

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.056.363 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) : OI MÓVEL S.A.
ADV.(A/S) : ANA TEREZA BASILIO
ADV.(A/S) : BARBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO
RECDO.(A/S) : ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADACAO E
DISTRIBUICAO ECAD
ADV.(A/S) : PEDRO PAULO MUANIS SOBRINHO
ADV.(A/S) : HELIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que possui a seguinte ementa (fl. 10, Vol. 16):

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. SIMULCASTING E WEBCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. *Streaming* é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de

dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados.

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido.”

No apelo extremo, interposto com amparo no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, a recorrente sustenta, em síntese, que o julgado ofendeu os artigos 5º, *caput*, IX, X, XIV, 170 e 215 da Carta Magna.

É o relatório. Decido

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a controvérsia, deu provimento ao recurso especial nos seguintes termos (fl. 97, Vol. 3):

“O recorrente – ECAD - ajuizou ação de cumprimento de preceito legal cumulada com perdas e danos para o fim de condenar a recorrida ao pagamento dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical não autorizada, nas modalidades webcasting e simulcasting, em seu site www.oifm.com.br.

É incontroverso nos autos que no site da OI é possível ouvir a transmissão simultânea da radiofusão (simulcasting) e ouvir a programação executada em datas anteriores e selecionar

playlists (webcasting).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu que a modalidade de transmissão webcasting não configura execução pública de obras musicais e que a transmissão via simulcasting não daria ensejo à cobrança de direitos autorais por se consubstanciar em um bis in idem.

[...]

A segunda questão apresentada está relacionada ao simulcasting. Segundo o recorrente, o Tribunal de origem violou os arts. 29, X, e 31 da Lei nº 9.610/1996 ao entender que "o simulcasting não seria uma nova modalidade de execução pública, mas apenas a transmissão simultânea da programação de rádio, via internet, ou seja, constituiria um mero exercício de radiofusão" (fl. 613 e-STJ), de modo que nova cobrança configuraria um bis in idem pelo fato de a recorrida já pagar pela transmissão de sua rádio.

Quanto ao ponto, assiste razão ao recorrente.

Como demonstrado no item 3 do voto, a transmissão de músicas mediante o emprego da tecnologia streaming na modalidade simulcasting constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

O terceiro tema de inconformismo refere-se à modalidade de transmissão webcasting. Aduz o recorrente que a Corte estadual, equivocadamente, "negou a qualidade de execução pública à utilização musical na referida modalidade, sob o inadequado fundamento de que a transmissão via webcasting não se daria em local de frequência coletiva" (fl. 615 e-STJ), configurando-se, assim, afronta ao disposto nos arts. 4º, 5º, II e V, 68, § 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998.

Igualmente, a irrisignação merece prosperar.

Nos termos da fundamentação apresentada no item 2, é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades webcasting e simulcasting (tecnologia streaming), pois enquadram-se como atos de execução pública de obras

musicais aptos a ensejar pagamento ao ECAD.

Por fim, o quarto assunto questionado no especial está ligado à legitimidade do ECAD para fixar os preços dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical e à legalidade dos valores. O recorrente indica como vulnerados os arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/1998.

[...]

Quanto ao tópico, cumpre destacar, de início, que o entendimento antes apontado não prevaleceu, tendo em vista que a ação foi julgada totalmente improcedente, entendendo as instâncias de origem que a recorrida nada deve ao recorrente - ECAD. Contudo, considerando-se a possibilidade de reforma da conclusão do julgado, torna-se relevante a análise de tal ponto.

Assim posto o tema, no que tange à definição dos critérios para a cobrança de direitos autorais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em se tratando de direito de autor, compete a este a sua fixação, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou, na hipótese, do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente.”

Em face dessa decisão, que fez minuciosa e detalhista análise da Lei 9.610/1998 e dos tratados internacionais sobre matéria extremamente técnica, o recorrente suscita as seguintes questões constitucionais:

- (a) a ampliação do espaço de privacidade e liberdade de escolha dos indivíduos, propiciado por esse novo ambiente digital, que tem na internet uma sede transnacional (CF, art. 5º, *caput* e inciso X);
- (b) o acesso à informação, em sua dupla vertente, de informar e ser informado (CF, art. 5º, XIV);
- (c) a expansão e comunicação de ideias e criações artísticas (CF, art. 5º, IX);
- (d) o fomento, difusão e democratização da cultura (CF,

art. 215);

(e) o direito à liberdade negocial e às relações de troca (CF, art. 170);

(f) a opção do legislador positivo que, embora tenha alterado, recentemente, a Lei de Direitos Autorais, por meio da Lei nº 12.853/13, com essa nova realidade – a internet – já em pleno vigor, permaneceu sem incluir a execução via internet entre as modalidades de execução pública, além de ter restringido a atuação do ECAD. A solução adotada pelo acórdão ora recorrido enfraquece, então, também sob esse prisma, o próprio princípio democrático (CF, arts. 1º e 2º), além do devido processo legal legislativo (CF, art. 61 a 69) e do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), já que desprestigia as opções adotadas pelos representantes eleitos pelo povo, mediante devido processo legislativo;

(g) o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), considerando que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido poderá trazer consequências desastrosas para o mercado, ao instituir um xerife arrecadador de valores inestimáveis.

Ora, o STJ debruçou-se sobre questão de direito privado por excelência. A Constituição incumbe-lhe, por meio do recurso especial, de julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência* (art. 105, III, a).

Como bem destacado no parecer do ilustre professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Floriano de Azevedo Marques Neto,

“O STJ não analisou absolutamente nenhuma norma da Constituição, aliás, sequer mencionou um dispositivo da CF. A única análise que houve em todo o julgado foi da Lei nº 9.610/98, uma lei federal. Nem mesmo o voto vencido no REsp 1.559.264/RJ tratou de matéria constitucional. Portanto, não há o menor cabimento de se

suscitar neste caso a possibilidade de atuação do Supremo. A competência para decidir a disputa entre as partes é unicamente do STJ. (vol. 19, fl. 37)”

Assim, o provimento de um recurso especial depende da verificação da ofensa a *direito infraconstitucional*. Se o recurso especial alegasse qualquer violação à Constituição, a Corte Superior não a conheceria, por ser papel reservado ao Supremo, na via do recurso extraordinário (art. 102, III, *a*).

Por tudo isso, o recurso extraordinário interposto de acórdão do STJ no exame de recurso especial depende de minuciosa e cabal demonstração de uma configuração altamente improvável: a de que a Corte Superior tenha acolhido o Recurso valendo-se de fundamentos constitucionais.

Essa árdua tarefa não foi desempenhada pelo ora recorrente. Efetivamente, o acórdão não menciona a Constituição nem uma só vez, de modo que as ofensas indicadas no recurso extraordinário são meramente indiretas (ou mediatas), o que inviabiliza o conhecimento do referido apelo. Nesse sentido, em casos próximos:

“DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO AUTARAL. ECAD. INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NOVA APRECIÇÃO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Hipótese em que para dissentir do entendimento do Tribunal de origem seriam necessários nova apreciação do material probatório constantes dos autos (Súmula 279/STF) e análise da legislação infraconstitucional pertinente. Precedentes 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(ARE 961.537-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 22/08/2016)”

“DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. EXECUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTO DE HOTEL. COBRANÇA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.6.2015. 1. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, bem como “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere a ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 945.367-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 15/04/2016)”

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO.**

Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11).

Publique-se.

Brasília, 9 de outubro de 2017.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

RELATOR

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE

Impresso por: 059.070.437-09 RE 1056363
Em: 16/10/2017 - 09:49:46