caminhos ainda terão muitas curvas, mas sei que juntos passaremos por tudo isso.

“Nós não pedimos pra vocês iPhones de graça. Por favor, não nos peçam pra lhes provermos nossa música sem nenhuma compensação”.

(Cantora e compositora Taylor Swift, em carta aberta à Apple, 21 de junho de 2015)

RESUMO

O presente estudo busca compreender de forma mais aprofundada o fenômeno do *Streaming*. Neste fenômeno, há uma maior interatividade entre os usuários e uma maior facilidade no acesso às obras. Aqui está a importância da internet e deste tipo de serviço: as obras deixam de ser uma posse para ser um acesso. Há um caminho extenso a ser percorrido antes de chegar ao sistema ideal. É preciso uma maior transparência por parte das plataformas de *streaming*, bem como manter um equilíbrio na relação artistas e os entes intermediários. O sistema de gestão coletiva no Brasil ainda apresenta dificuldades, confundindo por vezes o titular da obra e o usuário, pois não se sabe a quem se deve pagar. Ademais, deve-se atentar para a discussão acerca da execução pública. *Streaming* não deve ser considerado como. As plataformas são utilizadas para o usuário particular, de forma que considerar como execução pública seria uma maneira de cobrar em dobro. Os elementos existentes no artigo 68 da Lei de Direitos Autorais devem estar presentes para que se configure execução pública, o que não é o caso das plataformas de *streaming* interativo. Embora apresente um crescimento cada vez maior, há quem veja o serviço com maus olhos. Discussões recentes na mídia comprovam isto. Cantores e compositores alegam que o serviço não é suficiente para retribuir o trabalho empenhado, como no caso da cantora Taylor Swift. O serviço de *streaming* surge então como uma alternativa aos sistemas existentes. É uma forma alcançável de se ter acesso às obras fonográficas. Ainda se faz necessário um estudo mais aprofundado, de forma a garantir o direito dos artistas, o acesso dos usuários e o lucro dos produtores.

Palavras chave: Gestão coletiva – Streaming – Interatividade – ECAD – Execução Pública - Fonograma

ABSTRACT

The present study concerns to understand more thoroughly the phenomenon to streaming. In this phenomenon, there is a greater interactivity between users and an easier access to work. Here is the importance of the internet and this kind of service: stop being a property to be an access. There is an extensive path traversed a being before reaching the ideal system. It takes a major transparency by the streaming platforms, as well keeping a balanced relationship between artists and the entities intermediates. The collective management system in Brazil still presents difficulties, confusing for times the right holders of the work and the user as they does not know for who must pay. Moreover, must pay attention to one discussion about the public execution. Transmission must not be considered as. How are platforms used for particular user, so consider how public execution would be a way to charge double. Existing the elements in article 68 of the copyright act must be present for configure public execution, what is not the case in streaming interactive platforms. Although presents a growth each major time, there is who see the service with evil eyes. Discussions on recent media show it. Singers and songwriters claim that is not enough service to repay the committed work, as in the case of singer Taylor Swift. Streaming outbreaks service then as an alternative to existing systems. And an attainable way to have access to phonographic works. Still necessary a deep study, to ensure the rights of artists, the access of users and the income of producers.

Keywords: Collective management - Streaming - Interactivity - ECAD - Public Execution - Phonogram

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
------------------	---

1. GESTÃO COLETIVA	9
1.1. OS MODELOS DE GESTÃO COLETIVA SEGUNDO A OMPI	10
1.2. A GESTÃO COLETIVA NO BRASIL.....	12
1.3. ECAD.....	13
1.4. A CPI DO ECAD E A LEI 12.853 DE 2013.....	15
1.5. CRÍTICAS AO SISTEMA DE GESTÃO COLETIVA	17
1.6. O SISTEMA DE LICENCIAMENTO NO BRASIL: AS <i>BLANKET LICENSES</i>	18
2. STREAMING	19
2.1. FUNCIONAMENTO.....	20
2.2. <i>STREAMING</i> NÃO INTERATIVO.....	21
2.3. <i>STREAMING</i> INTERATIVO (<i>ON DEMAND</i>)	21
2.4. O <i>STREAMING</i> NA MÍDIA	22
2.5. AS DIFICULDADES DO <i>STREAMING</i> NO BRASIL.....	23
3. A EXECUÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	24
3.1. CATEGORIAS DE DIREITOS AUTORAIS SEGUNDO O ECAD	25
3.2. UM NOVO DIREITO: DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO	26
3.3. DIREITO DE EXECUÇÃO PÚBLICA	27
3.4. O <i>STREAMING</i> COMO EXECUÇÃO PÚBLICA.....	28
3.4.1. MySpace x ECAD.....	29
3.4.2. Oi x ECAD.....	31
3.4.3. ECAD x <i>Youtube</i>	34
4. A CONSULTA PÚBLICA DO MINISTÉRIO DA CULTURA ACERCA DA REGULAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET	36
4.1. SÍNTESE DOS PARECERES ENVIADOS À CONSULTA PÚBLICA.....	37
4.2. OBSERVAÇÕES ACERCA DA CONSULTA PÚBLICA	45
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

O mercado de consumo foi profundamente alterado com a expansão da internet. A indústria que sofreu o mais notável impacto é, sem dúvida, a indústria fonográfica. O surgimento do MP3 trouxe consigo o compartilhamento de arquivos entre usuários, popularizado pelo Napster e, após isto, o compartilhamento via redes peer-to-peer (P2P), como no caso do Pirate Bay.

A tecnologia não só alterou o suporte físico das músicas, mas também significou uma diminuição nos custos e investimentos das gravações. Antes era necessário todo um anteparo para a produção de uma única canção. Hoje, softwares permitem a gravação rápida e fácil, usando apenas o computador pessoal.

Conseqüentemente, verificou-se um aumento no número de gravadoras menores e independentes. O que antes era um oligopólio, com forte concentração de mercado e barreiras de acesso, tornou-se diversificado, com maior oferta e liberdade¹.

Antes, o mercado controlava a oferta dos produtores de conteúdo. Com a popularização da internet, isso não foi mais possível. O consumidor, então, não tinha mais interesse em consumir apenas o que era conveniente para a indústria. Do mesmo modo, os artistas se viram livres de contratos muitas vezes abusivos, não dependendo mais das grandes empresas para distribuir suas obras².

De acordo com o relatório do IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) *Global Music Report*, publicado em 12 de abril de 2016, as vendas digitais resultaram em 45% dos rendimentos da indústria, contra 39% das vendas físicas³. O valor restante seria derivado dos *royalties* de execução pública.

Neste contexto, o *streaming* representou 45,2% destas vendas, colaborando para um crescimento global de 3,2%. O rendimento das vendas online gerou em torno de U\$ 6,7 bilhões. O *streaming* representa 19% dos ganhos totais da indústria, estando prestes a ultrapassar o *download* como fonte primária no meio digital, o qual representa 20% do lucro total.

¹ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p.07.

² Op. Cit. p.11.

³IFPI. **IFPI Global Music Report 2016**. 2016. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2016>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

Os dados confirmam que atualmente há uma nova forma de consumir música. Há, pois, uma demanda específica: acesso às músicas desejadas, no momento oportuno, por baixos valores (ou de forma gratuita)⁴.

Contudo, o consumo de músicas em nível recorde não significa uma remuneração justa para os artistas. O *streaming*, apesar de surgir como uma alternativa forma de consumo, não é unânime entre os artistas.

O caso mais famoso é da estrela mundial Taylor Swift. A cantora estadunidense retirou o seu catálogo da plataforma *Spotify*. O motivo alegado foi de que a remuneração por cada *stream* é muito baixa, não valorizando o trabalho dos artistas, principalmente aqueles que estão no início de carreira.

No Brasil, a discussão gira em torno da gestão coletiva e da execução pública. Como seria feita a arrecadação deste tipo de serviço? O *streaming* é uma forma de execução pública?

Os julgamentos são escassos e há apenas poucos anos se vem discutindo a questão dentro dos tribunais brasileiros.

Com a expansão da internet, a gestão coletiva de direitos autorais se faz cada vez mais necessária. É muito difícil para o titular controlar sua obra dentro do espaço digital. Contudo, o ECAD, responsável pela arrecadação, ainda é objeto de críticas.

Desta forma, conceitos como o de execução pública, frequência coletiva e distribuição devem ser discutidos quando falamos nesta nova tecnologia: o *streaming*.

1. GESTÃO COLETIVA

⁴ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p.13

De acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), gestão coletiva compreende o exercício de direito de autor e direitos conexos, por meio de organizações que agem no interesse e em nome dos titulares das obras⁵.

É uma “atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras⁶”. Autores e titulares se unem em associações, as quais são entes que atuam como mandatários de diversos titulares de direitos autorais, podendo, inclusive, recolher os valores devidos a título de uso das obras.

O ente de gestão coletiva é compreendido como um ente intermediador entre os usuários e os artistas, reduzindo custos e redistribuindo os valores arrecadados entre os titulares dos direitos autorais⁷.

É difícil para os autores e titulares controlarem, individualmente, o uso de suas obras e garantir o recebimento pelo uso das mesmas. Desta forma, o sistema da gestão coletiva surge para facilitar esta fiscalização e diminuir os custos deste processo.

No caso da execução pública das obras musicais, este custo é muito alto. O recolhimento deve ser feito por diversos usuários, tais como rádios, televisão, casas de show, hotéis, estabelecimentos comerciais. Ademais, com a fragmentação dos titulares sobre uma mesma música, obrigaria o usuário a conseguir a autorização de cada um deles. Ainda, não há um registro central de quem possui os direitos autorais de cada obra⁸.

Isto só demonstra como a gestão individual é insustentável, principalmente para os usuários menores.

1.1. OS MODELOS DE GESTÃO COLETIVA SEGUNDO A OMPI

Segundo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual⁹, a gestão coletiva possui vários modelos, variando de acordo com a categoria envolvida.

⁵ World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁶ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.113.

⁷ Op. Cit. p.117.

⁸ Op. Cit. p.116.

⁹ World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

O primeiro deles é o modelo tradicional. Por modelo tradicional, entende-se aquele em que as entidades de gestão coletiva atuam em nome de seus membros, negociando taxas e termos de uso, licenças, recolhem e distribuem royalties. Neste modelo, o titular não se envolve diretamente no processo.

O outro modelo é o chamado *one-stop-shops*. Este sistema funciona como uma espécie de coalizão das entidades de gestão coletiva, oferecendo aos usuários uma fonte centralizada, na qual as autorizações são facilmente obtidas.

Este modelo está se tornando cada vez mais popular, uma vez que as produções multimídias, que necessitam de ampla variedade de autorizações, crescem a cada dia.

Este sistema é o adotado pela *Apple*. O *iTunes*, que ainda não havia lançado o serviço de *download* pago no Brasil, impôs a condição de que existisse uma *one-stop-shop* com a qual pudesse negociar para que entrasse no Brasil. Assim, a UBEM (União Brasileira de Editoras de Música) passou a fazer esta intermediação¹⁰.

Hoje, a *Apple* se consolidou como a maior cliente das gravadoras, se tornando uma das maiores plataformas de distribuição de músicas no meio digital. Um estudo de 2012 estimou que a empresa detinha cerca de 64% do mercado de *downloads* digitais.

Acerca da distribuição dos valores arrecadados, a plataforma detém cerca de 30% do valor das vendas, ficando o restante para artistas, editoras, *publishing* e distribuição digital¹¹.

O terceiro e último modelo diz respeito aos centros de compensação de direitos, os *Rights clearance centers*. Neste caso, as licenças são concedidas aos usuários, refletindo as condições para utilização das obras e os termos de remuneração estabelecidos por cada membro do centro. Os centros de compensação atuam como um agente do titular dos direitos. Estes, por sua vez, permanecendo diretamente envolvidos na definição dos termos de uso das suas obras.

¹⁰ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.333.

¹¹ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p.15.

1.2. A GESTÃO COLETIVA NO BRASIL

A gestão coletiva de direitos autorais no Brasil possui formato de monopólio legal. Ou seja, a própria lei define a existência de um único escritório que irá arrecadar e distribuir os direitos autorais referentes à execução pública. No caso, trata-se do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição)¹².

Outra característica diz respeito à existência de uma “dupla camada”. Para além do escritório central, outras associações ficam responsáveis pelo cadastro das obras e pelo repasse dos valores aos associados¹³. Segundo Mariana Giorgetti Valente e Pedro Augusto P. Francisco, trata-se de uma “passagem de bastão”:

“A associação de gestão coletiva associa os titulares, cadastra suas obras, e passa o bastão para o ECAD arrecadar. Os valores são então transferidos às associações, que fazem a administração fiscal, descontam o imposto de renda e repassam aos titulares”¹⁴.

Este sistema é de exclusividade do Brasil. Nenhum outro país o adota. A crítica se dá pelo desperdício de recursos nos custos de administração, reduzindo o ganho final do titular do direito.

Em 2015, o ECAD arrecadou R\$ 1.026.964.439,00¹⁵ e distribuiu R\$ 771.702.044,32¹⁶. Ou seja, o escritório retém uma porcentagem considerável dos ganhos, chegando a 17% do valor total em 2014. Ademais, as associações também retêm outra parcela desta arrecadação.

Este modelo também dificulta a negociação e repasse com as entidades estrangeiras, pois não se sabe a quem reportar, seja para repasses ou receber valores pela execução pública¹⁷.

¹² FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.171.

¹³ Op. Cit. p. 171.

¹⁴ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.171.

¹⁵ Informações retiradas do site do ECAD. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/o-ecad/resultados/Paginas/Arrecadacao.aspx>

¹⁶ Informações retiradas do site do ECAD. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/o-ecad/resultados/Paginas/Distribuicao.aspx>

¹⁷ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p. 174.

A gestão coletiva encontra-se positivada nos artigos 97 a 100 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98).

O artigo 97 dispõe acerca da possibilidade dos autores e os titulares de direitos conexos associarem-se sem intuito de lucro, a fim de garantir os seus direitos. Trata, ainda, da função social das associações e da liberdade de filiação e transferência dos autores.

O artigo 98, por sua vez, discorre acerca da delegação dos titulares às associações responsáveis por defender seus direitos. Ainda, acerca da possibilidade dos autores praticarem pessoalmente os atos de gestão, desde que haja comunicação prévia à entidade na qual é filiado. É neste dispositivo que se encontra o cerne da gestão coletiva. Ou seja, as associações como mandatárias dos titulares das obras, gerindo seus interesses¹⁸.

O artigo 100 dispõe acerca do direito de fiscalização dos filiados da associação, por meio de requerimento de um terço dos associados.

1.3. ECAD

É no artigo 99 da Lei de Direitos Autorais que trata acerca do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD.

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.

Instituído pela Lei 5988 de 1973, o ECAD é uma associação das associações de titulares de direito autoral, voltadas para a gestão coletiva. Sua principal função é centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos decorrentes da execução pública de obras musicais, líteromusicais e fonogramas¹⁹.

¹⁸ Op. Cit. p.118.

¹⁹ ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal.** Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

É uma instituição privada, sem fins lucrativos, a qual arrecada os valores devidos pelos usuários e repassa para as associações. Estas, por sua vez, repassam os valores aos titulares dos direitos autorais de seu repertório²⁰.

É o único órgão legitimamente instituído, capaz de realizar a cobrança da exploração econômica de obras protegidas, bem como a transmissão dos valores arrecadados²¹.

Atualmente o ECAD é composto por sete associações²²:

- i. Abramus - Associação Brasileira de Música e Artes
- ii. Amar - Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes
- iii. Assim - Associação de Intérpretes e Músicos
- iv. Sbacem - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música
- v. Sicam - Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais
- vi. Socinpro - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais
- vii. UBC - União Brasileira de Compositores

A tabela dos preços a serem cobrados é feita pelo ECAD. Segundo Gabriela Arenhart²³, a tabela de preços considera a importância da música para o estabelecimento que a utiliza, a atividade exercida pelo usuário da obra, a periodicidade da sua utilização e a maneira como a apresentação se realiza. Os usuários são divididos em quatro grupos: permanentes, eventuais, rádio/tv e serviços digitais²⁴.

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, critica esta cobrança, pois haveria uma lacuna legislativa a respeito. Não haveria na lei alusões aos valores máximos ou

²⁰ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.123.

²¹ ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

²² Informações retiradas do site do ECAD: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Paginas/default.aspx>

²³ ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

²⁴ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.129.

mínimos para esta cobrança, devendo ser determinada em legislação infra-ordinária ou por meio de pactuação privada²⁵.

Desta forma, o ECAD e suas associações violariam o princípio da livre concorrência, utilizando de cobranças abusivas e gerando insegurança jurídica tanto para os artistas quanto para os usuários²⁶.

1.4. A CPI DO ECAD E A LEI 12.853 DE 2013

Demonstrada a falta de institucionalização e a existência de um vazio legal, a gestão de direitos autorais age de maneira independente, sem supervisão por parte do Estado. Contudo, esta atuação estatal se faz necessária, a fim de evitar inconsistências e abusos na arrecadação e a ineficácia na distribuição²⁷.

Neste aspecto, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) abriu uma investigação acerca da atuação do ECAD no ano de 2012.

De acordo com o relatório final apresentado,

“foi criada a Comissão Parlamentar de Inquérito, composta por onze senadores titulares e seis suplentes, para investigar, no prazo de cento e oitenta dias, irregularidades praticadas pelo ECAD na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da Lei 9.610/98”²⁸.

Haveria uma ausência de informação plena, de clareza, publicidade e de recurso à mediação ou arbitragem, levando ao desconhecimento e confusão de interpretação por parte do usuário.

Outra acusação é de que o ECAD se apropriou indevidamente dos chamados créditos retidos. Por crédito retido, entende-se como o valor referente a obras não

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁶ ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

²⁷ Ibidem.

²⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. . **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD (Requerimento nº 547, de 2011 – SF)**: Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 25 out. 2016.

identificadas ou de titulares não identificados. Durante cinco anos estes valores ficam disponíveis ao titular, o qual pode reivindicá-los. Passado o prazo estabelecido, estes créditos deverão ser redistribuídos em sua rubrica de origem²⁹. Ou seja, o crédito deve ser redistribuído a todos os associados.

A outra acusação se deu na afirmação de que o ECAD estaria formando um cartel, juntamente com suas associações. Segundo o relatório final da CPI,

“houve uma apuração acerca da formação de cartel pela fixação conjunta dos valores referentes aos direitos de execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas, bem como de suposta criação de óbices para dificultar e, mesmo, impedir a constituição de novas associações”³⁰.

O ECAD estaria dificultando o credenciamento de novas associações, tendo estipulado regras quantitativas abusivas e bastante rígidas, relacionadas ao tamanho e ao volume de operações que qualquer associação de autores deve possuir, caso queira se tornar credenciada.

Já as associações integrantes do Escritório Central estariam se valendo de um dispositivo estatutário do ECAD, consoante o qual uma nova associação somente poderá se credenciar se aquelas já credenciadas o aprovarem.

Ainda, tanto o ECAD quanto as associações estariam impondo preços excessivos, de forma cartelizada, uma vez definidos em tabelas aprovadas pela Assembleia Geral do Escritório Central e caracterizados por elevadíssimas taxas de administração, o que faria com que valores irrisórios sejam repassados ao autor da obra intelectual.

O resultado da CPI do ECAD foi o sancionamento da Lei 12.853 de 2013, acrescentando os artigos 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revogando o art. 94 da Lei nº 9.610.

A nova lei prevê que o ECAD continua a ser formado pelas associações que reúnem compositores e intérpretes, mas essas entidades terão de se credenciar junto ao Ministério da Cultura para demonstrar que têm condições de administrar os direitos

²⁹ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.188.

³⁰ BRASIL. SENADO FEDERAL. . **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD (Requerimento nº 547, de 2011 – SF)**: Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 25 out. 2016.

autorais. Assim, o Ministério da Cultura também é responsável por fiscalizar a arrecadação e os repasses dos recursos aos autores.

O sistema de arrecadação e distribuição também contará, a partir de agora, com um cadastro unificado de obras, evitando fraude nos dados e a duplicidade de títulos.

Com relação aos novos repasses, a nova lei estabelece que em até quatro anos, a parcela destinada à distribuição dos valores devido aos autores, pela execução de sua obra não seja inferior a 85% (o valor anterior era de 75%)³¹.

A Lei 12853 de 2013 enfatizou ainda mais o papel da gestão coletiva, destacando quesitos como eficiência, transparência, acessibilidade, controle e isonomia entre os associados e o poder de arrecadação e representação das associações³².

1.5. CRÍTICAS AO SISTEMA DE GESTÃO COLETIVA

Embora colabore com a fiscalização e garantias dos titulares de direito autoral, o sistema de gestão coletiva é passível de críticas. José de Oliveira Ascensão, em sua obra “Direito Autoral”, afirma que as limitações de controle das obras levaria a uma obrigação do autor a associar-se, gerando uma gestão coletiva necessária³³.

Segundo o autor, o titular é forçado a recorrer a um ente de gestão coletiva, uma vez que não há outra forma de gerir seus direitos. Seria uma espécie de direito de representação obrigatória, na qual acaba aceitando todas as condições do ente de gestão³⁴.

Desta forma, os órgãos de gestão coletiva acabam excluindo o vínculo entre autor e usuário, criando uma nova relação: autor – associação – usuário.

³¹ RODRIGUES, Randolfe. **Sancionada nova lei dos direitos autorais, resultado da CPI do ECAD presidida por Randolfe**. 2013. Disponível em: <<http://blogdorandolfe.com.br/sancionada-nova-lei-dos-direitos-autorais-resultado-da-cpi-do-ecad-presidida-por-randolfe/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

³² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar.

³³ ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 620

1.6. O SISTEMA DE LICENCIAMENTO NO BRASIL: AS *BLANKET LICENSES*

A concessão de licenças, na maioria dos casos, é concedida em bloco e é única. Isto permite que o usuário utilize ilimitadamente o repertório pertencente a associação. As chamadas *blanket licenses*, ou licenças em branco, não especificam quais obras são abrangidas nem quantas vezes elas serão executadas. Trata-se unicamente do prazo para sua utilização³⁵.

Segundo Verônica Torri³⁶, as *blanket licenses*

“permite ao usuário utilizar toda e qualquer obra musical que faça parte do catálogo ou repertório da entidade de gestão coletiva, e na quantidade desejada pelo usuário, mediante o pagamento de uma tarifa única periódica”.

Este é o único método utilizado pelas associações de gestão coletiva no Brasil.

A crítica se dá justamente nesta venda em bloco. As *blanket licenses* gerariam um prejuízo para o usuário, pois raramente ele utilizaria o repertório completo. Assim, é uma forma de cobrar por algo que não será aproveitado em sua plenitude.

Uma solução para este problema seria a adoção de outros sistemas. Nos Estados Unidos, por exemplo, utiliza outros quatro tipos de licenciamento³⁷.

O primeiro deles é a licença por programação. Neste caso, há uma limitação da utilização do repertório.

O segundo tipo é a licença direto para o telespectador. Aqui, permite-se o pagamento de um valor único no caso da transmissão de uma programação de emissora por outra.

Em terceiro lugar fala-se na licença por uso, a qual cobra de acordo com as obras efetivamente utilizadas e sua frequência de utilização.

Por último, há a licença direta/na fonte. Neste caso, o titular da obra negocia diretamente com o usuário.

³⁵ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.119.

³⁶ TORRI, Verônica. **Gestão Coletiva de direitos autorais e defesa da concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p.85.

³⁷ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.120.

Desta forma, uma alternativa viável para o Brasil, seria a adoção da licença por uso, garantindo a utilização da obra pelo usuário, sem gerar prejuízos, como no caso das *blanket licenses*.

2. STREAMING

Do verbo em inglês *stream*, a palavra *streaming* traz a ideia de fluxo, algo que se move rapidamente. A demanda pela música gratuita impulsionou a criação deste tipo de serviço, surgido pela primeira vez na metade da década de 90. O *RealAudio*,

hoje conhecido como *RealPlayer* foi o primeiro serviço de *streaming* colocado no mercado³⁸.

O *streaming* ganhou força com a plataforma Pandora, em 2005. Contudo, seu ápice chegou em 2011, com o lançamento do *Spotify*³⁹. É possível perceber uma queda no número de *singles online* e a venda física ao mesmo tempo em que houve um aumento considerável no número de assinantes destas plataformas.

Os usuários preferem pagar pelo acesso em detrimento de guardar o arquivo em seus dispositivos. A interatividade destes serviços é outro chamariz. Enquanto os *downloads* se mantêm estáticos, o *streaming* permite uma interação entre os usuários, bem como possibilita uma melhor organização dos arquivos. A exemplo do *Netflix*, é possível criar uma lista de filmes e séries a serem assistidos. O serviço está se popularizando de tal forma que, a exemplo da América Latina, 81% afirmam utilizá-lo, número superior aos 70% que afirmam ver TV aberta⁴⁰.

Outro atrativo deste tipo de serviço é a desnecessidade de possuir aparelhos com vasta memória. Basta adicionar o aplicativo no *smartphone*, televisão ou computador que se pode ter acesso ao repertório disponível.

2.1. FUNCIONAMENTO

O *streaming* consiste em uma distribuição *online* de pacotes de dados. Diferentemente dos *downloads*, não há armazenamento do conteúdo, de forma a ser reproduzido na medida em que o usuário o recebe⁴¹.

Além de não necessitar de armazenamento, outro diferencial se encontra na aquisição. Enquanto o *download* funciona como a aquisição de um produto, o *streaming* funciona como um serviço⁴².

³⁸ Informações retiradas do site da empresa. Disponível em: <https://www.realnworks.com/our-story>. Acesso em: 06 out. 2016.

³⁹HARVEY, Eric. **Station to Station: The Past, Present, and Future of Streaming Music**. Disponível em: <http://pitchfork.com/features/cover-story/reader/streaming/>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁴⁰GONZAGA, Yuri. **Streaming já é mais importante que TV aberta na América Latina**. Publicado em: 04 nov. 2015. Acesso em: 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/11/1701904-streaming-ja-e-mais-importante-que-tv-aberta-na-america-latina.shtml?cmpid=facefolha>

⁴¹ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.267.

⁴² FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.267.

2.2. STREAMING NÃO INTERATIVO

O mercado divide os serviços de streaming em duas modalidades: o *streaming* interativo (*on demand*) e o *streaming* não interativo.

O modelo não interativo é aquele oferecido pelas rádios *online*, não se diferenciando muito da rádio tradicional⁴³. Neste caso, a interatividade é praticamente inexistente, de forma que o usuário não possui liberdade para escolher quais músicas deseja ouvir. É aqui que se enquadra o *simulcasting*, espécime de rádio *online* que reproduz, simultaneamente, um programa via radiofusão. As plataformas que merecem destaque neste modelo são *Last.fm*, *Pandora* e *Samsung Milk*⁴⁴.

2.3. STREAMING INTERATIVO (ON DEMAND)

Por sua vez, o modelo interativo (mais conhecido como *on demand*) permite que o usuário inicie a transmissão da obra quando desejar, como se dispusesse do fonograma⁴⁵. É neste modelo que se encaixam as principais plataformas de *streaming*, tais como o *Spotify*, *Deezer* e *YouTube*. É onde se enquadra o chamado *webcasting*.

O modelo *on demand* surge como um novo intermediador na indústria musical, funcionando como tecnologia e loja. A remuneração do serviço se baseia na parcela paga de usuários que possuem a assinatura⁴⁶. A maior parte da receita é utilizada para pagar o licenciamento das músicas e os custos da empresa.

O valor a ser cobrado pela assinatura do serviço de *streaming* é estabelecido pelas matrizes das empresas. Assim, seu preço está associado ao que foi acordado com as gravadoras⁴⁷.

Uma prática comum por parte das plataformas é ofertar a opção gratuita do serviço. Nestes casos, a interatividade é limitada e o usuário se vê preso a um número

⁴³ Idem.

⁴⁴ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

⁴⁵ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

⁴⁶ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.280.

⁴⁷ Idem.

fixo de *skips* (possibilidade de pular de música na playlist) e publicidade⁴⁸. A opção gratuita é uma forma das plataformas atraírem os usuários para o serviço, mostrando os benefícios da versão paga (conhecida como *premium*).

A publicidade, em tese, serviria para cobrir os custos desta opção gratuita. É o que se denomina de modelo de *flat*: geração de renda por associação com a publicidade⁴⁹. Contudo, os detentores de conteúdo discordam desta forma de remuneração, exigindo valores fixos, independente do número de usuários⁵⁰.

De acordo com relatório de música digital do *IFPI* de 2015, a modalidade gratuita de plataformas como o *Spotify* e o *Deezer* é um chamariz para que os usuários utilizem as versões *premium*. Entretanto, este sistema não estaria gerando remuneração justa aos artistas, de forma a ser repensada em um futuro⁵¹.

2.4. O *STREAMING* NA MÍDIA

Apesar do crescimento expressivo do uso das plataformas de *streaming*, este tipo de serviço ainda apresenta certa resistência por parte dos cantores e compositores. A principal alegação é de que não há transparência por parte das plataformas, além da remuneração ser muito abaixo do que seria devido.

O caso mais icônico é o da cantora e compositora Taylor Swift. Swift é responsável pela turnê que mais arrecadou em 2015 (cerca de US\$ 250,4 milhões e uma média de público de 42.893 pessoas em suas 83 apresentações)⁵². Além disto, seu último álbum, “1989”, foi um dos mais vendidos nos últimos anos.

Devido ao sucesso estrondoso que foi o álbum, foi um choque para os usuários do *Spotify* quando Swift anunciou que não iria disponibilizar suas obras na plataforma.

⁴⁸ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.282.

⁴⁹ PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ IFPI. **IFPI Digital Music Report 2015**: Charting a path to sustainable growth. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

⁵² FORBES BRASIL (Ed.). **10 artistas que mais lucraram com shows em 2015**. 2016. Disponível em: <<http://www.forbes.com.br/listas/2016/01/10-artistas-que-mais-lucraram-com-shows-em-2015/>>. Acesso em: 07 set. 2016.

A cantora alega que a pirataria e o *streaming* dificultam a venda dos álbuns. Segundo ela, há um trabalho de uma vida inteira envolvido na obra e, por isso, seus autores, escritores, produtores e artistas deveriam ser melhor pagos.

Além do *Spotify*, Swift criticou – em carta aberta – o serviço de *streaming* da gigante *Apple*. A proposta da empresa era oferecer três meses de serviço grátis aos usuários, pagando os direitos autorais dos artistas mais tarde. A repercussão da carta foi tão grande que, em poucas horas a *Apple* mudou a sua política, garantindo a remuneração dos artistas desde o início⁵³.

Mais recentemente, Taylor assinou uma carta que se opõe à forma com que o *YouTube* disponibiliza conteúdo. A cantora, ao lado de Paul McCartney e a banda U2, pede a revisão da Digital Millennium Copyright Act (D.M.C.A.), lei nos Estados Unidos que regula a distribuição de direito autoral em meios digitais no país. A alegação dos artistas e das gravadoras é de que o *YouTube* utiliza os conteúdos artísticos com licenças que podem não ser renovadas.

A defesa do site defende que, direta e indiretamente, rende bilhões de dólares aos envolvidos no meio musical e que novas ferramentas contribuem para que os donos dos direitos consigam coibir a pirataria dentro do site⁵⁴.

A cantora acabou fechando um contrato com o serviço do *Tidal*, do também cantor e compositor estadunidense Jay-Z. Diferente do *Spotify*, o *Tidal* seria totalmente pago, de forma a garantir maior lucro para seus autores. Outros artistas de peso seguiram Swift e migraram para o *Tidal*, sendo eles Coldplay, Rihanna, Daft Punk, Alicia Keys, Calvin Harris, Jack White, Madonna, Usher, Arcade Fire, Deadmau5 e Beyoncé⁵⁵.

2.5. AS DIFICULDADES DO STREAMING NO BRASIL

⁵³ ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>. Acesso em: 28 jun. 2015.

⁵⁴ PAULO, Estado de S.. **Taylor Swift assina carta que se opõe à forma com que o YouTube disponibiliza conteúdo**: Cantora se junta ao U2 e a Paul McCartney em luta para revisão de lei norte-americana que regula distribuição de direito autoral no meio digital. 2016. Disponível em: <http://emails.estadao.com.br/noticias/gente,taylor-swift-assina-carta-que-se-opoe-a-forma-com-que-o-youtube-disponibiliza-conteudo,10000058521>>. Acesso em: 02 set. 2016.

⁵⁵ Relação disponibilizada no site <http://www.go2web.com.br/pt-BR/blog/tidal-artistas-fazem-pacto-pelo-streaming-de-musica-justo-com-novo-servico.html>

Para além da insatisfação dos artistas, o *streaming* possui barreiras funcionais. A principal é o alto custo da estrutura. É necessária uma grande escala de usuários para que o negócio se torne rentável.

As plataformas se veem dependentes dos detentores de conteúdo, ficando em evidente desvantagem.

Outros fatores também interferem na cooptação de novos usuários. Uma vez que estes tipos de plataformas são pensadas principalmente para aparelhos móveis, o uso depende de smartphones de tecnologia razoável. Ademais, outro fator que influencia o uso destas plataformas é a conectividade com a internet. O Brasil, apesar de ser um dos maiores mercados de música digital, possui uma das redes mais lentas do planeta. Isso acaba prejudicando os usuários, pois impossibilita uma conexão razoável, diminuindo a qualidade das músicas.

Destarte, não basta somente colocar o produto no mercado. É necessário considerar toda a estrutura tecnológica que isto envolve, de forma a garantir que o usuário possa disfrutar da melhor maneira do serviço ofertado.

3. A EXECUÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Segundo a OMPI⁵⁶, as entidades de gestão coletiva cuidam dos seguintes direitos:

- a) Direito de Execução Pública: quando a execução ocorre em locais de frequência coletiva;

⁵⁶ World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

- b) Direito de Radiodifusão: performances ao vivo e gravadas em rádio ou televisão;
- c) Direitos de reprodução mecânica de obras musicais: reprodução de CD's, discos de vinil, entre outras formas de gravação;
- d) Direitos de execução em obras dramáticas: no caso do teatro;
- e) Direito de reprodução reprográfica de obras literárias e musicais (fotocópia);
- f) Direitos conexos: direitos dos artistas e produtores dos fonogramas de obter remuneração pela radiodifusão ou pela execução pública.

3.1. CATEGORIAS DE DIREITOS AUTORAIS SEGUNDO O ECAD

No Brasil, o ECAD, responsável pelas entidades de gestão coletiva, considera como categorias de direito autoral os direitos fonomecânicos, os direitos de sincronização e o direito de execução pública.

Por direitos fonomecânicos, entendem-se aqueles que derivam da venda dos fonogramas⁵⁷. Segundo o ECAD⁵⁸, trata-se da exploração comercial de músicas gravadas em suporte material, tais como CD's e DVD's.

Neste caso, o exercício do direito se dá na relação entre os artistas, compositores e intérpretes e as gravadoras e estúdios⁵⁹. Os valores distribuídos são definidos nas negociações realizadas. Este valor é dividido pelo número de músicas incluídas na mídia física (CD, DVD, disco de vinil) e repartida entre todos os detentores dos direitos⁶⁰.

A entidade de gestão coletiva dos direitos fonomecânicos no Brasil é a Associação Defensora dos Direitos Autorais Fonomecânicos, a ADDAF. É ela que realiza a intermediação dos autores com as produtoras e gravadoras. Por não se tratar de execução pública, não é compreendida dentre as associações do ECAD.

⁵⁷ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.134.

⁵⁸ Informações retiradas do site do ECAD. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/direito-autoral/o-que-e-direito-autoral/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁵⁹ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p. 134.

⁶⁰ Op. Cit. p.135.

Outro direito abarcado pela gestão coletiva no Brasil é o direito de sincronização. Segundo o ECAD, este direito diz respeito à vinculação da obra como trilha sonora de uma produção audiovisual ou de uma peça teatral⁶¹.

São exercidos por meio de licenciamentos realizados entre o usuário e o titular do direito. Alguns autores acreditam que com a queda na venda de mídias físicas, o direito de sincronização ainda gera uma renda razoável à indústria.

Com o licenciamento, o fonograma e seu autor passam a funcionar como uma espécie de marca, podendo agregar valor à obra que será vinculado⁶². Assim, determinados repertórios terão valor diferenciado, uma vez que há maior reconhecimento do artista ou da música.

Assim como ocorre com os direitos fonomecânicos, o direito de sincronização não figura como execução pública, não sendo compreendido das associações que compõe o ECAD.

3.2. UM NOVO DIREITO: DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

O conceito de colocação à disposição do público foi cunhado em 1996, pela OMPI, nos tratados de Direitos Autorais e no de Direitos Conexos. Neles, foi introduzido o conceito do “making available”, o qual deveria servir como uma solução “guarda-chuva”, a fim de orientar a legislação sobre direitos autorais no ambiente digital.

O “making available” é traduzido como o direito de autorizar a disponibilização para o público, por qualquer meio, a fim de que o ouvinte possa acessar o fonograma quando e onde desejar.

O Brasil não é signatário destes contratos, contudo, adotou-se um conceito semelhante, o de distribuição eletrônica, presente no artigo 29, VII da LDA.

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

⁶¹ Informações retiradas do site do ECAD: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Paginas/default.aspx>

⁶² FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p. 139.

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;

O legislador introduziu o conceito dentro do âmbito da OMPI - o “making available” – para descrever o termo “distribuição” que é justamente o que ocorre quando falamos em *webcasting* e *streaming on demand*.

3.3. DIREITO DE EXECUÇÃO PÚBLICA

No que tange a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, o direito que interessa é o da execução pública. É este direito que serve como base para a função do ECAD.

O direito autoral garante a necessidade de autorização prévia e expressa do titular para que seja realizada a execução pública de suas obras⁶³. Assim, o direito de execução pública diz respeito à execução de obras musicais ou literomusicais em locais de frequência coletiva⁶⁴.

Este direito encontra-se positivado no artigo 68 da Lei 9.610 de 1998 (Lei de Direito Autoral):

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

⁶³ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p. 111.

⁶⁴ Op. Cit. p. 139.

ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.

§ 6º O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.

§ 6º O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede.

§ 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais.

§ 8º Para as empresas mencionadas no § 7º, o prazo para cumprimento do disposto no § 6º será até o décimo dia útil de cada mês, relativamente à relação completa das obras e fonogramas utilizados no mês anterior. (Grifo nosso)

A partir do dispositivo supracitado, compreende-se como execução pública as composições musicais ou literomusicais, transmitidas por qualquer meio, em ambientes que vão além da esfera individual, onde há um número considerável de pessoas, desde hotéis até transporte público.

Entende-se que não há distinção da finalidade da execução musical. O recolhimento dos valores é sempre devido. A cobrança se dá em razão da realização de todo tipo de evento que envolva música e que tenha o mínimo envolvimento de dinheiro⁶⁵.

3.4. O *STREAMING* COMO EXECUÇÃO PÚBLICA

No Brasil, a discussão gira em torno da possibilidade do ECAD cobrar dos serviços de *streaming*, partindo da premissa de que se fala em execução pública. A definição do *streaming* como interativo ou não interativo tem gerado tratamento jurídico diferente.

⁶⁵ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.111.

A primeira decisão data de 2009, na qual a empresa Kboing Networks do Brasil deixasse de veicular música em sua página *online* até o pagamento do valor devido ao ECAD⁶⁶.

Em 2015, um acórdão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo determinou que a ABC Brazil New Time Comunicações devia ao ECAD, uma vez que oferecia alguns videoclipes em seu site.

Em 2011, a Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão (ACAERT) alegou que o ECAD não tinha o direito de cobrar pelas rádios *online* em caso de *simulcasting*, quando se transmite a mesma programação. Foi pedida uma liminar para que o ECAD fosse impedido de cobrar os valores, sob o argumento de que se recorreria a um *bis in idem*, pagando em duplicidade pela mesma coisa⁶⁷. O pedido foi negado em primeira e segunda instância, sob a afirmação de que os dois públicos seriam diferentes e não se confundiriam.

Contudo, dois julgados merecem destaque, o da empresa de telefonia Oi⁶⁸ e o site *MySpace*⁶⁹. Em ambos se discute o *webcasting* (transmissão de áudio e vídeo utilizando a tecnologia) e o *simulcasting*, que utilizam da tecnologia *do streaming*. Nenhum dos casos foi considerado como execução pública.

3.4.1. MySpace x ECAD

Em 2014, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se manifestou acerca do *webcasting*. Por unanimidade, a Décima Câmara Cível determinou que *webcasting* não se configura como execução pública.

DIREITOS AUTORAIS. ECAD. OBRAS DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA. TRANSMISSÃO DE CONTEÚDO PELA INTERNET (STREAMING) NA MODALIDADE WEBCASTING. **HIPÓTESE DE REPRODUÇÃO INDIVIDUAL. EXECUÇÃO PÚBLICA NÃO CARACTERIZADA.** CONCEITO DE LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA QUE DEVE SER INTERPRETADO SISTEMATICAMENTE (ARTIGO 68, §2º E §3º DA LEI FEDERAL 9610). AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DAQUELA ENTIDADE PARA COBRANÇA, IN CASU, DOS DIREITOS AUTORAIS. INCIDÊNCIA DO ART. 99, CAPUT, DA LDA. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA.

⁶⁶ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil.** Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.304.

⁶⁷ Op. Cit. p.305.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível N.º 0386089-3.2009.8.19.0001.** Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 04 de fevereiro de 2015.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes nº 0174958-45.2009.8.19.0001.** Embargante: TNL PCS S. A.. Embargado: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. Relator: Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro

APELAÇÃO DO PROVEDOR DE INTERNET PROCEDENTE. PREJUDICADO O RECURSO DO ECAD.

(...) “No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, **será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário.** Assim, verifica-se que a transmissão de música pela Internet na modalidade *webcasting*, tal como descrita na presente hipótese, **não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva**”⁷⁰. (...)

Trata-se de uma ação movida pelo ECAD em face da Fox Interactive Media Brasil Ltda, responsável pela rede social MySpace, popular nos anos 2000. O site oferece, dentre outros serviços, uma plataforma de *streaming* interativo gratuito.

Em primeira instância, o MySpace foi obrigado a suspender a transmissão de obras musicais enquanto não houvesse o pagamento – retroativo – dos valores devidos ao ECAD.

Já na fase recursal, o relator Bernardo Moreira Garcez Neto sustenta que o *simulcasting* e o *webcasting* configuram como modalidades de rádio *online*. A diferença se encontraria na interatividade. O *webcasting* funcionaria, então, como distribuidor de obras musicais: “Daí porque ficou estabelecido naquele julgamento que o *webcasting* é uma execução de conteúdo de obras musicais de distribuição individualizada de fonograma, e não uma execução pública musical”⁷¹.

O ECAD recorreu, mas a Câmara confirmou o entendimento de Moreira Garcez. A alegação do Escritório Central era de que execução pública seria equivalente a comunicação ao público, referindo-se a um número indeterminado de pessoas⁷².

“No caso em julgamento, verifica-se que o §3º do art. 68 da LDA exemplifica como locais de frequência coletiva lugares **onde comportem e se evidenciam grupos de pessoas**. Diante disso, não é correto desassociar a expressão “**onde quer que**” prevista no final daquele parágrafo de todo o contexto anterior⁷³.”

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes nº 0174958-45.2009.8.19.0001**. Embargante: TNL PCS S. A.. Embargado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Desembargador Cláudio Brandão De Oliveira. Rio de Janeiro.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, RJ, 04 de fevereiro de 2015.

⁷² Conceito definido pela Quarta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, RJ, 04 de fevereiro de 2015.

O acórdão, por sua vez, afasta esse entendimento, afirmando que a execução pública, no Brasil, é uma modalidade de comunicação ao público. Ainda, os locais de frequência coletiva explicitados no artigo 68 da Lei de Direitos Autorais seriam locais onde comportam grupos de pessoas. Assim, seria necessário que muitas pessoas compareçam reiteradamente no mesmo local.

“Daí a impossibilidade de se interpretar a execução pública prevista na Lei dos Direitos Autorais à simples concepção de “*um número indeterminado de pessoas*”, na medida em que o legislador não visou à indeterminação, e sim à **coletividade**.”

Assim, conclui que o *webcasting* é transmissão cedida individualmente ao usuário, de forma que o ECAD não é legitimado a arrecadar por este tipo de serviço.

“Com esses conceitos, é possível concluir que a prática de transmitir música por meio da Internet (*streaming*), através do sistema de *webcasting* **não** configura uma performance pública do conteúdo, na medida em que a transmissão é cedida individualmente ao usuário. Admitir-se que outras pessoas possam estar próximas ao computador ou à volta de um aparelho telefônico (*smartphone*) para enquadrar o *streaming* como execução pública é forçar demais aquilo que normalmente ocorre (art. 335 do CPC). **Não se pode aceitar aqui meras ilações da parte.** Diante disso, conclui-se que não cabe ao ECAD fiscalizar e cobrar os direitos autorais pretendidos nesta demanda, uma vez que eles decorrem da **distribuição individualizada** de fonograma. Tal atuação caberá, apenas, aos artistas ou gravadoras.”⁷⁴

3.4.2. Oi x ECAD

O caso mais emblemático trata da operadora Oi, no ano de 2009. O ECAD intentava que a extinta Rádio Oi pagasse pela veiculação da programação da rádio tradicional na internet.

Foi a partir deste momento que o Judiciário firmou o conceito de *simulcasting* como serviço de transmissão simultânea, via *streaming*, de conteúdo proveniente de uma emissora de rádio ou TV na internet⁷⁵.

DIREITO AUTORAL DIGITAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS NA MODALIDADE DE TRANSMISSÃO DE FONOGRAMA POR MEIO DE

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Rio de Janeiro, RJ, 04 de fevereiro de 2015.

⁷⁵ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. 390 p. p.306.

REDE MUNDIAL DE COMPUTADOR – SIMULCASTING E WEBCASTING (TECNOLOGIA STREAMING).

COMUNICAÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICIAIS.

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

FIXAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO PELO ECAD – 7,5% DO FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA COM PUBLICIDADE.

APRECIÇÃO DA LIDE SOB O FOCO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL DA OBRIGAÇÃO E ABUSO DE PODER. NORMAS QUE CONSAGRAM DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTORIZAM A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS DE DIREITO PRIVADO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

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

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

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

4- WEBCASTING. TECNOLOGIA QUE POSSIBILITA O ENVIO DE INFORMAÇÕES ATRAVÉS DE PACOTES POR REDE DE COMPUTADORES. EXECUÇÃO DE ARQUIVO DE MÍDIA EM COMPUTADOR. DISTRIBUIÇÃO DIGITAL DE FONOGRAMAS.

NOVO FATO GERADOR DA COBRANÇA DE DIREITO AUTORAL PELA UTILIZAÇÃO DE OBRA LÍTERO-MUSICAL.

5 – VALOR DA CONTRIBUIÇÃO DE EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRA MUSICAL FIXADO UNILATERALMENTE PELO ECAD.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SITUAÇÕES DIFERENCIADAS.

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

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

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

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

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

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO⁷⁶.

De acordo com o acórdão referente à Apelação Cível nº. 0174958.45.2009.8.19.000, o conceito de execução pública significa transmitir, comunicar ou colocar à disposição do público 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.

O ECAD caracteriza a atividade de radiofusão como modalidade de comunicação ao público, o que demandaria o recolhimento de valores referentes ao direito autoral. Contudo, não há justificativa para o seu tratamento independente, porque já há recolhimento da contribuição a título de direitos autorais pela atividade de radiodifusão, recorrendo a uma cobrança dupla.

“Desta forma, como o conteúdo difundido simultaneamente pelo sistema digital simulcasting é exatamente o mesmo comunicado ao público por meio de sinais convencionais, a pretensão do ECAD de dupla cobrança sobre o mesmo fato gerador caracterizaria bis in idem injusto em favor do compositor”⁷⁷.

O *webcasting*, por sua vez, possui tratamento diferente. É um processo novo, pautado na interatividade do serviço, diferentemente do simulcasting, que é a mera transmissão. No *webcasting*, o usuário pode escolher quais músicas deseja ouvir e ainda é possível realizar o download das obras.

“O *streaming*, portanto, dá início a um novo fato gerador da cobrança dos direitos autorais pela utilização da obra lítero-musical, devendo, via de consequência, ser paga a respectiva contribuição pela distribuição da obra musical pela rádio digital”⁷⁸.

Desta forma, o ECAD seria legitimado para realizar a cobrança referente à execução pública.

Contudo, já em sede recursal (recurso especial nº 1.559.264) afasta-se a noção do *webcasting* como execução pública:

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0174958.45.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO, 12 de abril de 2011.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0174958.45.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO, 12 de abril de 2011.

"Direito Autoral. Transmissão de obras musicais através de site Internet de rádio online. Embargos Infringentes interpostos pela ré, objetivando reforma do acórdão para julgar improcedente o pedido referente à modalidade de transmissão webcasting. **Voto majoritário que deu provimento parcial ao recurso da autora, afastando a cobrança na modalidade simulcasting e condenando a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade webcasting, ao reconhecer que nesta espécie há novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Voto vencido que entendeu que a sentença devia ser mantida, uma vez que o simulcasting é mero exercício da radiodifusão e que o streaming (webcasting) não se trata de modalidade de execução pública.** Como restou demonstrado nos autos, a modalidade webcasting é realizada através de uma técnica de transmissão de dados denominada streaming. Segundo a literatura técnica especializada, streaming é uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores, como a Internet. Na prática, para usufruir de conteúdo multimídia, o usuário acessa uma página de Internet (site) e solicita o envio (download) do arquivo que ele deseja. Inicia-se, então, a transferência do arquivo, através de uma transmissão dedicada entre o site de Internet e o computador do usuário. **No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade webcasting, tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva.** Embargos infringentes providos, de modo a prevalecer o voto vencido" (e-STJ fls.574/575)⁷⁹.

No julgamento de 09 de novembro de 2016, o Ministro Marco Aurélio Bellizze afastou a noção de execução pública. Para o Ministro, não são devidos direitos autorais adicionais, eis que já há o pagamento pela radiodifusão analógica, de forma que novo pagamento implicaria *bis in idem*. Somente o *simulcasting* seria caracterizado como modalidade de execução ao público, de forma a gerar cobrança pelo ECAD⁸⁰.

3.4.3. ECAD x Youtube

Trata-se de ação movida pela empresa Google, detentora do site de vídeos Youtube, contra o ECAD e a UBEM. A empresa firmou uma carta de intenções com o

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso Especial nº 1.559.264**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. RIO DE JANEIRO, 21 de outubro de 2015.

⁸⁰ MUNIZ, Mariana. **Reprodução de música por streaming não é execução pública, diz ministro do STJ**. 2016. Disponível em: <[http://jota.info/reproducao-por-streaming-nao-e-execucao-publica-diz-ministro-stj?utm_source=Newsletter&utm_campaign=Acesso Newsletter 10-11](http://jota.info/reproducao-por-streaming-nao-e-execucao-publica-diz-ministro-stj?utm_source=Newsletter&utm_campaign=Acesso+Newsletter+10-11)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

Escritório Central, entre 2008 e 2012, acerca da apuração e pagamento de valores devidos a título de direitos autorais. No caso da UBEM, havia firmado acordo com ela sobre o *streaming* das obras executadas.

A questão se deu após o término do contrato e a falta de um consenso acerca dos valores referentes ao licenciamento das obras. Haveriam três pontos controvertidos na situação: os valores a serem pagos a partir de 16/12/2012, os valores para o futuro e as condições para a identificação da titularidade dos direitos autorais.

Afirma que propôs um modelo de troca de informações entre as partes para que o autor pudesse ter acesso à identificação prévia das obras que integram seus acervos de modo a efetuar corretamente o pagamento do que é disponibilizado no *Youtube*, já que não é responsável pela seleção do conteúdo, mas sim os próprios usuários.

No ano de 2009, foi acertado que o site de vídeos destinaria 2,5% do seu faturamento para pagamento dos direitos de execução pública, garantindo um valor mínimo de 150 mil dólares ao ano⁸¹. Mais tarde, foi decidido que a distribuição se daria de acordo com a quantidade de visualizações dos vídeos.

Em 2013, o *Youtube* afirmou ter um novo entendimento acerca do que seria execução pública, baseando-se nas decisões judiciais existentes. Desta forma, recusou-se a renovar o acordo com o ECAD. Para o site, não caberia mais ao ECAD a arrecadação pelas atividades do *Youtube*.

Em decisão da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, em novembro de 2016, a juíza entendeu que a execução pública só se daria nos casos de transmissão ao vivo dentro da plataforma. Nestes casos, deve-se pagar ao ECAD o valor de 1% em cima do que for arrecadado com a publicidade dos vídeos.

Ainda, a UBEM e o ECAD devem enviar a cada três meses a lista de músicas de seu acervo, e o Google enviará, por sua vez, cinco dias depois, o número de acessos das músicas, para a distribuição de direitos autorais.

“Por todo o acima exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL, na forma do art. 487, I CPC/15, para:
a) FIXAR os percentuais relativos aos direitos autorais devidos pelo Autor aos Réus na seguinte proporção: (i) em favor da UBEM: 3,775% (três inteiros e setecentos e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de

⁸¹ FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.319.

anúncios servidos em relação às obras executadas no serviço de streaming no site YouTube; (ii) em favor do ECAD: 1,075% (um inteiro e setenta e cinco centésimos por cento) sobre as receitas de anúncios em relação às obras executadas em execução pública, qual seja, em live *streaming* no sítio eletrônico do YouTube;

b) CONDENAR os Réus a FORNECER ao Autor as obras que compõem os seus acervos, enviando-lhe a informação em formato eletrônico usual de mercado, a cada três meses e até o 5º dia útil de cada trimestre. Com estes dados, deverá o Autor efetuar o cruzamento de informações até o 10º dia útil de cada trimestre, pagando, então, os percentuais acima fixados (alínea a, supra) sobre as receitas de anúncios servidos em relação às obras executadas no quer serviço de streaming quer no serviço live *streaming*⁸²”.

4. A CONSULTA PÚBLICA DO MINISTÉRIO DA CULTURA ACERCA DA REGULAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

A fim de esclarecer a noção de execução pública, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva convocou uma audiência pública, a qual contou com a presença de entidades interessadas, tais como o ECAD, a própria Oi, ABRAMUS, Napster e UBC⁸³. A ideia era discutir o que seria a execução pública e como os direitos autorais se inserem na nova tecnologia dos serviços de *streaming*⁸⁴.

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001**. Rio de Janeiro, RJ, 22 de novembro de 2016.

⁸³ Superior Tribunal de Justiça. **Streaming e direitos autorais são temas de audiência no STJ**. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/12/streaming-e-direitos-autorais-sao-os-temas-de-audiencia-no-stj>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Cultura. **Aberta consulta pública para Instruções Normativas**. Publicado em: 15 fev. 2016. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/aberta-consulta-publica-para-instrucoes-normativas/10883?. Acesso em: 09 nov. 2016.

A consulta tinha como objetivo regulamentar a Legislação de Direito Autoral, referente às alterações conferidas pela Lei 12.853 de 2013 e a Instrução Normativa do Ministério da Cultura nº 03 de julho de 2015, estabelecendo previsões específicas para a atividade de cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva e pelo ECAD⁸⁵.

Marcos Souza, diretor de Direitos Intelectuais do MinC, afirma que a instrução normativa visa esclarecer a atuação do Estado no que se refere às entidades de gestão coletiva no ambiente digital. A ideia é que sejam esclarecidos os direitos que essas associações podem cuidar. É necessária uma nova regulamentação a fim de esclarecer a aplicação da lei. A instrução normativa, segundo Souza, não impacta no modelo de consumo dos serviços de música digital pelo cidadão⁸⁶.

A partir da análise dos pareceres, é possível compreender as críticas acerca da Instrução Normativa proposta pelo MinC e a opinião acerca do conceito de execução pública. No total, foram 19 pareceres enviados.

4.1. SÍNTESE DOS PARECERES ENVIADOS À CONSULTA PÚBLICA⁸⁷

ABPD: a Instrução Normativa não reconhece ao produtor fonográfico o direito de por à disposição, previsto no art. 29, VII da LDA, consistindo na possibilidade do usuário aceder à obra escolhida, no momento que desejar, caracterizando interatividade e, assim, determinando o conceito de distribuição. Ademais, a relação entre as plataformas e os usuários se dá de forma e em ambiente individual, longe de qualquer local de frequência coletiva. Assim, afasta-se a noção de execução pública.

UBEM: o texto da Instrução Normativa ultrapassa os limites das atribuições administrativas do Ministério da Cultura, de forma que se sente impedida de emitir comentários.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Cultura. **Aberta consulta pública para Instruções Normativas**. Publicado em: 15 fev. 2016. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/aberta-consulta-publica-para-instrucoes-normativas/10883?. Acesso em: 09 nov. 2016.

⁸⁷ Relação disponível no endereço eletrônico: <http://culturadigital.br/gcdigital/outras-contribuicoes-recebidas-fora-da-plataforma/>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Oi: Não deve haver qualquer diferenciação no tratamento das obras, estejam elas em ambiente digital ou não. Os direitos de reprodução, armazenamento e distribuição já estão devidamente licenciados, de forma que não há necessidade de tratamento diferenciado ao se tratar de ambiente digital. Assim, não se caracteriza novo direito nem nova arrecadação.

DBCA: No que se refere à Comunicação ao Público, a Lei de Direitos Autorais qualificou a execução pública como a utilização de, entre outras obras, as obras audiovisuais.

Ao dispor sobre a Comunicação ao Público, a LDA considera como execução pública a utilização de obras audiovisuais “em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica” (art. 68, §2º). Desta forma, a execução pública de obras audiovisuais, ainda que não reclamada atualmente por seus titulares, foi direito assegurado pela Lei de Direitos Autorais.

Deezer: para a plataforma de *streaming* Deezer, a proposta da Instrução Normativa iria contra a lei ao afirmar que o direito de execução pública se aplica aos serviços ofertados na internet quando há utilização de obras por meio de tecnologia de *streaming*. O *streaming* se enquadra na noção de distribuição individualizada de música por meio eletrônico, também conhecida como distribuição digital eletrônica interativa (artigo 29, VII da LDA). Neste tipo de serviço, o usuário possui uma cópia transitória do arquivo, ou seja, uma posse temporária. Uma vez gerado o exemplar no terminal do usuário, já descaracterizaria o *streaming* como forma de comunicação ao público.

Segundo a Lei de Direitos Autorais, comunicação ao público é definida como 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. Seria um gênero do qual a execução pública é espécie. Ainda, o *streaming* se enquadra perfeitamente no conceito de distribuição, presente no artigo 5º, IV da LDA. “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”.

Outro aspecto relevante é a questão do pressuposto da utilização da obra em local de frequência coletiva. Contudo, no *streaming* há uma transmissão individualizada, do servidor ao usuário, se restringindo a ele e a localidade em que se encontra. Assim, não há de se falar em execução pública.

Ademais, o posicionamento do *streaming* como forma de execução pública vai contra os julgados recentes, como demonstrado no caso do MySpace e da Oi.

Tim Celular S.A: A Instrução Normativa extrapolaria os limites da LDA, uma vez que adentra em seara reservada à Lei ordinária. O debate ainda não estaria suficientemente maduro para que se regulasse os serviços de *streaming* interativo.

Acerca do conceito de execução pública, parte-se da noção de local de frequência coletiva. Ou seja, destinado à coletividade. Assim, a própria lei permite concluir que é necessário que a obra tenha potencialidade de alcançar uma pluralidade de pessoas.

Deste modo, os serviços de *streaming* interativo se prestam à fruição apenas pelo usuário, sem qualquer simultaneidade, de forma a afastar a noção de execução pública. Consequentemente, não há de se falar em cobrança pelas entidades de gestão coletiva ou pelo ECAD.

Conclui-se que a noção de execução pública não se estenda ao *streaming* interativo, sob pena de extrapolar os limites da lei e criar obrigações que não decorrem da LDA.

Abranet: a Instrução Normativa insere de forma equivocada os serviços de *streaming on demand* dentro do conceito de execução pública, a fim de viabilizar a cobrança pelo ECAD. Contudo, esse enquadramento gera dupla cobrança. O MinC fez distinções e qualificações onde a própria lei não o fez, atuando *contra legem* ao interpretar o conceito de execução pública, ignorando a existência do termo “locais de frequência coletiva”.

A execução pública decorre da comunicação simultânea entre um emissor e um grupo de muitas pessoas que reiteradamente comparecem no mesmo local, diferente da utilização individual e privada da obra (no caso do *streaming*, também interativa).

Uma vez que fornece uma experiência individualizada ao usuário, o serviço de *streaming* não se enquadra no conceito de execução pública.

Ademais, tampouco pode ser o *streaming* caracterizado como execução pública, pois se aproxima do conceito de comunicação ao público, presente no artigo 5º da LDA. A “comunicação ao público” não abarca a situação em que a obra é colocada à disposição do público para que este a acesse com características de interatividade, ou seja, segundo a sua própria escolha – elemento indissociável do *streaming*.

O serviço de *streaming* se configura como uma forma de distribuição individualizada por meio eletrônico, se enquadrando na modalidade de exploração, prevista no artigo 29, VII da LDA, também chamada de distribuição eletrônica e distribuição digital interativa.

A maioria dos doutrinadores entende que o *streaming* está ligado ao direito de distribuição e, mesmo dentre aqueles que o afastam do conceito clássico de distribuição do art. 5º, IV, há a tendência de compreendê-lo como uma forma de distribuição que se enquadra na modalidade de exploração do art. 29, VII, da LDA, afastando-o da execução pública.

Ao enquadrar estes serviços como execução pública, o MinC pretende sujeitar os seus operadores a uma situação de *bis in idem*. Ou seja, uma mesma modalidade de utilização dando ensejo a mais de uma cobrança de pagamento, de forma a repassar os custos ao consumidor final.

Spotify: a Instrução Normativa tornaria mais difícil e complexo os procedimentos de licenciamento, pagamento, arrecadação e distribuição de direitos autorais, além de ensejar um pagamento duplicado na cadeia de distribuição dos direitos.

ABMI: para a ABMI, o *simulcasting* é o único serviço que ensejaria execução pública. No caso do *webcasting* e *streaming on demand*, por não consistirem em utilização em local de frequência coletiva, não estariam abarcados pela execução pública. Nestes modelos, não existe uma programação única, tampouco simultaneidade na disponibilização do conteúdo. Os usuários, de acordo com seus interesses, escolhem as obras que desejam acessar, utilizando-as onde e quando quiserem. Ademais, o conceito do *making available* – equiparado ao de distribuição – é o que melhor define a natureza do *webcasting* e *streaming on demand*.

Socinpro: a Instrução Normativa ultrapassaria os limites da competência do Ministério da Cultura. Ainda, traz a ideia de gestão individual pelos próprios titulares quando não filiados a uma entidade de gestão coletiva.

ICMP: a Instrução Normativa afetará o trabalho dos produtores de música, bem como os autores e compositores. O Ministério da Cultura não seria legitimado a legislar acerca de algo que é de competência da legislação federal. Ademais, a Instrução Normativa ignora a existência do direito de distribuição (*making available*).

Imusica: a Instrução Normativa traz um conceito estranho à LDA que é o de ambiente digital. Ao criar este conceito, há uma inovação no sistema legal, o que traz um conflito com o princípio da legalidade. Não seria competência do MinC interpretar qual plataforma se enquadra em qual natureza de direito de utilização.

O judiciário ainda discute acerca do *streaming* como execução pública ou não e se isto não caracterizaria uma cobrança bis in idem. Ademais, o modelo do *streaming on demand* possui a característica da interatividade, onde o usuário busca o exemplar, sob demanda ou iniciativa própria, para uso pessoal e individual, não coadunando com o conceito de execução pública.

Brasscom: ao incidir o regime de execução pública nos serviços de *streaming*, o MinC estaria criando obrigações sem respaldo em lei, violando o princípio da legalidade. Somente seria possível esta alteração se diretamente na legislação. Desta forma, ao interpretar o conceito de execução pública, o MinC ignora a expressão “locais de frequência coletiva”, presente no artigo 68 da LDA.

Para que a execução pública seja caracterizada como tal, é necessária a transmissão entre um emissor e um grupo de muitas pessoas que compareçam reiteradamente no mesmo local. Em oposição a isto, temos a utilização individual e privada (também interativa, no caso do *streaming*). Assim, afasta-se a noção de execução pública.

Ainda, diferentemente das modalidades consideradas como execução pública, nos serviços de *streaming on demand* não ocorre a disponibilização simultânea do conteúdo da obra para as obras. Cada usuário, com base nos seus interesses, escolhe a obra que deseja escutar, bem como o local e momento. Assim, evidencia-se a relação individualizada.

A mera aproximação do *streaming* ao conceito de comunicação ao público, da qual a execução pública é espécie, não é suficiente para legitimar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Os serviços de *streaming* devem ser classificados como distribuição individualizada por meio eletrônico, modalidade de exploração prevista no artigo 29, VII da LDA.

O conceito de distribuição, presente no artigo 5º, IV da LDA também é compatível com o *streaming*. Consiste então em uma distribuição eletrônica. Logo, a autorização para a distribuição de uma obra autoral já inclui a sua exibição em meio eletrônico, não configurando execução pública.

IFPI: para o IFPI, não haveria razão para interferir no licenciamento. Mudanças acarretariam em uma perturbação do mercado, de forma a prejudicar os artistas e consumidores brasileiros.

É importante ressaltar que não há sobreposição entre os direitos do “*making available*” (colocar à disposição) e o direito de “comunicação ao público”. Quando o serviço não oferece interatividade, ele se enquadra neste último modelo.

O licenciamento de serviços digitais não se difere daquele de distribuição e venda de CD’s.

As mudanças propostas pela Instrução Normativa causariam uma séria perturbação no mercado digital, em detrimento dos titulares dos direitos. O IFPI pede para que o governo tome as medidas necessárias para resolver a questão dos valores, o real problema dentro dos mercados digitais e que prejudica os titulares dos direitos das obras.

RIAA: Para a RIAA, a proposta não alcançará o resultado desejado. A consulta não afetará os reais fatores que distorcem o mercado. A distribuição pela internet é um novo mercado. A cada dia, a distinção entre diferentes formas de transmissão – como *streaming* e download – perde a relevância.

A distribuição em rede demanda uma nova estrutura normativa, a qual todos os titulares devem ter a possibilidade de determinar as condições para colocar à disposição do público.

A RIAA argumenta que o Brasil deve repensar a monetização da música na internet. É necessário simplificar o licenciamento.

ABDTIC: Para a ABDTIC, não haveria respaldo legal que fundamente o enquadramento do *streaming* como execução pública. Para que se caracterize a execução pública, é necessário que a execução seja destinada a uma coletividade, a um número indeterminado ou determinável de pessoas, conforme a definição de “local de frequência coletiva”.

A transmissão e percepção da obra pelo público devem ser simultâneas, de forma que, caso não exista esse requisito, não se pode falar em execução pública.

No *streaming* há uma utilização individual. Assim, sem o uso coletivo e simultâneo, não há execução pública.

Ademais, não é possível enquadrar o *streaming* interativo em nenhuma das modalidades de comunicação ao público previstas no artigo 29, VIII da LDA, incluindo a modalidade de execução pública.

O *streaming* interativo deve ser considerado como execução privada, não constituindo, portanto, ato de execução pública e conseqüentemente, não é objeto de gestão coletiva exercida pelo ECAD.

Fala-se então no conceito de distribuição eletrônica interativa, na qual permite ao usuário selecionar o conteúdo a ser disponibilizado e recebe-lo no momento e lugar de sua escolha. Para que se caracterize a distribuição, é necessário “colocação à disposição do público do original ou cópia da obra”. Este seria o elemento essencial para a qualificação do ato como distribuição, independentemente da forma como se dará essa disponibilização. Assim, é possível concluir que o *streaming* interativo se enquadra no conceito de distribuição.

Napster: para Napster, a Instrução Normativa levaria os titulares dos direitos a perderem a prerrogativa de realizar gestão individual de suas obras no caso de se filiarem a alguma entidade de gestão coletiva. Isto iria contra a LDA, a qual não impede em nenhum momento o exercício desses direitos pelos legítimos titulares.

Ao que parece o MinC tem a intenção de distinguir transmissões feitas via *download* e transmissões via *streaming* para qualificá-las como distribuição eletrônica ou execução pública, respectivamente, não tendo em conta os elementos e requisitos que caracterizam essas duas modalidades de direitos patrimoniais do autor que já estão claramente previstas na LDA.

O conceito de distribuição eletrônica interativa, disposto no art. 29, VII da LDA, permite que o usuário final possa selecionar o conteúdo a ser disponibilizado e recebê-lo no momento e lugar de sua escolha. Este conceito se aproxima muito da definição do chamado “direito de colocação à disposição do público”. Assim, o direito de distribuição eletrônico consiste no direito adequado para disciplinar os atos de exploração na internet e que possuem a interatividade como elemento principal.

Ainda, não há necessidade de um rol de direitos autorais diferente para o *streaming* interativo e para o *download*.

Acerca do conceito de “local de frequência coletiva”, este é o cerne da execução pública. Contudo, a lei não criou definição jurídica para a expressão, apenas delimitou o conceito através de uma lista. É necessário que a obra tenha acesso ou tenha a potencialidade de acesso a uma pluralidade de pessoas, um público que não necessariamente deve estar presente no momento da execução.

A partir disto, a transmissão sem execução simultânea não constituiria execução pública. Deve haver uso coletivo e simultâneo da obra, não decorrendo, portanto, de uma utilização individual da obra, como ocorre nos casos de *streaming* interativo (uma pessoa individualmente considerada requer uma obra e é a única pessoa no mundo a recebê-la através da transmissão feita pelo player).

Ademais, entende que não é possível enquadrar o *streaming* interativo em nenhuma das modalidades execução ao público, previstas no artigo 29, VIII da LDA. Há o requisito da seleção individual, o qual é essencial para a transmissão digital interativa. Portanto, o *streaming* interativo deve ser considerado como uma execução privada, afastando a gestão coletiva exercida pelo ECAD.

Um mesmo ato de exploração não pode ser classificado ao mesmo tempo como execução pública e como distribuição eletrônica.

No entanto, a Instrução Normativa do MinC, ao atribuir a estes serviços o regime legal de execução pública, cumulado com o da distribuição eletrônica, sujeita os seus operadores a uma situação de *bis in idem*. Uma mesma modalidade de utilização dando ensejo a mais de uma cobrança de pagamento.

Ao enquadrar os atos de *streaming* interativo no âmbito do direito de execução pública, o Ministério da Cultura acaba gerando mais problemas do que solucionando a questão, adotando uma medida contrária ao previsto pela lei atual e criando um ambiente de insegurança jurídica para todas as partes envolvidas.

ABMI e UBC: nada discutem acerca da execução pública.

4.2. OBSERVAÇÕES ACERCA DA CONSULTA PÚBLICA

Quase todos os pareceres mencionam a incompetência do MinC para legislar sobre o assunto. A Instrução Normativa atuaria *contra legem*, realizando uma inovação jurídica ao dispor sobre novos conceitos envolvendo o ambiente digital. A alteração só poderia ser realizada diretamente na legislação vigente.

Falar em ambiente digital não faz sentido no contexto atual. Seja forma física ou digital, o processo de licenciamento é o mesmo. A Instrução Normativa viria então para colocar mais obstáculos a um mercado que está em crescimento no Brasil.

Há um consenso majoritário de que o *streaming* interativo possui a natureza de distribuição eletrônica, não de execução pública. A maioria dos pareceres afasta a legitimidade do ECAD para arrecadar. Não se pode falar em execução pública se não há simultaneidade e a característica de “local de frequência coletiva”. O *streaming* diz respeito a uma execução individual, na qual o usuário interage com a plataforma e pode escolher quando e onde escutar. Ademais, configuraria como uma cobrança em dobro, onerando – principalmente – o usuário e prejudicando o mercado de música digital.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a imensidão do ambiente digital, a gestão coletiva de direitos autorais se mostra cada vez mais necessária, embora há quem discorde. O titular da obra fica impossibilitado de fiscalizar o uso de suas músicas, de forma que as entidades surgem como mandatárias desses artistas, colaborando para que seus direitos sejam garantidos.

Apesar de necessária, a gestão coletiva no Brasil é passível de críticas. Em primeiro lugar, discute-se acerca do ECAD e sua forma de arrecadação. A CPI instituída em 2012 comprovou a falta de transparência do Escritório Central, com acusações, inclusive, de formação de cartel.

Outra crítica diz respeito ao sistema de dupla camada, que acaba gerando uma confusão no usuário, o qual não sabe a quem deve pagar. Devido a falta de clareza, o usuário não possui as informações necessárias para saber quando deve pagar ao ECAD e quando não deve. Isto acaba gerando uma arbitrariedade por parte do Escritório Central, o qual não utiliza de parâmetros transparentes para realizar a arrecadação.

Outro aspecto a ser discutido é a questão das licenças em branco. O ideal seria rever este tipo de licenciamento, adotando modelos de outros países, como a licença por uso. Assim, não haveria prejuízo ao usuário, que pagaria apenas pelo que efetivamente utilizou e o artista continuaria ganhando.

O debate que atualmente ganha destaque no que tange a gestão coletiva é o *streaming*. O Spotify divulgou que paga uma média por reprodução entre 0,006 e 0,0084 dólares, ou pouco mais de 0,005 e 0,0074 euros. Em março de 2016, estima-se que a plataforma possuía 30 milhões de assinantes.

A Apple Music, que não divulga pormenores dos seus pagamentos, paga cerca de 0,005\$ por reprodução, segundo dados que chegaram à Digital Music News. Seis meses após seu lançamento, já havia ultrapassado a marca dos 10 milhões de assinantes.

O Tidal, plataforma fundada especificamente com o objetivo de aumentar os ganhos para os músicos, também mantém segredo relativamente às porcentagens pagas aos artistas e ao valor médio de uma reprodução de uma canção. Valores não oficiais divulgados pela Digital Music News apontam para uma média de cerca de 0,01\$ por reprodução — quase o dobro do que a Apple Music e o Spotify pagam em média⁸⁸. Em fevereiro de 2016, estima-se que o número de usuários ultrapassava a marca dos 2,5 milhões.

A partir destes dados, verifica-se que o *streaming* é um fenômeno que toma proporções cada vez maiores. Com mensalidades acessíveis, o usuário pode desfrutar de um acervo imenso, muito maior do que quando se utiliza de downloads. É possível escutar música em qualquer lugar, bastando o acesso à rede.

⁸⁸ SILVA, Marta Santos. **Ouvir uma canção no Spotify vale 0,005€. Mas isso é muito ou pouco?**. 2016. Disponível em: <<https://eco.pt/2016/11/13/ouvir-uma-cancao-no-spotify-vale-0005e-mas-isso-e-muito-ou-pouco/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Aqui é importante distinguir as modalidades de *streaming*: o interativo e o não interativo. É este segundo modelo que interessa. A interatividade acaba sendo elemento essencial para diferir da execução pública.

O ECAD tem reiterado a posição de que o *streaming* é forma de execução pública, sendo, portanto, legitimado a arrecadar. Contudo, julgados recentes afastam esta noção. A jurisprudência tem apontado que somente a modalidade do *simulcasting* – semelhante às rádios tradicionais – é que abarcaria a execução pública. Neste caso, os requisitos de simultaneidade e “local de frequência coletiva” estariam presentes.

No caso do *webcasting* e *streaming on demand* não estaria caracterizada a comunicação com o público. Em primeiro lugar, trata-se de execução individualizada, na qual somente o usuário tem acesso. Em segundo lugar, nada se fala em simultaneidade, pois é uma execução que se inicia quando e onde o usuário desejar.

Neste debate, a consulta realizada pelo Ministério da Cultura se mostrou um grande avanço. Embora passível de críticas, a Instrução Normativa abre brechas para discutir elementos importantes, como a definição de execução pública e a natureza do *streaming* interativo.

Após analisar os pareceres enviados, é possível inferir que o *streaming* interativo não se trata de execução pública. Fala-se em distribuição eletrônica, o chamado “making available”. Trata-se do direito de autorizar a disponibilização para o público, por qualquer meio, a fim de que o ouvinte possa acessar o fonograma quando e onde desejar.

Assim, o conceito de distribuição eletrônica se mostra mais adequado para determinar a natureza do *streaming*. Ao se falar em “making available”, remete-se a noção de interatividade.

Desta forma, falar em execução pública dentro do *streaming* é errôneo. Legitimar o ECAD a realizar a cobrança seria recorrer a um *bis in idem* (uma mesma modalidade ensejando dupla cobrança). Ademais, os elementos presentes no artigo 68 da Lei 9610 não se fazem presentes. Fala-se em interatividade e execução privada.

A Instrução Normativa proposta pelo MinC demonstra a preocupação do judiciário em determinar os conceitos referentes ao ambiente digital. Contudo, deve-se atentar para não engessar o sistema de forma a criar obstáculos para um mercado que está em pleno desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar.

BRASIL. Ministério da Cultura. **Aberta consulta pública para Instruções Normativas**. Publicado em: 15 fev. 2016. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/o->

dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/aberta-consulta-publica-para-instrucoes-normativas/10883?. Acesso em: 09 nov. 2016.

BRASIL. SENADO FEDERAL. . **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD** (Requerimento nº 547, de 2011 – SF): Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ promove audiência pública para debater tecnologia streaming e direitos autorais**. Publicado em: 29 out. 2015. Acessado em: 01 nov. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-promove-audi%C3%Aancia-p%C3%ABlica-para-debater-tecnologia-streaming-e-direitos-autorais.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação cível nº 0116365-13.2015.8.19.0001**. Rio de Janeiro, RJ, 22 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível N.º 0386089-3.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 04 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0174958.45.2009.8.19.0001**. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO, 12 de abril de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos Infringentes nº 0174958-45.2009.8.19.0001**. Embargante: TNL PCS S. A. Embargado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Desembargador Cláudio Brandão De Oliveira. Rio de Janeiro.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso Especial nº 1.559.264**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. RIO DE JANEIRO, 21 de outubro de 2015.

ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>. Acesso em: 28 jun. 2015.

FORBES BRASIL (Ed.). **10 artistas que mais lucraram com shows em 2015**. 2016. Disponível em: <<http://www.forbes.com.br/listas/2016/01/10-artistas-que-mais-lucraram-com-shows-em-2015/>>. Acesso em: 07 set. 2016.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p.

GONZAGA, Yuri. **Streaming já é mais importante que TV aberta na América Latina**. Publicado em: 04 nov. 2015. Acesso em: 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/11/1701904-streaming-ja-e-mais-importante-que-tv-aberta-na-america-latina.shtml?cmpid=facefolha>

HARVEY, Eric. **Station to Station: The Past, Present, and Future of Streaming Music**. Disponível em: <http://pitchfork.com/features/cover-story/reader/streaming/>. Acesso em: 06 out. 2016.

IFPI. **IFPI Digital Music Report 2015**: Charting a path to sustainable growth. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

IFPI. **IFPI Global Music Report 2016**. 2016. Disponível em: <http://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2016>. Acesso em: 06 jun. 2016.

MUNIZ, Mariana. **Reprodução de música por streaming não é execução pública, diz ministro do STJ**. 2016. Disponível em: [http://jota.info/reproducao-por-streaming-nao-e-execucao-publica-diz-ministro-stj?utm_source=Newsletter&utm_campaign=Acesso Newsletter 10-11](http://jota.info/reproducao-por-streaming-nao-e-execucao-publica-diz-ministro-stj?utm_source=Newsletter&utm_campaign=Acesso+Newsletter+10-11). Acesso em: 10 nov. 2016.

PAULO, Estado de S.. **Taylor Swift assina carta que se opõe à forma com que o YouTube disponibiliza conteúdo**: Cantora se junta ao U2 e a Paul McCartney em luta para revisão de lei norte-americana que regula distribuição de direito autoral no meio digital. 2016. Disponível em: <http://emails.estadao.com.br/noticias/gente,taylor-swift-assina-carta-que-se-opoe-a-forma-com-que-o-youtube-disponibiliza-conteudo,10000058521>. Acesso em: 02 set. 2016.

PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014.

RODRIGUES, Randolfe. **Sancionada nova lei dos direitos autorais, resultado da CPI do ECAD presidida por Randolfe**. 2013. Disponível em: <http://blogdorandolfe.com.br/sancionada-nova-lei-dos-direitos-autorais-resultado-da-cpi-do-ecad-presidida-por-randolfe/>. Acesso em: 25 out. 2016.

SILVA, Marta Santos. **Ouvir uma canção no Spotify vale 0,005€. Mas isso é muito ou pouco?**. 2016. Disponível em: <<https://eco.pt/2016/11/13/ouvir-uma-cancao-no-spotify-vale-0005e-mas-isso-e-muito-ou-pouco/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Superior Tribunal de Justiça. **Streaming e direitos autorais são temas de audiência no STJ**. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/12/streaming-e-direitos-autorais-sao-os-temas-de-audiencia-no-stj>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

TORRI, Verônica. **Gestão Coletiva de direitos autorais e defesa da concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

WORD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 19 out. 2016.