

A Comunicação ao Público da Obra no Direito Autoral – Novos Fundamentos Vindos de Portugal?

Pedro Henrique Dias Batista¹

Resumo: Em dezembro de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça português decidiu que a exibição de obras musicais e audiovisuais radiodifundidas em bares, restaurantes e afins, à luz do princípio da liberdade de recepção, não constitui comunicação ao público da obra autoral, razão pela qual não requer autorização prévia dos titulares dos direitos autorais e conexos. O objetivo do presente artigo é avaliar a compatibilidade desta decisão com a lei de direitos autorais portuguesa, bem como com o direito europeu e o direito internacional vigentes. Complementarmente, a questão da comunicação ao público da obra também será abordada sob a perspectiva do direito brasileiro.

Palavras-chave: Comunicação ao público. Comunicação pública. Direito autoral. Liberdade de recepção. Obra radiodifundida.

Abstract: In December 2013, the Supreme Court of Justice of Portugal ruled that display of broadcasted musical and audiovisual works in bars, restaurants and similar business establishments, under the principle of freedom of reception, does not constitute a communication to the public of copyrighted works, reason why the prior authorization of copyright and related rights holders is not required. This article aims to evaluate the compatibility of this decision with the Portuguese Copyright Act as well as with the European and International Copyright Law. In addition, the communication to the public of copyrighted works will be addressed from the perspective of Brazilian law.

Keywords: Communication to the public. Public communication. Copyright. Freedom of reception. Broadcasted work.

¹ Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011). Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität em Munique (2013). Doutorando em Direito na referida universidade alemã com apoio e atividades relacionadas ao Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência e à Associação Alemã para a Proteção da Propriedade Intelectual (GRUR).

I. Introdução²

A instalação de televisores e aparelhos de som é uma prática comum em bares e restaurantes de diversos países. Por meio disso, diversas obras musicais e audiovisuais – tais como clips musicais, gravações de espetáculos artísticos, eventos esportivos e filmes – são exibidas à clientela de forma a lhe proporcionar uma maior variedade de entretenimento no local. Sob a perspectiva do direito autoral e dos direitos conexos, indaga-se se esta exibição pode ser realizada sem a autorização dos titulares dos direitos sobre as obras protegidas.

O art. 11bis (1) da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias (CB)³, cuja aplicação é corroborada pelo Art. 9 §1º TRIPS, dispõe expressamente que os titulares gozam do direito exclusivo de autorizar a comunicação pública da obra por qualquer instrumento transmissor de sinais, sons ou imagens. Para avaliar a licitude da exibição de obras protegidas em bares e restaurantes sem a devida autorização do titular, é necessário, portanto compreender o significado e a abrangência do conceito de “comunicação pública” ou “comunicação ao público”⁴.

Em 16 de dezembro de 2013, foi publicada a decisão do Supremo Tribunal de Justiça português (STJ português) sustentando uma interpretação restritiva do conceito de comunicação ao público, excluindo bares, restaurantes e outros locais de acesso público do dever de obter autorização perante os titulares. Os fundamentos desta interpretação são juridicamente relevantes, principalmente em vista da atual crise de legitimidade dos direitos autorais em nível internacional, decorrente de amplo questionamento popular.

O objetivo do presente artigo é verificar se o entendimento apresentado pela corte portuguesa é compatível com o direito vigente e se representa uma alternativa aplicável a outros ordenamentos jurídicos nos quais comunicação ao público é atualmente compreendida em sentido mais amplo. Para atingir este objetivo, serão apresentados inicialmente os fatos e os fundamentos da decisão em tela,

² Todos os websites citados no presente artigo foram acessados pela última vez na data de 02/12/2014.

³ Convenção de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias (CB). “Art. 11bis (1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar; 1º a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem ; 3º a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radiodifundida”. (g.n.)

⁴ Apesar da possibilidade de diferenciação semântica, os termos “comunicação pública” e “comunicação ao público” são utilizados indistintamente nas leis e na doutrina jurídica em língua portuguesa (especialmente no Brasil e em Portugal), sem que haja qualquer diferenciação relevante no que tange aos efeitos jurídicos deles provenientes. Para fins da análise dos direitos nacional, europeu e internacional realizada no presente artigo, estes termos serão utilizados como sinônimos.

os quais serão seguidos de uma breve contextualização dos direitos autorais sob a perspectiva social nos tempos atuais. A partir disso, será analisada a compatibilidade da decisão com o direito internacional, com o direito da União Europeia e com a lei vigente em Portugal. Por fim, tendo em vista que a questão discutida também possui relevância no direito brasileiro, a interpretação do conceito de comunicação ao público no direito nacional e a possibilidade de incorporação da interpretação restritiva apresentada pela corte portuguesa também serão avaliadas.

II. Fatos e decisão do STJ português

Em março de 2011, a Guarda Nacional Republicana, a pedido da Sociedade Portuguesa de Autores (SPA), compareceu ao estabelecimento comercial *Fora D'Horas Snack & Bar* e constatou que o bar exibia obras audiovisuais para os seus clientes por meio de seus televisores sintonizados em um determinado canal. Além dos televisores, foram instalados também amplificadores e colunas de som para que os clientes pudessem aproveitar o áudio da melhor forma. Sob a suspeita que esta conduta configura crime de usurpação⁵, foram apreendidos aparelhos eletrônicos utilizados para a exibição de obras musicais e audiovisuais. Posteriormente, deu-se início a um processo penal contra os responsáveis pelo estabelecimento.

Fundamento para uma possível condenação dos acusados seria a violação do direito exclusivo do autor de exercer ou autorizar a comunicação pública da obra, nos termos dos artigos 68º, 149º e 155º do Código de Direito do Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) vigentes em Portugal, abaixo transcritos:

Artigo 68º - Formas de utilização_(...)

2 – Assiste ao autor, entre outros, *o direito exclusivo de fazer ou autorizar*, por si ou pelos seus representantes: (...)

e) A difusão pela fotografia, telefotografia, televisão, radiofonia, ou por qualquer outro processo de reprodução de sinais, sons ou imagens e *a comunicação pública por altifalantes ou instrumentos análogos*, por fios ou sem fios, nomeadamente

⁵ Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC). Portugal. “Artigo 195º -1 – Comete o crime de usurpação quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma ou do organismo de radiodifusão, utilizar uma obra ou prestação por qualquer das formas previstas neste Código. (...)”

por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, quando essa comunicação for feita por outro organismo que não o de origem”(grifo nosso)

Artigo 149º - Autorização

1- Depende de autorização do autor a radiodifusão sonora ou visual da obra, tanto directa como por retransmissão, por qualquer modo obtida.

2- Depende igualmente de autorização a *comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens.*

3- *Entende-se por lugar público todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão.* (grifo nosso)

Artigo 155º - Comunicação pública da obra radiodifundida

É devida igualmente remuneração ao autor pela *comunicação pública da obra radiodifundida por altifalante ou por qualquer instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens.* (grifo nosso)

Após o trâmite do processo em instâncias inferiores, coube à 3ª Seção Criminal do STJ português aplicar o conceito de comunicação ao público ao caso em tela. Em sua decisão⁶, a Seção ancorou-se inicialmente no princípio da liberdade de recepção, segundo o qual *a simples recepção (...) de emissão de radiodifusão não depende de autorização dos autores das obras nem lhes atribui o direito à remuneração*, de forma que cabe ao autor somente a remuneração decorrente da transmissão da obra por radiodifusão⁷. Na interpretação dos magistrados, o princípio da liberdade de recepção aplica-se tanto a lugares com acesso público quanto aos locais privados.

Com relação à legislação vigente, a 3ª Seção Criminal considerou que o conceito legal de comunicação pública está vinculado ao conceito de comunicação social, entendido como atividade

⁶ STJ (Portugal). Processo No. 124/11.9GAPVL.G1-A.S1. 3ª Seção Criminal. Julgado em 7/1/2013, citado em STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013, Relator Eduardo Maia Costa, publicado no Diário da República, 1ª série - Nº 243 – 16.12.2013, P. 6821-6824.

⁷ Para análise teórica deste fundamento, vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. P. 301-302.

ou processo de emissão e transmissão da mensagem.⁸ Pressuposto para o exercício da comunicação, portanto, seria uma conduta ativa do comunicador, que emite ou transmite a mensagem desejada ao seu público. A mera recepção de sinal radiotransmitido, ainda que em lugar público, não caracteriza a *comunicação* no sentido jurídico e social do termo.

Além disso, a ampliação dos efeitos sonoros do televisor por meio da utilização de amplificadores e colunas de som espalhados pelo estabelecimento não é suficiente para caracterizar uma retransmissão da obra. A obra originalmente transmitida por meio televisivo permanece a mesma, intacta, de forma que a ampliação constitui somente uma potencialização técnica do som, a qual prescinde da autorização do autor. Em vista disso, a 3ª Seção Criminal do STJ português reconheceu que não houve crime por violação de direito autoral no caso apresentado.

Após recurso interposto pela SPA, coube ao Pleno das Seções Criminais do STJ português harmonizar a questão de direito.

No Acórdão No. 15/2013⁹ o Pleno corroborou o princípio da liberdade de recepção, de forma que *a captação pelos equipamentos adequados dos sinais de sons e imagens difundidos pelo transmissor é livre*, podendo ser organizada pelo receptor do modo que lhe convier.

A comunicação pública nos termos do CDADC só ocorreria nas hipóteses de *reutilização da obra* por meio de acréscimo, modificação ou inovação aplicado à obra originalmente transmitida pelo canal televisivo. Essa reutilização da obra pressupõe uma modificação por meios técnicos da forma de recepção, de forma a criar um efeito visual ou sonoro espetacular. A comunicação da obra ao público somente será caracterizada quando a recepção for convertida em um espetáculo, capaz de captar para o estabelecimento uma audiência mais alargada do que aquela que normalmente se espera. A mera recepção do sinal televisivo em bares e restaurantes serve normalmente somente à clientela habitual, para a qual não constitui nenhum atrativo. Ainda que a captação de programas

⁸ Para tal, a 3ª Seção Criminal do STJ português baseou-se em CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Parecer nº 4/1992 de 23/1/1992. Item 5.5. P. 24. Disponível em http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/%200/6961d549e288a90380256617004206fa?OpenDocument#_Section4. “(...) na área da comunicação social o termo comunicação é geralmente entendido como atividade ou processo de transmissão. No âmbito da informação enquadra-se a actividade de comunicação ‘lato sensu’ que abrange a fonte emissora e o processo de emissão, o conteúdo da mensagem emitida – produto físico real do codificador/fonte – e a actividade de recepção desta. (...) O elemento gramatical das referidas disposições, enquanto insere as expressões ‘comunicação da obra em lugar público’ e ‘comunicação pública de obra radiodifundida’ parece excluir a mera recepção pública do conteúdo radiodifundido da obra literária ou artística.”

⁹ STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013. Relator Eduardo Maia Costa. Diário da República, 1ª série - Nº 243 – 16.12.2013, P. 6821-6828.

televisivos possa funcionar *ocasionalmente* como chamariz especial, não ocorre verdadeiramente uma transformação do evento em um espetáculo, de forma que a autorização do autor para a exibição da obra é dispensável.¹⁰

A corte salienta que o caso de um hotel que disponibiliza a seus hóspedes acesso a canais televisivos nos quartos mereceria diferente tratamento, pois a amplificação exponencial do sinal radiodifundido por meio de uma recepção multiplicada constituiria um serviço extra aos hóspedes, suscetível de atrair uma maior clientela e, conseqüentemente, lucros. Neste caso, haveria de se considerar a reutilização da obra, o que justificaria uma nova remuneração ao autor.

Além disso, a utilização de meios técnicos meramente para aperfeiçoar ou melhorar a recepção não é suficiente para caracterizar a comunicação pública por meio de difusão de sinais, sons e imagens nos termos do art. 149º Nr. 2 CDADC. O uso de amplificadores e colunas de som resulta somente na ampliação e distribuição do som, visando à melhoria da sua captação pela clientela. Como os televisores em si já contem dispositivos destinados à difusão do som, a melhoria de sua captação por outros meios técnicos não implicam em inovação ou modificação relevante a ponto de configurar a reutilização da obra e tampouco representam uma recriação do programa transmitido.

Com base nesta argumentação, o STJ português firmou o entendimento de que a exibição de obra protegida por meio televisivo em bares e restaurantes, ainda que com auxílio de amplificadores e colunas de som, não configura a *comunicação pública* nos termos da lei portuguesa, de forma que, nestes casos, a ausência de autorização prévia dos titulares e de sua remuneração adequada não constitui infração aos direitos autorais garantidos pelo CDADC.

Esta limitação da extensão dos direitos patrimoniais conferidos aos titulares de direitos autorais atende, ao menos em parte, a um clamor popular pela redução de direitos autorais em prol de um uso livre das obras protegidas. O relevante debate coletivo sobre a necessidade e os limites da proteção autoral, bem como o seu papel perante a ordem jurídica, serão objetos das breves ponderações a seguir.

III. A decisão no atual contexto social

Publicada no final de 2013, a decisão do STJ português se dá em um momento em que os pressupostos e a abrangência dos direitos autorais e conexos são criticados ao redor do mundo de maneira cada vez mais intensa. Em prol dos direitos dos usuários ao livre acesso à informação são

¹⁰ STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013, Op. Cit. P. 6827.

questionados, entre outros, a ampla extensão da proteção nos diversos setores de criação intelectual, os reais destinatários dos benefícios, os efeitos desta ampla proteção e até mesmo à própria necessidade de proteção autoral às obras intelectuais.¹¹ A incisiva reação popular ao *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) em diversos países¹², bem como ao *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e *Protect IP Act* (PIPA) nos Estados Unidos¹³, são os exemplos mais atuais e marcantes da insatisfação social perante um amplo grau de proteção. Da mesma forma, os dispositivos relacionados à propriedade intelectual pretendidos pelos Estados Unidos no projeto da *Trans-Pacific Partnership* (TPP), os quais se tornaram públicos após revelação no *Wikileaks*¹⁴, foram alvos de considerável rejeição social¹⁵ tendo, assim, influenciado a decisão dos países-membros e interessados quanto à aceitação dos termos sugeridos.

¹¹ A maior parte das manifestações populares contrárias aos direitos autorais e aos direitos de propriedade industrial ocorrem na internet e incentivam a criação de websites e organizações que reivindicam um menor nível de proteção. Exemplos de reivindicações podem ser encontrados em <http://c4sif.org/> e <http://questioncopyright.org/>. Vide também KINSELLA, N. Stefan. *Against Intellectual Property*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008. Disponível em http://mises.org/sites/default/files/Against%20Intellectual%20Property_2.pdf.

¹² Acerca dos posicionamentos críticos à abrangência do ACTA e seus efeitos publicados ao redor do mundo, vide *Opinion of European Academics on Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. Disponível em http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/pdf/ACTA_opinion_200111_2.pdf; FREE KNOWLEDGE INSTITUTE. *ACTA: A Global Threat to Freedoms*. 10/12/2009. Disponível em <http://freeknowledge.eu/acta-a-global-threat-to-freedoms-open-letter>; BAKER, Jennifer. *ACTA Text Hurts Startups, Goes Beyond EU Law, Says FFII*. 04/07/2011. Disponível em <http://www.pcworld.com/article/227048/article.html>; RT.COM. *Anti-ACTA Day: Angry Crowds Take Action*. 11/02/2012. Disponível em <http://rt.com/news/acta-protests-rallies-europe-089/>; AMNESTY INTERNATIONAL. *EU Darf ACTA Nicht Unterzeichnen*. 13/02/2012. Disponível em <http://www.amnesty.de/2012/2/14/eu-darf-acta-nicht-unterzeichnen?destination=startseite>.

¹³ Para a rejeição ao SOPA e ao PIPA vide <http://www.protectinnovation.com/>, <http://www.sopastrike.com/>; LEMLEY, Mark / LEVINE, David S. / POST, David G.. *Don't Break the Internet*. 64 Stan. L. Rev. Online 34, Dezembro 2011. Disponível em <http://www.stanfordlawreview.org/online/dont-break-internet>; BRIGHAM, Geoff. *How SOPA will hurt the free web and Wikipedia*. 13/12/2011. Disponível em <http://blog.wikimedia.org/2011/12/13/how-sopa-will-hurt-the-free-web-and-wikipedia/>; SCHREIER, Jason. *Entertainment Software Association Drops SOPA, PIPA Support*. 20/01/2012. Disponível em <http://www.wired.com/2012/01/esa-sopa/>.

¹⁴ Sobre o papel do Wikileaks na revelação dos documentos referentes ao TTP, vide WIKILEAKS. *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - IP Chapter*. 13/11/2013. Disponível em <https://wikileaks.org/tpp/>; HERN, Alex / RUSHE, Dominik. *WikiLeaks publishes secret draft chapter of Trans-Pacific Partnership*. 13/11/2013. Disponível em <http://www.theguardian.com/media/2013/nov/13/wikileaks-trans-pacific-partnership-chapter-secret>; WOOLLACOTT, Emma. *US Fails To Close TPP Deal As Wikileaks Exposes Discord*. 10/12/2013. Disponível em <http://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2013/12/10/us-fails-to-close-tpp-deal-as-wikileaks-exposes-discord/>.

¹⁵ Para críticas referente ao modelo de propriedade intelectual proposto no Acordo TTP, vide GILLMOR, Dan. *Thanks to WikiLeaks, we see just how bad TPP trade deal is for regular people*. 13/11/2013. Disponível em <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/13/trans-pacific-partnership-intellectual-property>; ZULAUF, Piotr. *Criticism and Secrecy of the Trans Pacific Partnership*. 13/08/2014. Disponível em <http://natocouncil.ca/criticism-and-secrecy-of-the-trans-pacific-partnership/>.

Uma extensão desproporcional da proteção autoral é vista criticamente também no meio acadêmico. Apesar de reconhecer que os direitos autorais e conexos desempenham uma função central no estímulo à produção de novas criações literárias, artísticas e científicas, parte da doutrina assume que uma proteção ampla e desarrazoada pode exceder o grau de proteção necessário para o incentivo.¹⁶ Uma proteção excessiva, por sua vez, seria disfuncional, pois imporá barreiras para criações por terceiros e oneraria os usuários da obra sem significar propriamente um incentivo para novas criações por parte do titular.

Diante deste contexto, é de se esperar, que surjam iniciativas contrárias à ampla proteção dos direitos autorais e dos direitos conexos. A decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, em termos práticos, orientou-se justamente de forma a garantir os interesses de usuários e comerciantes em detrimento dos interesses de titulares de direitos autorais e conexos, alinhando-se, portanto, aos posicionamentos críticos a respeito da ampla extensão destes direitos.

Entretanto, há de se destacar que aplicação do direito no caso concreto não pode ignorar os contornos da proteção garantida pela lei vigente.¹⁷ O debate crítico acerca dos direitos autorais, inclusive sobre temas como o balanço ideal de interesses e uma proteção autoral que se restrinja efetivamente ao objetivo de incentivar a criação de novas obras, serve primordialmente para auxiliar a interpretação sistemática da norma pelo juiz e para justificar eventuais alterações legais pelo legislador, mas não para suprimir direitos previamente garantidos pela lei.¹⁸

¹⁶ Neste sentido, PEIFER, Karl-Nikolaus. *Einführung und Bilanz*. In: DEPENHEUER, Otto / PEIFER, Karl-Nikolaus (Coord.). *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? – Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung*. Colonia: Springer Ed., 2008. P. 8 ss., 17-20. MUSSO, Alberto. *Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradigm Carry?*. In: OHLY, Ansgar (Coord.). *Common Principles of European Intellectual Property Law*. Bayreuth: Mohr Siebeck Ed., 2012. P. 92 ss.; OHLY, Ansgar. *Urheberrecht als Wirtschaftsrecht*. In: DEPENHEUER, Otto / PEIFER, Karl-Nikolaus (Coord.). *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? – Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung*. Colonia: Springer Ed., 2008. P. 146 ss.

¹⁷ Sob a ótica da separação de poderes, o poder judiciário deve contribuir para a formação do direito por meio da interpretação e aplicação da lei, mas não por meio de sua criação ou alteração. Exceções são possíveis nos casos em que a lei infringe a Constituição, princípios vigentes ou uma norma hierarquicamente superior, hipóteses nas quais o poder judiciário pode questionar a sua validade e rejeitar a sua aplicação. Entretanto, há de se destacar que, no caso em tela, a validade da lei vigente (CDADC) não foi atacada na decisão do STJ português.

¹⁸ Para ponderações críticas sobre a discricionariedade do juiz na interpretação dos direitos da propriedade intelectual, vide GRAU-KUNTZ, Karin. *Importações Paralela no Brasil*. Revista da ABPI 101. Julho/Agosto 2009. P. 58-68. Para uma perspectiva crítica mais abrangente, em vista de todo o ordenamento jurídico, vide STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, Nº 1. Jan-Abr 2010. P. 158-173. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>.

Diante disso, a plausibilidade do conceito apresentado pelo STJ português deve ser verificada em vista da sua adequação aos contornos elementares determinados pela lei vigente. A análise desta adequação em vista das diversas esferas jurídicas que abordam o conceito de comunicação ao público é a tarefa a ser desempenhada no próximo tópico.

IV. Um novo conceito aplicável?

Para determinar se o entendimento apresentado pela corte portuguesa é juridicamente sustentável e representa uma alternativa aplicável a outros ordenamentos, é necessário entender em que medida o direito de autorizar a comunicação ao público da obra radiodifundida é protegido. Considerando que esta temática não se restringe somente ao direito nacional português, tendo sido objeto de regulação também em nível internacional e europeu, a compreensão do âmbito de proteção autoral e a consequente avaliação do acórdão do STJ português somente são possíveis a partir da análise destas três esferas jurídicas.

A seguir, a questão da comunicação ao público será abordada primeiramente sob a perspectiva do direito internacional, o qual é mais abrangente e estabelece os padrões mínimos de proteção autoral para os numerosos países signatários. Em seguida, analisaremos o grau de proteção estabelecido pela União Europeia, o qual é vinculante para os seus países-membros (inclusive Portugal) para fins de harmonização jurídica. Por fim, avaliar-se-á, a partir da legislação portuguesa e das respectivas posições doutrinárias, se os fundamentos apresentados pelo STJ português encontram respaldo no próprio direito português. As conclusões resultantes destas análises possibilitarão uma avaliação crítica deste relevante julgado da corte portuguesa.

a) Direito Internacional

O âmbito de proteção da comunicação ao público da obra radiodifundida no direito internacional é delimitado primordialmente pelo art. 11*bis*(1) da Convenção de Berna (CB), o qual dispõe o seguinte:

Artigo 11 bis

- 1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar; 1º. a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para *transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens*; 2º. qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da

obra radiodifundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º. a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radiodifundida. (...) (g.n.)

Já o acordo TRIPS, embora não disponha expressamente sobre a questão da comunicação ao público, incorpora nos termos de seu art. 9º §1º a proteção material estabelecida na Convenção de Berna¹⁹, razão pela qual o art. 11bis CB aplica-se também a todos os países signatários do TRIPS. Diante disso, há de se identificar o significado e a abrangência do conceito de *comunicação pública* nos termos do referido artigo.

Inicialmente, destaca-se que o art. 11bis(1) CB, inserido na Convenção de Berna no contexto da revisão de Bruxelas (1948), possui uma sistemática precária, de forma que a leitura do texto aprovado requer a observação de determinadas nuances, decorrentes principalmente das discussões realizadas durante a revisão de Bruxelas. A principal dificuldade sistemática envolve o conceito de comunicação pública. Apesar do certo detalhamento das hipóteses em que o direito autoral pode ser exercido, a Convenção não determina em momento algum o significado e a abrangência deste conceito. Coube à doutrina internacional e até mesmo aos representantes dos países-membros, por meio da publicação do extraoficial Guia da Convenção de Berna²⁰, determinar o escopo desta complexa definição.

Partindo de uma interpretação histórica e teleológica, verifica-se que, embora a leitura do art. 11bis(1) CB não evidencie qualquer diferença entre os termos *comunicação pública* mencionados em cada um dos seus três incisos, existem diferenças sensíveis em cada um dos contextos distintos em que são tratados, as quais trazem consequências relevantes para a questão jurídica aqui discutida.²¹

¹⁹ TRIPS. “Artigo 9. 1 - Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo art.6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados (...)”.

²⁰ WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Genebra, 1978. P. 21 ss. Disponível em <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf>.

²¹ GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright*. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 266; STERLING, J. A. L.. *World Copyright Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998. P. 475-476; NORDEMANN, Wilhelm / VINCK, Kai / HERTIN, Paul W. / MEYER, Gerald. *International Copyright and Neighboring Rights Law – Commentary with Special Emphasis on the European Community*. New York: Ed. VCH, 1990. P. 124-126; ARISTI, Rafael Sánchez. *Artículo 11 Bis*, in: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias e Artísticas*. Madrid: Tecnos,

O art. 11*bis*(1)(i) CB envolve a comunicação pública por qualquer meio que sirva para transmitir sem fio sinais, sons ou imagens. Em vista do desenvolvimento das transmissões radiofônicas e televisivas em meados do século XX, este inciso visou justamente à proteção autoral nos casos de transmissão por *radiodifusão* realizada por terceiros.²² Assim, o conceito de comunicação pública associa-se à ideia de transmissão precípua da obra por radiodifusão a um público indistinto, não-particular, podendo ser constituído por pessoas físicas ou jurídicas.²³

Além da preocupação com a proteção autoral nas hipóteses de transmissão primária da obra, os legisladores dos países-membros buscaram ainda resguardar ao autor o direito de autorizar a transmissão secundária da obra, ou seja, nos casos em que um organismo recebe sinais, sons e imagens originalmente radiodifundidos por outrem e, em seguida, os transmitem a terceiros por radiodifusão ou outros meios equivalentes. Por este motivo, o art. 11*bis*(1)(ii) CB dispõe sobre a comunicação pública por fio ou sem fio, nos casos em que é feita por outro organismo que não o radiodifusor original. Neste caso a comunicação pública refere-se à *retransmissão* de sinais a um público indistinto e distante, independentemente do meio utilizado.²⁴

Tanto a transmissão por radiodifusão quanto a retransmissão de uma obra radiodifundida previstas nos arts. 11*bis*(1) (i) e (ii) CB se dão de maneira remota, abstrata e imperceptível.²⁵ Estes procedimentos, por si só, não bastam para que os destinatários finais (ouvintes ou telespectadores) acessem e assimilem os sinais transmitidos, o que somente se torna possível após a recepção destes

2013. P. 977-978, 981-982; RICKETSON, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. Londres: Queen Mary College, 1987. P. 439.

²² RICKETSON, Sam. Op. Cit.. P. 434-439, 452; ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit.. P. 977-978.

²³ GOLDSTEIN, Paul. Op. Cit.. P. 266. “It is central to this right, as to other aspects of broadcasting rights, that some form of receiver mediate between the performer and the audience. But, for conduct to fall within the right, it is necessary only that signals be emitted; ‘it is immaterial whether or not they are in fact received’. Thus, even if no single member of the public views or hears the signal, it will nonetheless constitute a broadcast to the public.” Para detalhes sobre a interpretação deste dispositivo e sobre as formas de transmissão nele reguladas, vide RICKETSON, Sam. Op. Cit.. P. 439-452; ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit.. P. 982-987; STERLING, J. A. L.. Op. Cit.. P. 475.

²⁴ PLAISANT, Marcel. *General Report on the Work of the Brussels Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention – Records of the Conference Convened in Brussels June 5 to 26, 1948*. Disponível em http://keionline.org/sites/default/files/Records_of_the_Conference_1948_Brussels_Revisions.pdf. “The author also has rights in any communication to the public made by a body other than the original one. Those are in fact rights in an extension of broadcasting for which at least two processes are known today: relaying and wire distribution, as Mgr. Picard judiciously remarked in the name of the Vatican: these rights are written into item (ii) of paragraph (1).” Linhas de argumentação semelhantes são apresentadas por STERLING, J. A. L.. Op. Cit. P. 475-476; ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit.. P. 988-990; GOLDSTEIN, Paul. Op. Cit.. P. 266.

²⁵ ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit. P. 981-982.

sinais por outros aparelhos, como rádio ou televisão.²⁶ Desta forma os conceitos apresentados nestes incisos não encontram aplicação para a questão jurídica aqui analisada, que aborda a mera exibição ou direcionamento da obra em restaurantes, bares, pubs e demais localidades com acesso público, e não de uma transmissão imaterial dos sinais por sistemas de radiodifusão ou a cabo.

Diferente dimensão, porém, possui o art. 11*bis*(1)(iii) CB. Este inciso abrange os casos em que a comunicação pública é realizada por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagem. Diferentemente do significado atribuído nos outros dois incisos, aqui se trata das hipóteses em que os sinais, sons e imagens recebidos são *direccionados diretamente* a um público.²⁷ Pressupõe-se, assim, uma relação presencial entre o instrumento que propaga os sinais recebidos e as pessoas que tem acesso e assimilam o seu conteúdo.²⁸ A palavra *transmissor*, neste caso, aduz propriamente à propagação dos sinais e seus conteúdos de forma a torná-los perceptíveis aos respectivos ouvintes ou telespectadores, os quais se situam ao final da cadeia de transmissão. Esta transmissão por instrumentos análogos aos autofalantes diferencia-se das hipóteses do art. 11*bis*(1)(i) e do art. 11*bis*(1)(ii) CB, nas quais a transmissão ocorre de maneira abstrata e remota²⁹, sem que os destinatários finais possam acessar e assimilar o conteúdo transmitido.

Para verificar se o direito de autorização resguardado aos autores nos termos do art. 11*bis*(1)(iii) CB é aplicável aos casos de exibição de obras musicais ou audiovisuais radiodifundidas em bares e restaurantes, alguns aspectos relevantes devem ser considerados.

²⁶ Vide NORDEMANN et al. Op. Cit.. P. 124-125; WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit. P. 66-67.

²⁷ Neste sentido, STERLING, J. A. L.. Op. Cit. P. 476. “Article 11bis(1)(iii) provides that authors of literary and artistic works have the right to authorise the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of a work. In other words, where, for instance, a loudspeaker is set up in a public place, and the operator of the loudspeaker proposes to receive a broadcast programme and play it over the loudspeaker to the public, the author of the work in the broadcast has the right to authorize this loudspeaker communication, and this is the right which will be exercisable against the person responsible for operating the loudspeaker. This right also covers public communication by setting up a screen in a public place, by means of which a TV programme is made perceptible by the public”. Seguindo a mesma linha argumentativa, WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit. P. 67.

²⁸ ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit. P. 980. “(...) por lo que se refiere a la tercera de las modalidades de comunicación reguladas en el primer apartado del artículo 11 bis, la comunicación pública por altavoz de la obra radiodifundida es claro que constituye una forma de comunicación a un público presente que, por tanto, no guarda similitud con la radiodifusión la cual constituye un supuesto eminente de comunicación pública a distancia.”

²⁹ ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit. P. 981-982.

Em primeiro lugar, destaca-se que o público que tem acesso à obra radiodifundida, para fins deste inciso, deve ser um público novo. O entendimento pacífico na doutrina internacional, corroborado pelo Guia da Convenção de Berna, é de que o público novo compreende todo aquele que não foi previsto pelo autor (ou titular) ao autorizar a radiodifusão de sua obra.³⁰ Considerando que o uso comum e corriqueiro das obras radiodifundidas por meio de aparelhos de rádio ou televisores se dá em ambiente particular ou familiar³¹ – como casas, apartamentos, carros etc. – será considerado público novo todo aquele que exceder os limites deste ambiente, direcionando a obra recebida por radiodifusão a um público alheio a este ambiente restrito. É o que ocorre, por exemplo, em bares, restaurantes e outros locais de acesso público.³²

Em segundo lugar, questiona-se se televisores e aparelhos de rádio em si, por possuírem mecanismos intrínsecos para a propagação de sinais, devem ser entendidos como instrumentos análogos aos autofalantes para a transmissão de sinais, sons e imagens, ainda que desacompanhados de qualquer aparelho externo.

A Procuradoria-Geral da República portuguesa, por meio de seu Parecer nº 4/1992, adotou uma interpretação restritiva, no sentido de que os televisores e aparelhos de rádio, diferentemente de autofalantes e instrumentos análogos, não provocam uma propagação adicional e amplificada do conteúdo recebido.³³ Por se tratarem instrumentos meramente receptores dos sinais, estão fora do

³⁰ WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit.. P. 68-69. “The question is whether the licence given by the author to the broadcasting station covers, in addition, all the use made of the broadcast, which may or may not be for commercial ends. (...)The Convention’s answer is ‘no’. Just as, in the case of a relay of a broadcast by wire, an additional audience is created, so, in this case too, the work is made perceptible to listeners (and perhaps viewers) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his licence to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle. Once this perception is done in order to entertain a wider circle, often for profit, an additional section of the public is enabled to enjoy the work and it ceases to be merely a matter of broadcasting. The author is given the control over this new public performance of his work”. Posicionamento semelhante adota ARISTI, Rafael Sánchez, Op. Cit. P. 991.

³¹ GOLDSTEIN, Paul. Op. Cit.. P. 262. Sobre a adequação deste entendimento ao direito português, vide REBELLO, Luiz Francisco. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*. 3ª Ed.. Lisboa: Ancora Ed., 2002. P. 207.

³² Posicionamento contrário apresenta o CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Parecer nº 4/1992. Op. Cit.. Item 5.2. P. 22. “(...) as emissões de radiodifusão destinam-se ao público em geral – e não apenas a quem as capte em privado, no meio familiar –, pelo que não faz sentido afirmar ser novo o público que as recebe num restaurante, café, hotel, pensão ou estabelecimento similar.”

³³ Idem. Ibidem. “(...) é muito duvidoso o entendimento de que o conceito de altifalante ou de instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens a que se reporta a referida disposição internacional, deva abranger os aparelhos receptores de radiodifusão só pelo facto de sua estrutura mecânica se inserir mecanismo idêntico.”

campo de incidência do art. 11bis(1)(iii) CB. Posição semelhante foi adotada pelo STJ português no caso aqui discutido, ainda que a decisão tenha se ancorado em outros fundamentos.

Este entendimento, porém, diverge do entendimento dominante na doutrina internacional. Conforme já demonstrado, da devida interpretação histórico-teleológica da norma resulta que qualquer direcionamento de sinais radiodifundidos a um público novo, não previsto pelo autor em um primeiro momento, encontra-se sob o âmbito de proteção estabelecido. A comunicação pública realizada por quaisquer instrumentos utilizados para a propagação dos sinais captados de forma a viabilizar o acesso e a assimilação do conteúdo por um público novo deve ser objeto de autorização pelo autor.³⁴ Desta forma, televisores e aparelhos de rádio, por possuírem mecanismos intrínsecos de propagação destes sinais, devem ser considerados como instrumentos análogos aos autofalantes³⁵, ainda que desacompanhados de equipamentos suplementares, como amplificadores ou colunas de som. Ressalta-se, entretanto, que a mera recepção do sinal por televisores e rádios é livre, sendo passíveis de autorização somente os casos em que o conteúdo recebido é dirigido a terceiros alheios à esfera privada e familiar.

Sob esta perspectiva, questiona-se se um Estado poderia, em vista do art. 11bis(2) CB³⁶ – que possibilita aos Estados a regulação das condições para o exercício dos direitos garantidos pelo art. 11bis(1) CB – e do art. 13 TRIPS³⁷, limitar a proteção nas hipóteses em que televisores e rádios são disponibilizados ao público sem quaisquer equipamentos suplementares de propagação dos sinais, como amplificadores ou colunas de som.

³⁴ PLAISANT, Marcel. Op. Cit.. P. 263; WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit.. P. 67-68; NORDEMANN et al. Op. Cit.. P. 127; STEWART, Stephen M.. *International Copyrights and Neighbouring Rights*. 2ª Ed.. Londres: Ed. Butterworth, 1989. P. 125.

³⁵ GOLDSTEIN, Paul. Op. Cit.. P. 266. “Article 11bis (1)(iii) covers the right to authorize ‘the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.’ This clause would encompass a radio playing background music in a store or a television showing sports event in a bar. Although the author of the broadcast work presumably obtained economic consideration for licensing the broadcast, commonly applied rules of copyright contract interpretation will treat him as having withheld all rights not expressly conveyed to his transferee and, consequently, as retaining control of this market himself unless he otherwise expressly indicated in his instrument of transfer.”

³⁶ CB. “Art. 11bis – (2) Compete às legislações dos países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1) do presente artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração equitativa, fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.”

³⁷ TRIPS. “Artigo 13 – Limitações e Exceções – Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”

Esta possibilidade foi posta a prova pelos EUA, ao determinar a exceção de uso doméstico nos termos do §110(5)(A) do Copyright Act.³⁸ Para fins desta norma, se um aparelho for utilizado em um espaço público da mesma forma como é utilizado em um espaço doméstico, ou seja, sem a utilização conjunta de instrumentos que potencializam a propagação do conteúdo captado, não cabe ao titular o direito de autorizar a comunicação pública da obra ou de receber qualquer remuneração equivalente. Entendendo que esta exceção excederia o escopo do art. 11bis(2) CB e violaria o art. 11bis(1)(iii) CB, a União Europeia questionou a legislação adotada nos EUA perante a OMC.³⁹ Na decisão, o painel responsável optou por aplicar o teste dos três passos (*three-step-test*) previsto no art. 13 TRIPS.⁴⁰ Considerando basicamente que o impacto econômico era essencialmente reduzido, entendeu-se que a exceção de uso doméstico não impede a exploração normal da obra e tampouco prejudica injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

No entendimento da OMC, portanto, é possível que se estabeleça uma exceção doméstica ao art. 11bis(1)(iii) CB, a qual se aplica, por exemplo, nos casos em que a obra é exibida em locais de acesso público por meio de televisores ou rádios sem a utilização de amplificadores e colunas de som extras. Entretanto, conforme se verá nos tópicos a seguir, o direito da União Europeia, o direito brasileiro e a lei portuguesa não preveem esta exceção de uso doméstico.

Em terceiro e último lugar, retoma-se a interpretação do Pleno do STJ português no sentido de que a utilização de amplificadores e colunas de som acoplados artificialmente a rádios e televisores, por se tratar de instrumentos que meramente ampliam os efeitos das funções já existentes nos aparelhos sem constituir propriamente uma reutilização ou um espetáculo, afastariam a aplicação do conceito de comunicação ao público. Este entendimento se opõe frontalmente à norma expressa no art. 11bis(1)(iii) CB, já que, a exemplo de televisores e rádios, os ampliadores e as colunas de som são instrumentos análogos aos autofalantes.⁴¹ Assim, a sua utilização destinada à propagação de

³⁸ 17 U.S. Code (Copyright Act) – “§ 110 - Limitations on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays – Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: (...) (5) (A)(...) communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless—(i) a direct charge is made to see or hear the transmission; or (ii) the transmission thus received is further transmitted to the public (...).”

³⁹ OMC. Dispute Settlement DS160. *European Communities v USA*. Detalhes processuais disponíveis em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm.

⁴⁰ Idem. Ibidem. Decisão disponível em [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁴¹ PLAISANT, Marcel. Op. Cit.. P. 263; WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit.. P. 67-68; NORDEMANN et al. Op. Cit.. P. 127; STEWART, Stephen M.. Op. Cit.. P. 125.

sinais a um público novo depende de autorização do titular. Destaca-se que o referido artigo e sua respectiva interpretação pela doutrina não consideram a criação de um espetáculo ou de outras formas de utilização da obra, bem como a obtenção de lucro, como condições para o exercício do direito do autor.⁴²

Neste ponto, entretanto, surge novamente a indagação sobre a possibilidade de os Estados, à luz do art. 11*bis*(2) CB e do art. 13 TRIPS, poderem limitar os direitos dos autores nos casos de utilização destes instrumentos suplementares destinados ao direcionamento da obra radiodifundida a um público maior. A relevância prática do tema decorre do fato de a legislação norte-americana, além de prever uma exceção de uso doméstico (conforme relatado acima), ter estabelecido no §110(5)(B) do Copyright Act uma exceção de uso comercial referente à comunicação pública da obra.⁴³ Nos termos da lei norte-americana não é necessária a autorização do titular quando a comunicação pública ocorre em estabelecimentos comerciais por meio de autofalantes e instrumentos

⁴² ARISTI, Rafael Sánchez. Op. Cit. P. 992; STERLING, J. A. L.. Op. Cit.. P. 476; NORDEMANN et al.. Op. Cit.. P. 127. Raras exceções ao direito de autorização da comunicação pública da obra em prol de atividades sem fins lucrativos são identificadas em GOLDSTEIN, Paul. Op. Cit.. P. 316-317.

⁴³ 17 U.S. Code (Copyright Act) – “§ 110 - Limitations on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays – Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: (...) (5) (B) communication by an establishment of a transmission or retransmission embodying a performance or display of a nondramatic musical work intended to be received by the general public, originated by a radio or television broadcast station licensed as such by the Federal Communications Commission, or, if an audiovisual transmission, by a cable system or satellite carrier, if— (i) in the case of an establishment other than a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 2,000 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 2,000 or more gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and— (I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or (II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than 1 audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; (ii) in the case of a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 3,750 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 3,750 gross square feet of space or more (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and— (I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or (II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than one audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; (iii) no direct charge is made to see or hear the transmission or retransmission; (iv) the transmission or retransmission is not further transmitted beyond the establishment where it is received; and (v) the transmission or retransmission is licensed by the copyright owner of the work so publicly performed or displayed (...).”

análogos, observados determinados limites para a quantidade de instrumentos e para a dimensão do estabelecimento.

Sob o argumento de que esta exceção de uso comercial fere os direitos mínimos garantidos ao autor pela Convenção de Berna, a União Europeia levou a questão à OMC.⁴⁴ Na mesma decisão em que considerou a exceção de uso doméstico compatível com a Convenção de Berna, o painel responsável da OMC, ao aplicar o teste dos três passos conforme o art. 13 TRIPS, considerou que a exceção de uso comercial impede a exploração normal da obra e prejudica injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito, razão pela qual é incompatível com a Convenção de Berna e com o TRIPS.⁴⁵

Segundo este entendimento, um país vinculado à Convenção de Berna não pode simplesmente afastar o direito do titular de autorizar a comunicação ao público de sua obra por meio de instrumentos suplementares destinados a aumentar o efeito do sinal captado e fazê-lo perceptível por um número maior de pessoas, tais como amplificadores ou colunas de som. A única possibilidade para a restrição de tal direito seria por meio de licença compulsória nos termos do art. 11 *bis*(2) CB, hipótese na qual restaria ao titular ao menos o direito de receber uma remuneração adequada pela comunicação pública da obra.

Ressalta-se aqui que a OMC, ao aplicar o teste dos três passos nos termos do art. 13 TRIPS no caso em tela, não considerou diretamente o interesse da coletividade, traçando como parâmetros de avaliação somente a exploração normal da obra e os interesses legítimos do titular do direito autoral. Este entendimento, entretanto, é criticado por parte da abalizada doutrina internacional, que defende que o interesse público é um fator relevante para o balanceamento de interesses e deve ser considerado para fins de limitação do direito autoral, ainda que não seja mencionado expressamente no art. 13 TRIPS.⁴⁶ A partir deste posicionamento doutrinário, seria possível que uma exceção de uso comercial, a depender de sua abrangência, seja considerada lícita à luz do direito internacional.

Entretanto, nem mesmo esta forma de interpretação é capaz de justificar o julgamento da corte portuguesa à luz do direito internacional, tendo em vista os argumentos apresentados não se

⁴⁴ OMC. Dispute Settlement DS160. *European Communities v USA*. Detalhes processuais disponíveis em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm.

⁴⁵ Idem. Ibidem. Decisão disponível em [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁴⁶ Vide *Declaration – A Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law* assinada por acadêmicos, professores e outros profissionais atuantes na área de direitos autorais, disponível em http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_english1.pdf.

destinaram a um sopesamento de interesses. Além disso, nem a lei portuguesa nem a lei da União Europeia preveem qualquer forma de exceção de uso comercial nos casos de comunicação pública da obra.

Conclui-se, portanto, que a posição adotada pelo STJ português infringe o direito internacional, o qual garante ao titular o direito de autorizar a exibição da obra radiodifundida em bares, restaurantes e demais localidades com acesso público. A exceção de uso doméstico, considerada lícita pela OMC, bem como a exceção de uso comercial que, a depender de seus contornos, poderia ser eventualmente considerada compatível com o direito internacional em vista do legítimo sopesamento de interesses, poderiam ser uma possível alternativa para Portugal. Estas exceções, entretanto, não são previstas pela lei da União Europeia e tampouco pela lei nacional portuguesa, conforme se verá adiante.

b) Direito da União Europeia

Para avaliar se a construção jurídica apresentada pelo STJ português se sustenta em face do direito europeu é necessário verificar inicialmente em que medida a comunicação ao público das obras protegidas por direitos autorais é regulada na União Europeia, o que se dá nos termos do art. 3º (1) da Diretiva 2001/29/CE:⁴⁷

Artigo 3º

Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material

1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o *direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio*, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.
(...) (g.n.)

⁴⁷ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 Relativa à Harmonização de Certos Aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>.

No que tange aos direitos conexos, merece destaque também a redação do art. 8 (1) e (2) da Diretiva 2006/115/CE:⁴⁸

Artigo 8º

Radiodifusão e comunicação ao público

1. Os Estados-Membros devem prever que *os artistas intérpretes ou executantes tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações*, excepto se a prestação já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efectuada a partir de uma fixação.

2. Os Estados-Membros devem prever um direito que garanta, não só *o pagamento de uma remuneração equitativa única* pelos utilizadores que usem fonogramas publicados *com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioeléctricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público*, mas também *a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados*. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros podem determinar em que termos é por eles repartida a referida remuneração. (...) (g.n.)

Conforme se depreende dos dispositivos supramencionados, o legislador europeu garantiu aos titulares de direitos autorais e conexos o direito de autorizar a comunicação ao público da obra radiodifundida e de receber a devida remuneração para tal. Entretanto, a exemplo da legislação internacional que dispõe sobre o tema, a lei europeia também não determinou com precisão o conceito de comunicação ao público a ser aplicado pelos países-membros. Coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU), às questões colocadas por tribunais nacionais, estabelecer a dimensão desta protecção e harmonizar a sua aplicação.

O primeiro passo para a definição do conceito em tela foi dado pelo Tribunal Europeu no caso C-306/05 (*SGAE v. Rafael Hoteles SA*)⁴⁹, no qual uma sociedade espanhola responsável pela

⁴⁸ Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 Relativa ao Direito de Aluguel, ao Direito de Comodato e a Certos Direitos Conexos ao Direito de Autor em Matéria de Propriedade Intelectual. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0028:0035:PT:PDF>.

⁴⁹ TJEU. Processo C-306/05 – *SGAE v Rafael Hoteles*. Julgado em 7/12/2006.

arrecadação e distribuição dos proventos decorrentes do uso de obras autorais protegidas (SGAE) buscou exercer os direitos autorais em face de uma rede de hotéis que colocou nos respectivos quartos televisores à disposição de seus hóspedes. Argumento para tal é que este ato consistiria em comunicação ao público nos termos do art. 3º da Diretiva 2001/29/CE.

Inicialmente, o tribunal referiu-se aos tratados internacionais incorporados pela União Europeia⁵⁰ e, principalmente, aos Considerandos No. 9 e 23 da Diretiva 2001/29/CE⁵¹ para apoiar um amplo grau de proteção aos titulares, garantindo assim a legitimidade de uma interpretação extensiva dos dispositivos legais pertinentes.

Ao fundamentar a decisão, o tribunal buscou primeiramente definir o conceito de *público* nos termos postos pela Diretiva 2001/29/CE, concluindo que a comunicação da obra é passível de autorização somente quando dirigida a um público novo.⁵² Para fins de aplicação da norma, o público novo será todo aquele que não é originalmente previsto pelo titular ao autorizar a radiodifusão da obra. Considerando que o uso corriqueiro e previsível dos televisores se dá em esfera privada e familiar, será considerada como pública a comunicação da obra em ambientes que excedam os limites desta esfera, atingindo círculos mais amplos.⁵³ Assim, os hóspedes de hotel, em virtude de sua rápida sucessão e, conseqüentemente, de seu relevante número, enquadram-se no conceito de público apresentado pela Diretiva.⁵⁴ Diferentemente do que alegou a rede de hotéis em sua defesa, o TJEU considerou que o quarto de hotel, por se destinar a hóspedes indeterminados que se alteram periodicamente, não deve ser compreendido como ambiente particular ou familiar, de modo que mesmo a mera possibilidade de utilização dos televisores pelos hóspedes já consiste em disponibilização ao público da obra protegida, o que se encontra dentro do escopo de proteção da comunicação ao público.⁵⁵

⁵⁰ Os dispositivos de apoio utilizados pelo TJEU no presente caso foram o Art. 9º Nr. 1º TRIPS, o Art. 11bis CB e o Art. 8º do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor.

⁵¹ Diretiva 2001/29/CE. Considerandos: “(9) Qualquer harmonização do direito de autor e direitos conexos deve basear-se num elevado nível de protecção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual. (...) (23) A presente directiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros actos.”

⁵² TJEU. C-306/05 – *SGAE v Rafael Hoteles*. Par. 40.

⁵³ *Idem*. *Ibidem*. Par. 41.

⁵⁴ *Idem*. *Ibidem*. Par. 37, 38 e 42.

⁵⁵ *Idem*. *Ibidem*. Par. 50, 51.

Outro ponto relevante da decisão é a diferenciação entre a mera recepção do sinal radiodifundido e a sua destinação ao público. Ao contrário da 3ª Seção Criminal do STJ português, que considerou a recepção do sinal radiodifundido e a sua destinação ao público como um único ato de recepção, o TJEU entende que ambos os atos são independentes entre si, de forma que a mera recepção do sinal no televisor em seu uso comum e corriqueiro não se confunde com a exibição do conteúdo recebido ao público, sendo que somente este último ato consiste em comunicação e, portanto, requer autorização do titular da obra protegida.⁵⁶

É importante notar que, por meio de sua interpretação extensiva, a corte europeia firmou o entendimento de que a comunicação ao público da obra radiodifundida não se confunde com os conceitos de radiodifusão, transmissão ou retransmissão da obra. Ao contrário da Convenção de Berna, na qual o conceito de *comunicação pública* causa certa confusão ao adquirir significados distintos nos termos art. 11bis(1) CB⁵⁷, a comunicação ao público nos termos da lei europeia refere-se essencialmente ao direcionamento ao público da obra recepcionada pelo televisor ou aparelho de rádio instalado no estabelecimento. Diferentemente do que sustentou a 3ª Seção Criminal, portanto, o direito de autorização e remuneração dos titulares dos direitos autorais na União Europeia não deve ser restrito à radiodifusão ou transmissão originária ou secundária da obra, estendendo-se também às hipóteses de exibição da obra em locais de frequência pública.

Destaque-se ainda que o tribunal não fez qualquer menção à necessidade de criação de um espetáculo para que se configure a comunicação ao público, bastando para tal o direcionamento do conteúdo recebido por radiodifusão a um público novo. Além disso, apesar de reconhecer que a comunicação ao público de obras protegidas em um hotel possui caráter lucrativo, o TJEU considerou que esta não é uma condição necessária para à existência da comunicação nos termos da lei. Ambos os aspectos desta decisão contrastam com a posição adotada pelo Pleno do STJ português.

Este entendimento sobre o conceito de comunicação pública foi consolidado pelo TJEU na decisão dos casos C-403/08 e C-429/08 (*Football Association Premier League*)⁵⁸, nos quais a questão da exibição de obras audiovisuais protegidas em pubs e bares também foi abordada. Neste caso, a associação inglesa de futebol reclamou o exercício de seus direitos em face da proprietária de um pub que exibia jogos de futebol da primeira divisão inglesa à sua clientela. Novamente, o fundamento legal alegado pela parte autora foi a necessidade de autorização do titular para a

⁵⁶ Idem. Ibidem. Par. 41.

⁵⁷ Vide subitem IV.a supra.

⁵⁸ TJEU. Processos C-403/08 e C-429/08 – *Football Association Premier League (FAPL)*. Julgados em 4/10/2011.

comunicação ao público da obra nos termos dos supramencionados art. 3º (1) da Diretiva 2001/29/CE e art. 8 (1) e (2) da Diretiva 2006/115/CE.

Além de corroborar o entendimento apresentado no caso *SGAE*, o TJEU destacou nesta decisão que a exibição de obras audiovisuais radiodifundidas em pubs e bares é suscetível de atrair clientes interessados por essas obras, possuindo, portanto, relevante caráter lucrativo.⁵⁹ Ainda que o tribunal não tenha mencionado nesta decisão em que medida a existência de fins lucrativos é relevante para a existência da comunicação ao público⁶⁰, este entendimento se opõe à argumentação do Pleno do STJ português no sentido de que a exibição meramente ocasional de obra protegida em bares e restaurantes não constitui um atrativo relevante para o público, sendo incapaz de provocar a captação de uma maior clientela ao estabelecimento.

Outra importante constatação realizada nesta decisão foi a de que a exibição de uma obra protegida através do uso de televisores e aparelhos altifalantes (como colunas de som) a um público novo configura comunicação ao público nos termos das diretivas.⁶¹ Desta forma, a utilização de um instrumento técnico para a extensão do conteúdo protegido a um público novo, ou seja, um público não presente no local da representação protegida e fora do círculo privado e familiar a que o uso dos televisores é corriqueiramente destinado⁶², deve ser autorizada pelo titular da obra. Este aspecto também contrasta com a posição adotada pelo Pleno do STJ português, no sentido de a utilização de aparelhos que, como as colunas de som, apenas servem para aperfeiçoar ou melhorar a recepção de sinais, sons e imagens não é suficiente para caracterizar a comunicação ao público da obra protegida.

Em vista destas decisões, constata-se que o entendimento jurisprudencial vigente é o de que a lei da União Europeia garante ampla proteção aos titulares de direitos autorais e conexos no que tange à comunicação da obra protegida a um público novo. Diante da regra geral da ampla proteção, somente duas restrições foram pontuadas pelo TJEU em julgados posteriores.

No caso *SCF v. Marco del Corso* (C-135/10)⁶³ o tribunal entendeu que a veiculação de obras musicais por meio de rádio ou outros aparelhos de sonorização ambiente na sala de espera de um consultório odontológico não constitui comunicação ao público nos termos do art. 3 (1) da Diretiva

⁵⁹ TJEU. C-403/08 e C-429/08 – *FAPL*. Par. 205 e 206

⁶⁰ *Idem*. *Ibidem*. Par. 204

⁶¹ *Idem*. *Ibidem*. Par. 196 e 203.

⁶² *Idem*. *Ibidem*. Par. 198, 202, 203.

⁶³ TJEU. Processo C-135/10 - *SCF v Marco Del Corso*. Julgado em 15/3/2012.

2001/29/CE e do art. 8 (2) e (3) da Diretiva 92/100/CEE⁶⁴. Fundamento para tal é que o conjunto de pessoas que aguardam o atendimento pelo dentista é, de certa maneira, estável e não-numeroso. Trata-se de um número insignificante de destinatários potenciais⁶⁵, que não deve ser equiparado a uma pluralidade indeterminada de pessoas⁶⁶, como em um pub ou um hotel. Na opinião do tribunal, este grupo reduzido de pessoas não é suficiente para caracterizar um *público* destinatário da comunicação da obra musical. Além disso, considerando que a clientela de um dentista ambiciona primordialmente um tratamento dentário adequado ou exames de prevenção, não há de se considerar que a disponibilização de música ambiente altere o número de clientes de um consultório odontológico⁶⁷, razão pela qual o tribunal europeu afastou o caráter lucrativo do ato.⁶⁸ Apesar desta assertiva, o tribunal não esclareceu em que medida o caráter lucrativo é relevante para a configuração da comunicação pública.

O conceito de comunicação pública também foi afastado pelo TJEU na recente decisão do caso *Nils Svensson e outros v. Retriever Sverige AB* (C-466/12).⁶⁹ O fato envolvido na lide era a disponibilização, em um website, de hyperlinks que, quando clicados, remetiam o internauta a outras páginas virtuais, nas quais constavam artigos jornalísticos nelas publicados. Considerando que estes artigos são protegidos pela lei autoral, os titulares argumentaram que a disponibilização de hyperlinks que remetem ao conteúdo protegido configura comunicação pública nos termos do art. 3º (1) da Diretiva 2001/29/CE.

Ao julgar o caso, o TJEU considerou que a disponibilização de hyperlinks consiste em um ato de comunicação e que a pluralidade de internautas à qual os hyperlinks eram destinados configura um público.⁷⁰ Entretanto, considerando que as páginas virtuais remetidas pelos hyperlinks não eram restritas a determinados usuários, mas sim acessíveis a todos os internautas desde o momento da

⁶⁴ Considerando que, à época dos fatos, a Diretiva 2006/115/CE ainda não havia sido elaborada e aprovada, aplicou-se, em termos de direito material, a Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, Relativa ao Direito de Aluguer, ao Direito de Comodato e a Certos Direitos Conexos aos Direitos de Autor em Matéria de Propriedade Intelectual, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0100:PT:HTML>. No que tange à comunicação ao público, entretanto, não há de se notar grandes diferenças entre as duas diretivas.

⁶⁵ TJEU. C-135/10 - *SCF v Marco Del Corso*. Par. 95

⁶⁶ Idem. Ibidem. Par. 96

⁶⁷ Idem. Ibidem. Par. 97 e 98.

⁶⁸ Idem. Ibidem. Par. 99.

⁶⁹ TJEU. Processo C-466/12 – *Nils Svensson et al. v Retriever Sverige AB*. Julgado em 13/2/2014.

⁷⁰ Idem. Ibidem. Par. 16-18, 22-23.

publicação, concluiu-se que a disponibilização dos hyperlinks não se estendia a um público novo.⁷¹ Ao inserir na rede um conteúdo acessível por todos os internautas, todos eles se tornam os potenciais destinatários deste conteúdo, ou seja, o público-alvo. Desta forma, os internautas que são remetidos ao conteúdo protegido após clicarem em um hyperlink situado em outro website não podem ser considerados como público novo, mas sim como o público já previsto pelo titular dos direitos no momento da autorização para a veiculação online da obra protegida. Sendo o público novo pressuposto para a configuração da comunicação ao público (vide julgados *SGAE* e *Football Association Premiere League* supra), não se aplica a proteção autoral ao caso julgado.

Apesar da pertinência destas restrições pontuadas pelo TJEU nos casos *SCF v. Marco del Corso* e *Nils Svensson e outros v. Retriever Sverige AB*, verifica-se que nenhuma delas afasta a aplicação do conceito de comunicação ao público nas hipóteses de disponibilização de obras musicais ou audiovisuais em bares e restaurantes, pois o público que os frequenta é indeterminado e não-previsto pelo titular do direito ao autorizar a radiodifusão. Trata-se, portanto, de um público novo, ao qual a comunicação das obras protegidas só é permitida após autorização do titular do direito autoral. Além disso, o tribunal europeu fixou o entendimento de que a exibição de obras audiovisuais protegidas nestes locais viabilizaria um potencial aumento da clientela, possuindo, assim, caráter lucrativo.⁷²

Em vista do exposto, constata-se que os fundamentos apresentados pelo STJ português concernentes à questão da comunicação ao público distanciam-se do direito aplicável à União Europeia, especialmente em vista das decisões dos casos *SGAE* e *Football Association Premiere League* pelo TJEU. Esta incompatibilidade impede a harmonização mínima do nível de proteção autoral referente à comunicação ao público da obra protegida, podendo acarretar consequências negativas para o mercado interno e para a política da União Europeia.

⁷¹ Idem. Ibidem. Par. 24 e 25.

⁷² Até o momento da publicação deste artigo, o TJEU ainda não havia julgado o caso C-325/14 (*SBS Belgium NV v SABAM*), no qual se discute a existência ou não de comunicação pública da obra nos casos de retransmissão do sinal radiodifundido por meio da técnica de injeção direta, a qual impede que o sinal retransmitido seja acessível pelo público em geral, sendo restrito somente aos distribuidores determinados. Em vista disso, não é descartado o surgimento de novas exceções ao conceito de comunicação pública no direito da União Europeia. Entretanto, é improvável que qualquer possível exceção proveniente deste caso seja aplicável ao tema analisado no presente artigo, visto que aqui não se trata da retransmissão do sinal radiodifundido, mas sim da exibição direta do conteúdo protegido em locais de acesso público.

c) Direito Português

A decisão do Pleno do STJ português, publicada em dezembro de 2013, é relativamente recente, razão pela qual ainda não pôde ser especificamente avaliada pela doutrina portuguesa. Entretanto, temas como o princípio da liberdade de recepção e conceito de comunicação ao público, além de já terem sido objetos de análise na doutrina e na jurisprudência portuguesas anteriormente, são passíveis de comparação com postulados provenientes de outros ordenamentos jurídicos. A partir disso é possível avaliar criticamente os fundamentos apresentados pelo STJ referentes a estes dois aspectos, de forma a observar se a decisão em tela é justificável à luz da lei nacional portuguesa.

i) Princípio da liberdade de recepção

Tanto a decisão da 3ª Seção Criminal quanto a do Pleno do STJ consideraram que o princípio da liberdade de recepção deve ser interpretado extensivamente, de modo que qualquer forma de restrição à recepção do sinal televisivo transmitido licitamente não seria compatível com o direito português. Entretanto, este princípio, enquanto construção teórica⁷³, não encontra qualquer respaldo na lei e constituição portuguesas e tampouco é reconhecido por parte da doutrina.⁷⁴ O próprio STJ, em decisão anterior, já havia julgado a mesma questão jurídica de forma diversa, desconsiderando a aplicação deste princípio.⁷⁵ Naturalmente, não se pretende afirmar aqui que os princípios aplicáveis em determinado ordenamento jurídico dependem de previsão expressa em lei. Entretanto, mesmo no campo doutrinário e jurisprudencial⁷⁶, existem divergências quanto à assimilação deste princípio pelo direito português.

⁷³ Para detalhes desta construção teórica, vide ASCENSAO, José de Oliveira. Op. Cit.. P. 301-302.

⁷⁴ REBELLO, Luiz Francisco. Op. Cit.. P. 207. “A tese de que ‘em Portugal vigora o princípio da liberdade de recepção’ dessas emissões (...) não tem assim qualquer apoio na lei, nacional ou internacional – a que Portugal está vinculado, por força dos artigos 35º da Convenção de Berna e 8º-2 da Constituição – e é repelida por toda a doutrina e jurisprudência estrangeira, contrariando até o entendimento que o mesmo órgão jurisdicional havia sustentado em 1969. Aliás, o que está aqui em causa não é a recepção das emissões radiodifundidas, mas a sua comunicação, e esta não pode ter lugar sem aquela.”

⁷⁵ STJ (Portugal). 11.03.97, in: AJ 10 (1998), p. 60: “II – A comunicação de uma obra musical é feita em lugar público sempre que não seja realizada em privado, num meio familiar. III – A transmissão de música ambiente nas instalações do Banco do réu está dependente da autorização dos respectivos autores ou da sua representante.”

⁷⁶ No campo doutrinário, em oposição ao renomado e já citado jurista José de Oliveira Ascensão, questionam o princípio da liberdade de recepção o também já citado jurista Luiz Francisco Rebello, cujo entendimento é corroborado por pareceres técnicos processuais apresentados por Adelino da Palma Carlos, Ferrer Correia, Almeno de Sá e António Maria Pereira (REBELLO, Luiz Francisco. Op. Cit.. P. 208). No campo jurisprudencial, vide divergência entre julgados quanto à necessidade de autorização do autor para a comunicação ao público da obra em locais de acesso público em PEREIRA, Alexandre Dias. *Código do Direito e dos Direitos Conexos*. Coimbra: Quarteto Ed., 2002. P. 71-74. (Favoráveis: STJ. Acórdão de 11.03.97;

Além disso, há de se questionar também a extensão atribuída pelo Supremo Tribunal de Justiça português ao princípio da liberdade de recepção.

Em primeira linha, a aplicação deste princípio evita que o titular do direito autoral receba uma dupla remuneração pelo mesmo ato.⁷⁷ Assim, a remuneração pela radiodifusão da obra é devida somente pelo agente transmissor, e não por aqueles que recebem o conteúdo transmitido. Por meio disso garante-se um *maior acesso à informação*, à medida que os receptores podem obter a informação recebida em seus televisores sem quaisquer despesas ou negociações. O licenciamento oneroso das obras transmitidas poderia tornar irrazoável o uso privado do televisor, ou seja, aquele destinado a um círculo social particular e restrito, o que inibiria consideravelmente o acesso à informação. Portanto, o princípio da liberdade de recepção viabiliza o uso comum e corriqueiro dos televisores destinado à esfera privada dos usuários. A mera recepção da obra autoral transmitida sem qualquer ato subsequente que ultrapasse os limites do uso corriqueiro (privado) da obra radiodifundida não deve ensejar remuneração ao titular do direito autoral.

Diferente tratamento pode receber, no entanto, exibição desta obra em locais públicos, especialmente quando estes possuem finalidade comercial, como bares e restaurantes. Neste caso, o direcionamento intencional da obra recebida ao público configura uma conduta adicional, a qual excede a mera recepção da obra radiodifundida. Ao contrário do que o Pleno do STJ deu a entender no julgamento do caso em tela, a recepção do sinal televisivo e a sua exibição ao público não constituem um ato único e indivisível, mas atos distintos e dissociados, os quais podem acarretar diferentes consequências jurídicas.⁷⁸ Assim, o direito do titular de autorizar a exibição ao público da obra protegida não restringe a liberdade de recepção, pois a mera recepção do sinal radiodifundido

Tribunal da Relação de Coimbra. 20.04.94, in: CJ, XVII, II, p. 315. Contrários: Tribunal da Relação do Porto. 8/3/1995, in: CJ, XX, II, p. 224; Tribunal da Relação de Lisboa. 4/6/1996, in: CJ, XX, III, p. 93; Tribunal da Relação de Évora. 04.06.96, in: CJ, XXI, III, p. 289).

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. Cit.. P. 301.

⁷⁸ Neste sentido, TJEU. C-306/05 – *SGAE v Rafael Hoteles*. Par. 40; Tribunal da Relação de Coimbra, 20.4.1994, Col. Jurisp., 1995, t. II, pp. 52-53. Esta diferenciação de atos é bem ilustrada por ARISTI, Rafael Sánchez, Op. Cit.. P. 991. “La referencia al empleo de un altavoz o instrumento análogo da idea de que el precepto está pensando en alguien que se sirve de un aparato receptor, pero que no se limita a disfrutar para sí de la audición o visionado de la obra radiodifundida, sino que amplifica el alcance de la recepción de tal forma que propicia a comunicación a un público adicional. Esa amplificación pasa, normalmente, por la ubicación del aparato receptor, o más bien del altavoz o instrumento análogo, en un emplazamiento público, lo que determina que el ato de recepción mute su naturaleza y se convierta, a su vez, en un nuevo acto de comunicación pública. (...) la autorización dada a una emisorra de radio o televisión para radiodifundir una obra no habilita a los oyentes o televidentes de la misma para emplear las emisiones que captan con sus receptores para llevar a cabo actos subsiguientes de comunicación pública. (...) Esa autorización inicial tiene en mente a los usuarios o receptores directos de la radiodifusión, pero no a los miembros del público adicional que puede generarse si los receptores directos se sirven de un altavoz o instrumento análogo para amplificar el alcance del acto de recepción ordinaria.”

permanece livre, sendo passível de autorização (e remuneração) somente o direcionamento intencional ao público do conteúdo protegido.⁷⁹ Em se tratando de dois atos distintos, não há de se falar em dupla remuneração pelo mesmo ato. Assim, a incompatibilidade entre o princípio a liberdade de recepção e um conceito mais amplo de comunicação pública é meramente aparente.

Tendo em vista que o princípio da liberdade de recepção visa à garantia do acesso à informação, há de se considerar ainda que a remuneração do titular em caso de exibição da obra ao público em estabelecimentos comerciais não constitui obstáculo potencialmente intransponível para a veiculação da informação. Pois o licenciamento oneroso da obra protegida a estabelecimentos comerciais com acesso público não é necessariamente irrazoável, uma vez que ambas as partes, enquanto agentes de um determinado mercado, encontram-se em condições de estabelecer um preço adequado a partir de uma lógica econômica.

Por fim, ainda que o acesso à informação pretendido pelo princípio da liberdade de recepção seja um objetivo legítimo a ser atingido, a sua proteção não é absoluta, podendo encontrar limites em direitos de terceiros. A proteção autoral, resguardada por diversos tratados internacionais e tida até mesmo como direito fundamental na União Europeia⁸⁰, pode estabelecer alguns destes limites. Cabe ao legislador, portanto, regulamentar a extensão dos direitos autorais, podendo – sem prejuízo do sopesamento dos bens jurídicos contrastantes – restringir o acesso à informação na medida necessária ao incentivo da criação de obras artísticas, literárias e científicas.

Diante deste quadro, constata-se que, além de a própria aplicação do princípio da liberdade de recepção no direito português ser questionada, a dimensão dada pelo STJ português a este princípio excede à sua finalidade, visto que a necessidade de autorização do titular para a

⁷⁹ Entendimento semelhante é apresentado por WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Op. Cit.. P. 68-69. “The question is whether the licence given by the author to the broadcasting station covers, in addition, all the use made of the broadcast, which may or may not be for commercial ends. (...)The Convention’s answer is ‘no’. Just as, in the case of a relay of a broadcast by wire, an additional audience is created (paragraph (1)(ii)), so, in this case too, the work is made perceptible to listeners (and perhaps viewers) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his licence to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle.”

⁸⁰ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. “Art. 17 – Direito de Propriedade: (...) (2) É protegida a propriedade intelectual”. Uma interpretação doutrinária deste dispositivo de forma a delinear a dimensão da proteção da propriedade intelectual enquanto direito fundamental é dada por BERNSDORFF, Norbert. *Artikel 17 – Eigentumsrecht*. In: MEYER, Jürgen (Coord.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 3ª Ed.. Baden-Baden: Nomos, 2011. P. 301 s., Par. 2; FRENZ, Walter. *Handbuch – Europarecht – Europäische Grundrechte*. 1ª Ed.. Tomo IV. Aachen: Springer-Verlag, 2009. P. 839-840. Par. 2852-2855.

comunicação ao público da obra protegida não restringe o acesso à informação de maneira relevante e irrazoável e tampouco proporciona uma dupla remuneração ao autor pelo mesmo ato.

ii) Conceito de comunicação pública

Comunicação pública é o conceito-chave para a compreensão das consequências jurídicas da exibição de obras protegidas em locais de acesso público. No entendimento da 3ª Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça português, o significado jurídico do termo *comunicação* mencionado nos Art. 68 II *lit. e*, 149 II e 155 CDADC deve ser compatível com os postulados da área da comunicação social, que definem comunicação como atividade ou processo de transmissão.⁸¹ A partir deste conceito, dependeria de autorização do titular da obra protegida somente a transmissão ou retransmissão dos sinais por radiodifusão, mas não a sua mera exibição em local de acesso público.

Este entendimento, entretanto, mostra-se incompatível com a lei portuguesa à medida que outros dispositivos do CDADC já regulam a difusão e a retransmissão de sinais audiovisuais: ao titular é atribuído expressamente o direito de autorizar a difusão (art. 68 II *lit. e*, primeira parte, CDADC), radiodifusão e retransmissão (art. 149 I CDADC) da obra. Existindo regulação específica referente aos atos de difusão, radiodifusão e retransmissão da obra protegida, não há de se considerar que o termo *comunicação da obra*, regulado independentemente nos art. 68 II *lit. e*, segunda parte, 149 II e 155 CDADC, deva ser entendido como sinônimo de transmissão ou retransmissão da obra. Esta contradição legal foi reconhecida pelo próprio Pleno do STJ ao apreciar o caso posto à luz do art. 149 II e do art. 155 CDADC:

A comunicação da obra radiodifundida por altifalante ou instrumento análogo depende, pois, de autorização e confere ao autor da obra direito a uma remuneração.

Mas que se deve entender por comunicação? Trata-se necessariamente de uma modalidade de utilização da obra diferente das previstas no n.º 1 (transmissão e retransmissão).⁸²

⁸¹ CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Parecer n.º 4/1992. Op. Cit.. Item 5.5. P. 24.

⁸² STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013. Relator Eduardo Maia Costa. Diário da República, 1ª série - N.º 243 – 16.12.2013, P. 6827.

Por meio desta assertiva, o Pleno do STJ português, em conformidade com a Convenção de Berna⁸³, asseverou o entendimento de que o conceito de comunicação ao público no direito português não se confunde os conceitos de radiodifusão, transmissão ou retransmissão da obra.

Apesar disso, conforme já elucidado, o Pleno do STJ entendeu por *comunicação* a reutilização da obra acompanhada por acréscimo, modificação ou inovação de seu conteúdo original. Assim, a comunicação da obra ao público somente ocorre quando a recepção, após modificação significativa dos meios técnicos empregados, for convertida em um espetáculo, capaz de captar para o estabelecimento uma audiência mais alargada do que aquela que normalmente se espera.⁸⁴ Neste conceito de *comunicação* não se enquadram as hipóteses em que os meios técnicos são utilizados somente para aperfeiçoar ou melhorar a recepção, como é o caso de amplificadores ou colunas de som.

Embora se trate de uma decisão mais ponderada que a da 3ª Seção Criminal, alguns dos aspectos mais relevantes da interpretação apresentada pelo Pleno do STJ não encontram qualquer fundamentação na lei vigente em âmbito nacional e internacional e, por utilizar conceitos maleáveis e não definidos, são incapazes de proporcionar qualquer segurança jurídica, razão pela qual não se sustentam e ensejam críticas.

Em primeiro lugar, a restrição do conceito de comunicação ao público às hipóteses em que o receptor do sinal televisivo reutiliza o conteúdo protegido num ambiente diferenciado, suficiente para caracterizar um espetáculo, não possui qualquer respaldo na lei portuguesa.⁸⁵ Esta interpretação apresentada pelo STJ português remete essencialmente ao Parecer nº 4/1992 da Procuradoria-Geral da República portuguesa, no qual se promoveu um contorcionismo jurídico⁸⁶ para associar o

⁸³ Vide subitem IV.a supra.

⁸⁴ STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013. Relator Eduardo Maia Costa. Diário da República, 1ª série - Nº 243 – 16.12.2013, P. 6827.

⁸⁵ XAVIER, Antônio. *As Leis dos Espectáculos e Direitos Autorais – Do Teatro à Internet*. Coimbra: Almedina, 2002. P. 90. “Vejam a questão pela lógica. O direito de autor aponta sempre no mesmo sentido: o uso privado é livre, o uso público carece de autorização. É assim para fonogramas, é assim para videogramas. Os respectivos autores autorizaram a fixação e a reprodução mas para que possam ser executados em público é necessária nova autorização. (...) Pela análise da lei, verifica-se que depende de autorização do autor a radiodifusão da obra tanto directa quanto por retransmissão e que depende igualmente de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais sons ou imagens.”. Neste sentido também REBELLO, Luiz Francisco. Op. Cit.. P. 207.

⁸⁶ CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Parecer nº 4/1992. Op. Cit.. Item 5.5. P. 25. O apoio teórico para esta interpretação da Procuradoria é dado por ASCENSAO, José de Oliveira. Op. Cit.. P. 278.

supracitado art. 149º (2) ao art. 151º CDADC⁸⁷, o qual dispõe meramente sobre os pressupostos técnicos necessários para a radiodifusão e comunicação pública da obra.

De uma leitura lógica e sistemática dos dispositivos legais, entretanto, resulta que, independentemente da abrangência ou grandiosidade do evento organizado e da maneira em que os meios técnicos foram empregados, o direcionamento *ao público* é a única característica necessária para que se configure a necessidade de autorização do titular da obra protegida. Ao colocar o foco da argumentação sobre as características do evento em que a comunicação é feita, a corte portuguesa foi além da simples avaliação do status de público ou privado da comunicação ignorando, assim, o campo de proteção da lei autoral.

Em segundo lugar, o conceito de espetáculo apresentado pelo Pleno é impreciso e gera até mesmo contradições. Nos termos do julgado pode ser considerado espetáculo o evento

organizado em estabelecimentos públicos [*leia-se: com acesso público*], em torno de eventos desportivos ou musicais, haja ou não entradas pagas, mas publicitado, eventualmente com um arranjo ou decoração especial do espaço, tudo com vista à captação de uma audiência alargada, pelo menos mais alargada do que aquela que normalmente acorreria ao estabelecimento.⁸⁸ (g.n.)

Esta definição apresenta dois componentes facultativos, que não desempenham papel fundamental para a qualificação do espetáculo, sendo eles a necessidade de pagamento de entradas e a necessidade de arranjo ou decoração especial. Além deles, existem outras quatro características essenciais para a caracterização do espetáculo, as quais devem ocorrer conjuntamente: (i) organização em estabelecimento com acesso público, (ii) relação com eventos desportivos ou musicais, (iii) utilização prévia de publicidade e (iv) intenção de captar audiência mais alargada que o normal.

Além do fato de esta definição de espetáculo não encontrar qualquer respaldo legal ou mesmo doutrinário, existe uma relevante incongruência no que tange à limitação das obras

⁸⁷ CDADC. “Art. 151º - O proprietário de casa de espetáculos ou de edifício em que deva realizar-se a radiodifusão ou comunicação prevista no artigo 149º, o empresário e todo aquele que concorra para a realização do espetáculo a transmitir são obrigados a permitir a instalação dos instrumentos necessários para a transmissão, bem como as experiências ou ensaios técnicos necessários para a boa execução desta. “

⁸⁸ STJ (Portugal). Acórdão No. 15/2013. Relator Eduardo Maia Costa. Diário da República, 1ª série - Nº 243 – 16.12.2013, P. 6827. (grifo nosso).

protegidas, pois os direitos autorais e conexos não se restringem a obras musicais ou relacionadas a eventos desportivos, devendo ser atribuídos a todas as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico. Ao inferir que o direito de autorizar a comunicação ao público cabe somente aos titulares de obras musicais ou relacionadas a eventos esportivos, a corte portuguesa diferencia o nível de proteção da comunicação pública entre os diversos ramos da criação intelectual, o que é absolutamente alheio a qualquer determinação legal em nível nacional ou internacional.

Ademais, o Pleno do STJ não esclareceu satisfatoriamente por que a exibição de obras protegidas em bares, restaurantes e estabelecimentos afins não se enquadra no conceito de espetáculo. Ao justificar a exclusão do bar do escopo deste conceito no caso concreto, o Pleno afirma que a exibição de programas televisivos nestes locais funciona apenas ocasionalmente como chamariz especial. Habitualmente, porém, este serviço disponibilizado serviria somente à clientela habitual, não consistindo em atrativo capaz de captar um maior número de clientes.

A plausibilidade destes argumentos, entretanto, mostra-se um tanto duvidosa. Inicialmente, ao determinar a captação de uma audiência mais alargada como critério para a configuração do espetáculo, o Pleno não estabeleceu qualquer exigência com relação à frequência com que esta captação da audiência mais alargada deve ocorrer. Este novo critério tomando por conta a habitualidade ou ocasionalidade da captação surgiu somente na subsunção do conceito ao caso concreto, afastando-se da técnica jurídica mais apropriada para o julgamento. Outro ponto questionável é a afirmação de que a exibição de obras em televisores não constitui atrativo especial para a clientela de um bar ou restaurante. Considerando que o serviço prestado é, de certa maneira, impessoal e que o acesso a obras audiovisuais, entre outros, constitui fator relevante para a avaliação da qualidade estabelecimento, é razoável admitir que parte da clientela tenha preferência por um bar ou restaurante que exiba obras audiovisuais àqueles que não as exibam. Desta forma, os estabelecimentos que exibem estas obras podem potencialmente atrair mais clientes do que os que não o fazem, adquirindo assim uma vantagem concorrencial. Este fato, aliás, foi reconhecido pelo Pleno no próprio julgado, ao defender que instalação de televisores em quartos de hotel, enquanto serviço adicional, tem o condão de atrair uma maior clientela. Contraditoriamente, a mesma lógica não foi aplicada com relação ao bar no julgamento do caso concreto. A desconsideração deste relevante aspecto sem base em um estudo econômico detalhado que fundamente a sua posição esvazia a argumentação do STJ português.

Em terceiro lugar, o tribunal assevera que a utilização de amplificadores e colunas de som no estabelecimento para fins de exibição de obras audiovisuais à clientela não caracteriza a difusão de sinais, de sons ou de imagens nos termos do Art. 149º II CDADC, justificando que a televisão,

por si só, já possui dispositivos sonoros próprios, razão pela qual a referida aparelhagem contribui apenas para o aperfeiçoamento e melhoria do conteúdo recebido no contexto da utilização inicial (recepção), não consistindo em uma nova forma de utilização da obra. A partir disso conclui que a utilização destes aparelhos não configura a comunicação ao público nos termos do CDADC.

Novamente, o tribunal não se ancora em qualquer fundamento legal para diferenciar os meios de difusão de sinais conforme os seus efeitos. Na leitura do art. 149º II CDADC, o qual corresponde à regulação em nível internacional, a utilização de *qualquer meio* de difusão de sinais, sons e imagens em locais públicos (ou com acesso público) constitui comunicação da obra independentemente dos efeitos decorrentes de sua utilização, ainda que estes se restrinjam à mera potencialização das funções dos meios anteriormente empregados. Este entendimento é corroborado pelo texto do art. 155º CDADC, que garante a remuneração ao autor na hipótese de comunicação pública da obra radiodifundida por altifalantes ou qualquer instrumento análogo.⁸⁹ Nesta hipótese, há de se destacar que o altifalante nada mais é do que um instrumento de potencialização, aperfeiçoamento ou melhoria de um efeito sonoro proveniente de um meio anteriormente utilizado, como televisão ou rádio. O Pleno do STJ, entretanto, não considerou o art. 155º CDADC ao avaliar este ponto, tendo mantido interpretação favorável à diferenciação entre os meios empregados, ainda que sem amparo da lei vigente.

Conclui-se, portanto, que o entendimento apresentado pelo Pleno do STJ português é pautado por definições e diferenciações alheias à lei portuguesa, além de apresentar contradições e lacunas intrínsecas. Problemática mostrou-se também a subsunção das definições ao caso concreto, já que, durante a sua realização, novos requisitos foram considerados. Resultado destas incompatibilidades sistemáticas decorrentes da decisão da corte portuguesa é a potencial dificuldade de obtenção de segurança jurídica sobre a questão abordada no direito português.

d) Síntese

No presente tópico, demonstrou-se que o posicionamento adotado pelo STJ português não é compatível com o direito internacional e com o direito da União Europeia, o que pode ensejar sanções econômicas consideráveis, além de gerar impactos negativos sob a perspectiva política e econômica

⁸⁹ Neste sentido, vide XAVIER, Antônio. Op. Cit.. P. 90. “Pela análise da lei, verifica-se que depende de autorização do autor a radiodifusão da obra tanto directa quanto por retransmissão e que depende igualmente de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais sons ou imagens. (...) Em nossa opinião este art. 155.º é inútil, por redundante face ao art. 149.º, muito mais claro, e por outro lado, pode confundir quem não saiba que um aparelho receptor é também difusor através de altifalantes e écran incorporados.”

da União Europeia. Além disso, mesmo a coerência deste posicionamento com a lei vigente em Portugal é duvidosa. Isto em vista, conclui-se que o “novo conceito” de comunicação ao público da obra apontado pela corte portuguesa não pode ser considerado como uma alternativa viável e segura aos demais países vinculados à Convenção de Berna e ao Acordo TRIPS. Caso se verifique que restrições ao direito do titular de autorizar a comunicação ao público da obra contribuem para um balanço equânime entre os interesses envolvidos, o caminho mais apropriado e legítimo para busca do reequilíbrio seria a alteração da lei vigente.⁹⁰

V. A comunicação ao público no direito autoral brasileiro

Enquanto signatário da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias e parte no Acordo TRIPS, o Brasil se compromete a garantir ao titular o direito de autorizar a comunicação ao público da obra protegida. Considerando que estes tratados internacionais não determinam expressamente o conceito de comunicação ao público, coube ao legislador brasileiro a definição do escopo desta proteção, o que se deu nos termos dos artigos 5º V, 29 VIII e 68 §§ 2º e 3º da Lei No. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA):

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

V - *comunicação ao público* - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares (...) (g. n.)

Art. 29. Depende de *autorização prévia e expressa do autor* a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

VIII - a *utilização, direta ou indireta*, da obra literária, artística ou científica, mediante: (...)

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) *captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva*;

⁹⁰ Vide item VI abaixo.

- f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; (...)
- (g. n.)

Da Comunicação ao Público

Art. 68. *Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (...)*

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, *em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos*, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º *Consideram-se locais de frequência coletiva* os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, *bares, clubes* ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, *restaurantes, hotéis*, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. (...). (g. n.)

Para fins de comparação com o direito português, existem dois aspectos relevantes a serem destacados nos dispositivos supramencionados.

Em primeiro lugar, ao contrário da lei portuguesa (CDADC), a LDA definiu o conceito de comunicação ao público, relacionando-o à colocação da obra protegida ao alcance do público por quaisquer meios ou procedimentos.⁹¹ Assim, uma interpretação semelhante àquela apresentada pela 3ª Seção Criminal do STJ português, equiparando o conceito de comunicação ao conceito de retransmissão ou radiodifusão da obra, não seria sustentável à luz da lei brasileira, já que o mero

⁹¹ DIAS, Maurício Cozer. *Utilização Musical e Direito Autoral*. Campinas: Ed. Bookseller, 2000. P. 39. “(...) o *caput* do mencionado artigo [Art. 68 LPI] dispõe de forma muito clara a necessidade de obtenção de prévia e expressa autorização do autor ou titular. A expressão autor. A expressão autor ou titular engloba, além dos autores, os titulares de direitos conexos. Ou, ainda, terceiras pessoas que tenham adquirido os direitos patrimoniais da obra a ser utilizada, ou a entidade de gestão coletiva desses direitos (...).”

direcionamento ao público da obra audiovisual recebida por radiodifusão já é suficiente para configurar comunicação nos termos da lei nacional.

Em segundo lugar, o conceito de comunicação ao público compreende expressamente as execuções de obras audiovisuais em locais de frequência coletiva, tais como bares, clubes, restaurantes e hotéis, inexistindo qualquer diferenciação legal referente à existência ou inexistência de finalidade lucrativa na comunicação pública.⁹² Portanto, para fins de caracterização da comunicação ao público, não é necessário que a obra seja reutilizada com alterações técnicas no contexto de um espetáculo ou que busque a captação de uma audiência mais alargada. Basta, para tanto, que a recepção do sinal radiodifundido nos televisores seja acompanhada da exibição da obra em local de frequência coletiva, como um bar ou restaurante.⁹³ Em razão disso, também a argumentação do Pleno do STJ português no caso em tela careceria de plausibilidade à luz da lei brasileira.

Esta ampla proteção aos titulares dos direitos autorais e conexos tem sido corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ brasileiro), que desde a promulgação da LDA proferiu decisões uníssonas no sentido de reconhecer o direito dos titulares de autorizar a execução da obra em locais de frequência coletiva, independentemente da existência de finalidade lucrativa.⁹⁴ Desta forma, a exibição de obras musicais e audiovisuais protegidas em festas de escolas⁹⁵, rodeios⁹⁶,

⁹² OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de / WILLINGTON, Joao. *Anotações à Lei do Direito Autoral – Lei No. 9610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 112. Sobre o Art. 68 LPI, afirmam os autores que “A comunicação da obra intelectual ao público, qualquer que seja ela, independente de sua origem, mérito ou valor, necessita obrigatoriamente de prévia e expressa autorização do autor ou titular dos direitos autorais sobre a obra. (...) a comunicação dependerá sempre da autorização do autor, tornando-se irrelevante a questão do lucro”. O argumento é reforçado por CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. 3ª Ed.. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1999. P. 163. “O aspecto lucro, agora, tornou-se irrelevante. Com ou sem objetivo de lucro, a comunicação depende de autorização do autor.”

⁹³ CABRAL, Plínio. Op. Cit.. P. 164. “O fato de que um proprietário de uma boate, bar ou de uma empresa de ônibus tenha adquirido fitas ou discos, não lhe confere o direito de reproduzi-los em seu estabelecimento, que é, nos termos da lei, um local de frequência pública. Necessita autorização prévia e expressa do autor, e, para isso, deve recolher os direitos autorais.”

⁹⁴ Neste sentido, STJ (Brasil). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº203.927 /SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em 28/5/2013.

⁹⁵ STJ (Brasil). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.278.263/RJ. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 19/3/2013.

⁹⁶ STJ (Brasil). Recurso Especial nº 996.852/SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 21/6/2011.

carnaval⁹⁷, feiras municipais⁹⁸, casamentos realizados em locais com acesso público⁹⁹, hotéis¹⁰⁰, clínicas ou hospitais¹⁰¹ ensejam direito dos autores à devida compensação, a qual pode ser percebida por conta própria ou por meio de representantes legais.

No que tange especificamente a restaurantes, o STJ brasileiro já reconheceu que a exibição de obras musicais ou audiovisuais por meio de rádios e televisores também nestes estabelecimentos depende de autorização do autor.¹⁰² Este entendimento foi firmado nos seguintes termos:

Destaco que o art. 68 da Lei nº 9.610/98 veda a divulgação de obras musicais ao público, sem prévia e expressa anuência do autor ou titular (...). Na verdade, o que importa definir, atualmente, é se houve execução pública de obras em locais de frequência coletiva. Sendo o restaurante um local de frequência coletiva, por força do que dispõe o citado art. 68, §3º, da Lei nº 9.610/98, tal como ocorre com hotéis, motéis, clínicas e hospitais, o precedente formado no âmbito do STJ (...) deve ser estendido à hipótese dos autos. Não há nenhuma particularidade que o impeça.

⁹⁷ STJ (Brasil). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.363.434/PR. Min. Rel. Luís Felipe Salomão. Julgado em 28/6/2011.

⁹⁸ STJ (Brasil). EDcl no Recurso Especial nº 938.521/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 14/6/2011. Ressalte-se aqui que o fato de a feira ser organizada pela administração pública não afeta a necessidade de obtenção de autorização dos titulares para a comunicação da obra ao público. Neste sentido, DIAS, Maurício Cozer. Op. Cit. P. 41. “Conforme determinação expressa do novo diploma autoral desse parágrafo [Art. 68 § 3º LPI], que incluiu os órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, como locais de frequência coletiva para fins de autorização prévia e expressa para utilização de obras musicais. Os entes públicos que promoverem eventos com a comunicação ao público de obras musicais deverão obter a autorização prévia e expressa concedida pela entidade de gestão coletiva, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), para não incidir em violação de direitos autorais e suas respectivas sanções. (...) Assim, qualquer órgão público da esfera que for, federal, estadual, ou municipal, que realize evento com a comunicação ao público das obras musicais, via de regra, deverá obter a autorização prévia e expressa como determina a lei.”

⁹⁹ STJ (Brasil). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.188.501/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 20/2/2014. Neste sentido também STJ (Brasil). Recurso Especial nº 1.306.907/SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 6/6/2013.

¹⁰⁰ STJ (Brasil). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.310.207/RS. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 19/3/2013. Vide também STJ (Brasil). AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 1.261.136/RS. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em 19/6/2012.

¹⁰¹ STJ (Brasil). Recurso Especial nº 1.067.706/RS. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 8/5/2012. No mesmo sentido, STJ (Brasil). Recurso Especial nº 742.426/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 18/2/2010.

¹⁰² STJ (Brasil). Agravo de Instrumento nº 938.715/RJ. Rel. Min. Nancy Andrichi. Julgado em 3/11/2007. “(...) que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em local de frequência coletiva. / O mesmo raciocínio, portanto, deve ser estendido a restaurantes, já que nenhuma peculiaridade justificaria tratamento diferenciado para estas hipóteses.”

Depreende-se do texto da LDA e das decisões proferidas pelo STJ, portanto, que o Brasil tem optado até o momento por estabelecer uma máxima proteção aos titulares ao definir a comunicação ao público da maneira mais abrangente. Esta ampla proteção encontra-se em conformidade com o direito internacional, visto que observa os limites mínimos de proteção determinados pela Convenção de Berna e corroborados pelo Acordo TRIPS.

Isso não significa, entretanto, que o modelo nacional de máxima proteção é o único aceito à luz do direito internacional. Caso o legislador brasileiro conclua que o atual modelo de proteção beneficia o titular de direito autoral de maneira desproporcional, nada obstará uma alteração da lei nacional de forma a restringir o escopo de proteção deste direito, desde que seja observado o mínimo de proteção garantido pelos tratados internacionais. A exemplo do que decidiu o TJEU¹⁰³, a relativa restrição do conceito de *público novo* ou a consideração, em certa medida, da finalidade lucrativa da comunicação ao público para a configuração da pretensão autoral são exemplos de reformas restritivas que poderiam ser adotadas no direito nacional. Da mesma forma, a implementação de uma exceção de uso doméstico em bares e restaurantes, tal como adotada pelos EUA nos casos em que os conteúdos audiovisuais são direcionados ao público a partir dos instrumentos originais de captação (ex.: rádios, televisores), mas sem a utilização de aparelhos suplementares como amplificadores e colunas de som, consistiria em uma restrição aceita pela OMC. A depender de sua extensão, uma exceção de uso comercial que permita até mesmo a utilização de instrumentos acessórios a televisores e rádios para a exibição de obras protegidas em bares e restaurantes sem a necessidade de autorização do titular também poderia ser justificada sob a perspectiva doutrinária, embora a sua aceitação pela OMC ainda possa ser considerada como improvável.

Apesar da possibilidade de restrições, há de se ressaltar que o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal de Justiça português na ocasião do julgado do caso *Fora D'Horas Snack & Bar*, por infringir os limites mínimos de proteção garantidos pelo direito internacional, não pode ser considerado como uma alternativa aplicável ao direito brasileiro nem mesmo mediante alteração da lei vigente.

¹⁰³ Vide análise dos julgados *Nils Svensson et al v Retriever Sverige AB* e *SCF v Marco Del Corso* no tópico IV.b acima.

VI. Considerações finais

A análise aqui realizada demonstrou que o conceito de comunicação pública vigente no direito internacional (art. 11*bis* CB e Art. 9 §1º TRIPS) abrange as hipóteses de exibição de obras musicais e audiovisuais em bares, pubs, restaurantes e demais localidades acessíveis ao público. A depender de sua extensão, algumas restrições a este direito podem ser consideradas legítimas e aplicáveis, tais como aquelas referentes ao conceito de *público novo*, a exceção de uso doméstico e, de certa maneira, a exceção de uso comercial. A lei brasileira e a lei da União Europeia, bem como a sua aplicação pelos tribunais competentes, mostram-se compatíveis com o direito internacional neste ponto.

Por sua vez, a interpretação restritiva apresentada pelo STJ português, no sentido de que a exibição de obras musicais e audiovisuais em locais de acesso público, ainda que mediante utilização de altifalantes e instrumentos análogos, não configura comunicação pública da obra quando não houver criação de um novo espetáculo, opõe-se de maneira contundente ao direito internacional, ao direito europeu e, em certa medida, até mesmo à lei portuguesa vigente. Assim, os “novos fundamentos” aplicados pela corte portuguesa ao conceito de comunicação pública da obra protegida são baseados em parâmetros e normas alheios e até mesmo opostos àqueles válidos no direito vigente, o que impede sua aplicação em outros ordenamentos jurídicos nos quais esta proteção autoral se dá de maneira mais ampla.

É importante destacar que, embora a ampla proteção autoral seja objeto de um questionamento popular crescente, não se sabe ao certo se e em que medida esta proteção excede ao objetivo precípuo do direito autoral, ou seja, o estímulo à criação de novas obras intelectuais. Em regra, os diversos argumentos utilizados para sustentar posições neste debate são enviesados e pouco abrangentes, o que impede um nível satisfatório de certeza. Em vista do tema ora abordado é recomendável a realização de estudos técnicos que avaliem de maneira realista a influência do atual modelo de proteção da comunicação pública da obra sobre o comportamento e a motivação dos criadores de obras literárias, artísticas e científicas.

Caso estes estudos indiquem que a proteção autoral atual excede ao necessário para estimular a criação de novas obras, torna-se possível afirmar que o interesse dos usuários pelo livre acesso à informação tem sido injustificadamente prejudicado. Neste caso, o meio mais apropriado para o restabelecimento do equilíbrio entre direitos autorais e os direitos dos usuários da obra protegida é a ação legislativa, que pode restringir ou criar mais exceções ao direito vigente. Não à toa observa-se um crescente movimento político em alguns países em prol da redução da proteção autoral,

culminando até mesmo na criação de partidos piratas¹⁰⁴, que buscam representação parlamentar para a defesa de seus interesses.

Em nenhuma hipótese, entretanto, cabe ao poder judiciário contornar o quadro legal vigente, já que, neste caso, a devida separação de poderes restaria ameaçada. Portanto, ainda que sob a ótica do atual contexto social, a interpretação restritiva e infundada apresentada pelo STJ português não é justificável e tampouco um exemplo a ser seguido pelos demais países.

Referências bibliográficas¹⁰⁵

AMNESTY INTERNATIONAL. *EU Darf ACTA Nicht Unterzeichnen*. 13/02/2012. Disponível em <http://www.amnesty.de/2012/2/14/eu-darf-acta-nicht-unterzeichnen?destination=startseite>.

ARISTI, Rafael Sánchez. *Artículo 11 Bis*, in: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias e Artísticas*. Madrid: Tecnos, 2013. P. 975-1026.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. 778 p.

BAKER, Jennifer. *ACTA Text Hurts Startups, Goes Beyond EU Law, Says FFII*. 04/07/2011. Disponível em <http://www.pcworld.com/article/227048/article.html>.

BERNSDORFF, Norbert. *Artikel 17 – Eigentumsrecht*. In: MEYER, Jürgen (Coord.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 3ª Ed.. Baden-Baden: Nomos, 2011. P. 301-312.

BRIGHAM, Geoff. *How SOPA will hurt the free web and Wikipedia*. 13/12/2011. Disponível em <http://blog.wikimedia.org/2011/12/13/how-sopa-will-hurt-the-free-web-and-wikipedia/>.

CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. 3ª Ed.. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1999. 199 p.

CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Parecer nº 4/1992 de 23/1/1992. Disponível em

¹⁰⁴ Sobre a organização internacional de partidos piratas (*Pirate Parties International*), vide <http://www.pp-international.net/about>.

¹⁰⁵ Todos os websites citados no presente artigo foram acessados pela última vez na data de 02/12/2014.



http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/%200/6961d549e288a90380256617004206fa?OpenDocument#_Section4.

DIAS, Maurício Cozer. *Utilização Musical e Direito Autoral*. Campinas: Ed. Bookseller, 2000. 174 p.

FREE KNOWLEDGE INSTITUTE. *ACTA: A Global Threat to Freedoms*. 10/12/2009. Disponível em <http://freenknowledge.eu/acta-a-global-threat-to-freedoms-open-letter>.

FRENZ, Walter. *Handbuch – Europarecht – Europäische Grundrechte*. 1ª Ed.. Tomo IV. Aachen: Springer-Verlag, 2009. 1717 p.

GILLMOR, Dan. *Thanks to WikiLeaks, we see just how bad TPP trade deal is for regular people*. 13/11/2013. Disponível em <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/13/trans-pacific-partnership-intellectual-property>.

GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 591 p.

GRAU-KUNTZ, Karin. Importações Paralela no Brasil. Revista da ABPI 101. Julho/Agosto 2009. P. 58-68.

HERN, Alex / RUSHE, Dominik. *WikiLeaks publishes secret draft chapter of Trans-Pacific Partnership*. 13/11/2013. Disponível em <http://www.theguardian.com/media/2013/nov/13/wikileaks-trans-pacific-partnership-chapter-secret>.

KINSELLA, N. Stefan. *Against Intellectual Property*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008. 70 p.. Disponível em http://mises.org/sites/default/files/Against%20Intellectual%20Property_2.pdf.

LEMLEY, Mark / LEVINE, David S. / POST, David G.. *Don't Break the Internet*. 64 Stan. L. Rev. Online 34, Dezembro 2011. Disponível em <http://www.stanfordlawreview.org/online/dont-break-internet>.

MUSSO, Alberto. *Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradigm Carry?*. In: OHLY, Ansgar (Coord.). *Common Principles of European Intellectual Property Law*. Bayreuth: Mohr Siebeck Ed., 2012. P. 33-98.

NORDEMANN, Wilhelm / VINCK, Kai / HERTIN, Paul W. / MEYER, Gerald. *International Copyright and Neighboring Rights Law – Commentary with Special Emphasis on the European Community*. New York: Ed. VCH, 1990. 727 p.



OHLY, Ansgar. *Urheberrecht als Wirtschaftsrecht*. In: DEPENHEUER, Otto / PEIFER, Karl-Nikolaus (Coord.). *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? – Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung*. Colonia: Springer Ed., 2008. P. 141-161.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de / WILLINGTON, Joao. *Anotacoes à Lei do Direito Autoral – Lei No. 9610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 213 p.

PEIFER, Karl-Nikolaus. *Einführung und Bilanz*. In: DEPENHEUER, Otto / PEIFER, Karl-Nikolaus (Coord.). *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? – Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung*. Colonia: Springer Ed., 2008. P. 1-20.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Código do Direito e dos Direitos Conexos*. Coimbra: Quarteto Ed., 2002. 497 p.

PLAISANT, Marcel. *General Report on the Work of the Brussels Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention – Records of the Conference Convened in Brussels June 5 to 26, 1948*. Disponível em:
http://keionline.org/sites/default/files/Records_of_the_Conference_1948_Brussels_Revisions.pdf.

REBELLO, Luiz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*. 3ª Ed.. Lisboa: Ancora Ed., 2002. 895 p.

RICKETSON, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. Londres: Queen Mary College, 1987. 1030 p.

RT.COM. *Anti-ACTA Day: Angry Crowds Take Action*. 11/02/2012. Disponível em <http://rt.com/news/acta-protests-rallies-europe-089/>.

SCHREIER, Jason. *Entertainment Software Association Drops SOPA, PIPA Support*. 20/01/2012. Disponível em <http://www.wired.com/2012/01/esa-sopa/>.

STERLING, J. A. L.. *World Copyright Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998. 1678 p.

STEWART, Stephen M.. *International Copyrights and Neighbouring Rights*. 2. Ed.. Londres: Ed. Butterworth, 1989. 1033 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, Nº 1. Jan-Abr 2010. P. 158-173. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>.



WIKILEAKS. *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - IP Chapter*. 13/11/2013. Disponível em <https://wikileaks.org/tpp/>.

WIPO. *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Genebra, 1978. Disponível em <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf>.

XAVIER, Antônio. *As Leis dos Espectáculos e Direitos Autorais – Do Teatro à Internet*. Coimbra: Almedina, 2002. 449 p.

WOOLLACOTT, Emma. *US Fails To Close TPP Deal As Wikileaks Exposes Discord*. 10/12/2013. Disponível em <http://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2013/12/10/us-fails-to-close-tpp-deal-as-wikileaks-exposes-discord/>.

ZULAUF, Piotr. *Criticism and Secrecy of the Trans Pacific Partnership*. 13/08/2014. Disponível em <http://natocouncil.ca/criticism-and-secrecy-of-the-trans-pacific-partnership/>.