

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

GUSTAVO GALVÃO BORNER

A LEI DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRA FRENTE ÀS NOVAS  
FORMAS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS DE MÚSICA NA  
INTERNET

RIO DE JANEIRO

2008

**GUSTAVO GALVÃO BORNER**

**A LEI DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRA FRENTE ÀS NOVAS  
FORMAS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS DE MÚSICA NA  
INTERNET**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim

**RIO DE JANEIRO**

2008

B736 Borner, Gustavo Galvão

A lei de direito autoral brasileira frente às novas formas de compartilhamento de arquivos de música na internet / Gustavo Galvão Borner – Rio de Janeiro : UFRJ / CCJE, 2008. 76 f.

Orientador: João Marcelo de Lima Assafim

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 75

1. Direito Autoral - Monografias. I. Assafim, João Marcelo, orient. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD: 342.28

**GUSTAVO GALVÃO BORNER**

**A LEI DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRA FRENTE ÀS NOVAS  
FORMAS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS DE MÚSICA NA  
INTERNET**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - Orientador

---

---

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe Valéria e ao meu padrasto Beto, que apesar de não terem envolvimento direto com este trabalho, sempre me apóiam nos projetos de minha vida, sendo este um deles.

Aos músicos que responderam aos questionários que enviei via correio eletrônico e que, apesar de não terem sido muitos e, por esta razão, não utilizados como dado científico, muito me ajudaram na formação de opinião do presente estudo.

Aos meus colegas de faculdade, especialmente a Rafael Neves, cristão e amigo que sempre partilhou comigo sobre seus sonhos de cineasta, ajudando-me a continuar alimentando o meu, de músico, além de ter contribuído significativamente para o conteúdo deste trabalho.

A Deus, que me deu a oportunidade de escrever e estudar, por mais de seis meses, algo que realmente gosto: música.

## RESUMO

BORNER, G. G. *A Lei de Direito Autoral brasileira frente às novas formas de compartilhamento de arquivos de música na internet*. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Apresenta-se um estudo acerca do crescente compartilhamento de arquivos de música na internet e o não acompanhamento, pelo Direito Autoral, das transformações patentes que se deram a partir de então. O descompasso entre o direcionamento estatal e a prática popular data desde as origens da matéria, de forma que são analisados, na primeira parte, o nascedouro dos direitos de autor, a propagação e o crescimento de sua importância após a invenção dos tipos móveis de Gutenberg. Na segunda parte, analisam-se a legislação brasileira e o comportamento dos principais sujeitos participantes do mundo da música, a saber, as gravadoras, os artistas, o Escritório de Arrecadação e Distribuição e o público consumidor, agora, também, criador de cultura. A partir daí, procura-se apresentar, na terceira parte, não uma, mas algumas soluções ao problema causado pela falta de regulamentação específica e para a restritividade da lei de direito autoral brasileira, desde a interpretação segundo princípios constitucionais, até às licenças públicas, mormente as do projeto Creative Commons, cujo direcionamento está totalmente adequado à legislação brasileira e ao uso de obras intelectuais musicais na internet.

Palavras-Chave: Direito Autoral; Música; Compartilhamento de arquivos.

## ABSTRACT

BORNER, G. G. The brazilian musical copyright Law in front of new ways of file music sharing. 76 f. Monograph. (Law Graduation) - Universidade Federal do Rio de Janeiro

Hereby we present a research about the increasing music file sharing in internet, as far as the copyright Law lack of regulation for the evident changings therefore. The disarrangement between the government politics and the popular practices stands on as long as the origins of the Authoral Law subject and so we analyzed it since its creation. In the first part, we find out how were the authoral rights born and soonly spreaded throughout the world and, moreover, how its importance has improved after the invention of Gutenberg's mobile typography. In the second stage, we go through the brazilian laws and the behaviour of those who we consider to be the main agents in the music world, such as: the recorders, the artists, the Public Management Office and finally the simple constumers, who have turned into agents of culture creation, also. In the following part, we intend to present as a third stage not only one, but few possible solutions to the problem that has been caused either by the lack of special regulation or yet by the brazilian Law close restrictions, though; regarding both the due adjustment to constitutional principles and the convinience of public licenses - mostly inherent to the "Creative Commons" project, which the settlements for are absolutely adequate to the brazilian Law, as well as the proper use of intellectual pieces in internet either.

Keywords: Copyright Law, Music, File sharing.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 CONCEITOS BÁSICOS E PRELIMINARES</b> .....	9
<b>2.1 História dos Direitos Autorais</b> .....	9
2.1.1 <u>Dos antigos à Idade Média</u> .....	9
2.1.2 <u>Trajetória dos pactos, acordos e convenções internacionais</u> .....	12
2.1.3 <u>História dos Direitos de Autor no Brasil</u> .....	17
<b>3 ASPECTOS SÓCIO-ECONÔMICOS E POLÍTICO-INSTITUCIONAIS DO MUNDO DA MÚSICA</b> .....	20
3.1 <b>As Gravadoras (Produtores fonográficos)</b> .....	22
3.2 <b>As empresas de radiodifusão (as rádios)</b> .....	26
3.3 <b>O ECAD</b> .....	27
3.4 <b>O Artista</b> .....	28
<b>4 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL</b> .....	32
<b>5 BASES CONSTITUCIONAIS</b> .....	37
5.1 <b>Liberdade de expressão e acesso à informação: incisos IX e XIV</b> .....	38
5.2 <b>Garantias constitucionais ao Direito de Autor: incisos XXVII e XXVIII</b> .....	42
5.2.1 <u>Inciso XXVII e função social da propriedade</u> .....	43
<b>6 A LEI DE DIREITOS AUTORAIS</b> .....	50
6.1. <b>A obra musical</b> .....	50
6.2 <b>Os sujeitos de direitos</b> .....	52
6.2.1 <u>Direitos dos autores</u> .....	53
6.2.1.1 <i>Direitos Morais</i> .....	54
6.2.1.2 <i>Direitos Patrimoniais</i> .....	55
<b>7 ADEQUAÇÕES DO DIREITO AUTORAL AO LIVRE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA INTERNET</b> .....	66
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	73
REFERÊNCIAS.....	75

## 1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que os tempos mudam; isto nunca foi novidade. Porém, da década de 1990 para cá, esta frase ganhou maior expressão para vários campos da atividade humana, como a medicina, a biotecnologia, a informática e a música. Sim, apesar de parecer totalmente estranha aos outros itens citados, a produção musical vem atravessando, desde o surgimento da *internet*<sup>1</sup>, contornos antes inimagináveis, obrigando a todos os que dela se servem a se adaptarem, de uma ou outra forma, aos novos e urgentes tempos.

Uma das inúmeras mudanças no ambiente musical e, seguramente, a mais significativa, se deu no compartilhar de experiências: bastam duas pessoas com um computador, ligadas à rede, para que seus mais variados arquivos de música sejam, em questão de instantes, de ambas, e não mais de uma só. É um sonho antigo se tornando realidade: que um mesmo elemento seja possuído por dois indivíduos, ou melhor, que de um elemento surja outro, rigorosamente igual, de forma que não seja possível ao leigo perceber qual o original e qual a cópia ou, ainda que pudesse, não faria qualquer diferença prática.

É justamente o que ocorre hoje em dia. A internet fez da música um bem não escasso, acessível a todos que tenham um aparato mínimo<sup>2</sup>, a chance de acessar livremente, a custos baixíssimos e a velocidades cada vez maiores, o enorme e crescente acervo de cultura disponível digitalmente. E há um fenômeno ainda não mensurável, mas já “palpável”: o da criação de cultura. O avanço tecnológico combinado ao barateamento dos equipamentos vem produzindo um novo tipo de músico, que cria, ensaia, grava, edita, reproduz e disponibiliza, sem intermediários, suas obras, incrementando a cultura e indo além do restrito mercado apresentado pelo sistema “grande gravadora – rádio”<sup>3</sup>.

No entanto, esta espontaneidade tecnológica gerou prejuízos enormes à indústria fonográfica no Brasil e no mundo, que tem se valido de instrumentos vários para frear ou modificar este processo e adequá-lo aos seus interesses mercadológicos. Com o fim de obter os resultados almejados, as *majors*<sup>4</sup>, junto com poucos artistas que se beneficiam do modelo

---

<sup>1</sup>“Internet é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados”. Definição da Wikipédia. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em 25 de Abril de 2008.

<sup>2</sup>“De acordo com dados de março de 2007, a Internet é usada por 16,9% da população mundial (em torno de 1,1 bilhão de pessoas)”. Loc.Cit.

<sup>3</sup> O termo técnico a ser utilizado é “empresa de radiodifusão sonora”. No presente estudo, se utilizará também o termo popular “rádio”, no feminino.

<sup>4</sup> Nome informal que se dá às grandes gravadoras.

anterior, vêm se utilizando do direito autoral e das ações na Justiça para coibir o livre tráfego de arquivos.

Diante destes fatos, o presente estudo se propõe a analisar a lei de direito autoral (Lei 9.610 de 1998), ordenamento que se enquadra no grande ramo do direito civil, perante o compartilhamento de arquivos de música na internet. Tem-se como objeto a limitação ao direito de autor, propondo-se a modificação legislativa ou, em não ocorrendo este fato, a interpretação da lei segundo os princípios constitucionais de livre acesso à cultura e função social da propriedade e as licenças públicas desenvolvidas pelo Prof. Lawrence Lessig. O objetivo traduz-se em reunir elementos para que a cópia privada integral da obra, sem intuito de lucro, seja retirada da ilegalidade, como hoje se pode perceber pelo artigo 46 da LDA. O método utilizado é o de análise documental e pesquisa bibliográfica.

## 2. CONCEITOS BÁSICOS E PRELIMINARES

Antes de conhecer mais especificamente as obras musicais e as variadas maneiras em que possam ser compartilhadas, será necessário o estudo de institutos jurídicos anteriores, para classificar com precisão o objeto de estudo. A melhor maneira de situarmos o direito autoral é analisarmos com cuidado seu histórico.

Isto não quer dizer, porém, que se aterá apenas à evolução dos acontecimentos para explicar o fenômeno, mas, sem dúvida, será feita a inserção dos conceitos através do pano de fundo histórico das legislações, acordos e tratados internacionais.

### 2.1 História dos direitos autorais

#### 2.1.1 Dos antigos à Idade Média

A gênese dos direitos de autor<sup>5</sup>, ou, de forma mais abrangente, do direito autoral<sup>6</sup>, data de meados do século XVI. Eliane Yachouh Abrão<sup>7</sup>, citando L. Ray Patherson e Stanley W. Lindberg, assevera que em plena Idade Média foi concedido monopólio, pelos reis Felipe e Maria Tudor, à associação de livreiros e donos de papelaria para comercialização de todos os escritos da Inglaterra. A contrapartida dos beneficiários de tal sistema à família real era a seleção do que seria ou não publicado, uma verdadeira censura aos que se opusessem à Coroa. Surge o conhecido *copyright*. Nos dizeres da autora<sup>8</sup>:

A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se *copyright*, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou

---

<sup>5</sup> Sérgio Vieira Branco Júnior, aludindo a Luiz Francisco Rebello, faz a ressalva de que há discussões sobre direitos de autor muito anteriores à Idade Média. O relato é de um concurso literário realizado em Alexandria, onde foi premiada uma obra de menor valia dado que todas as demais foram tidas como cópias mal feitas de outras já existentes. O mesmo autor ainda cita um caso que data de cinco séculos antes de Cristo, onde um discípulo de Platão, Hermodórus, transcrevera as lições de seu mestre e as vendera em outro país. Cada um dos acontecimentos trata do aspecto dúplice do direito de autor, a saber, o patrimonial (reprodução) e o moral (contrafação ou, popularmente, pirataria), que será tratada oportunamente. BRANCO Júnior, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

<sup>6</sup> Nehemias Gueiros Jr, que diz ser direitos de autor apenas aqueles atinentes ao criador mesmo da obra, enquanto direito autoral é termo mais genérico, segundo o jurista, abrangendo tanto os direitos de autor quanto os direitos conexos (intérpretes, executantes, músicos, cantores, produtores musicais e empresas de radiotelevisão). GUEIROS, Nehemias Jr, 1958. **O Direito Autoral no Show Business: Tudo o que você precisa Saber**. Vol. 1: A Música – 3ª Ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005, pp. 49-51.

<sup>7</sup> ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002, p. 28.

<sup>8</sup> Loc.Cit.

menos duzentos anos, e é a semente das leis (Statutes) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.

Deste controle nasceu o termo *copyright*, que, literalmente, quer dizer “direito à cópia” ou “direito de copiar”, justamente o direito assegurado aos livreiros, não aos autores dos escritos. Tal era o descaso com os autores das obras que, não raras vezes, os livreiros nem sabiam de quem se tratavam.

Foi justamente aí, em plena Idade Média, que foram feitas as primeiras menções aos possíveis direitos de autor de obra intelectual. Tal definição, como hoje a concebemos sem maiores esforços cognitivos, só veio a ter sentido após o advento da imprensa em 1450<sup>9</sup>, com Gutenberg e seus tipos móveis, tornando muito mais acessível qualquer tipo de escrito e diminuindo a necessidade dos copistas. Curiosamente, não eram reconhecidas, na Grécia e Roma antigas, direitos de reprodução, distribuição, execução ou publicação de uma obra. Em tal época, criar intelectualmente era incompatível com comercializar aquilo que se havia concebido<sup>10</sup>. O carácter patrimonial de um pensamento - retratado em algum suporte físico como um papiro -, para os antigos, soava mais como desprestígio do que como reconhecimento. Posteriormente, a obra passou a ser de tal maneira venerada que gerou uma desproporção, quando se compara aos moldes atuais da disciplina autoral. Explica-se: o poder do autor sobre sua obra era tão grande que era possível alienar, inclusive, sua própria titularidade. O que hoje é rechaçado, tanto pelo sistema europeu quanto pelo sistema anglo-saxão, em tal época era suscetível de comercialização. Comprava-se o “silêncio do autor”<sup>11</sup>.

Após o término da censura legal e do monopólio, os livreiros passaram a pleitear proteção legal para os autores, “dos quais já esperavam a cessão dos direitos”<sup>12</sup>. Diante desta pressão, a Rainha Ana publicou, em 1710 – aproximadamente 200 anos depois do monopólio concedido pela realeza Tudor -, o *Statute of Anne*, prevendo o direito de cópia concedido aos livreiros por 21 anos, sendo estes, mais uma vez, os maiores beneficiários do aparato estatal, ainda que de maneira transversa. Uma das maiores contribuições do Ato foi a estipulação de

<sup>9</sup> Contribuição relevante dá Bruno Dorigatti, a seguir: “Com a difusão proporcionada pela prensa desenvolvida por Gutenberg no século XV, um universo ( ou uma galáxia, como prefere McLuhan) novo se abre para a difusão de idéias. O saber, antes restrito às abadias, mosteiros, igrejas e castelos, encontra o meio físico ideal, prático de ser carregado e consideravelmente durável. Porém, a questão da autoria ainda não se coloca como questão relevante, uma vez que as obras que começam a circular nesse período são basicamente livros antigos recém-descobertos, além da Bíblia e dos clássicos da Grécia Antiga, cânones do Renascimento”. DORIGATTI, Bruno. Ascensão e Declínio do Autor. In: I Seminário Brasileiro sobre Livro e História Editorial. 2004, Rio de Janeiro. p. 1 e 2.

<sup>10</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A história do Direito de Autor no Ocidente e os tipos móveis de Gutenberg. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, p. 116, fevereiro de 2005.

<sup>11</sup> ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p. 15.

<sup>12</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 29.

regras genericamente aplicáveis a todos, e não mais um privilégio outorgado a particulares escolhidos pela Coroa.

É a doutrina inglesa e, posteriormente, à estadunidense<sup>13</sup>, que se deve a face **patrimonial** dos direitos de autor. É fácil perceber, neste breve relato, que, desde o início, os conflitos, monopólios, concessões e legislações da Inglaterra foram impulsionados pelo fator econômico, e praticamente nenhum outro mais. Apesar do Ato da Rainha Ana ter, dentre outros fatores, retirado os autores do anonimato, tal efeito foi reflexo, ou seja, consequência da pressão a que foi submetida pelos livreiros, que claramente desejavam manter seu domínio mercantil sobre as obras.

Já o caráter **moral** do direito autoral adveio, aproximadamente, na mesma época, na Revolução Francesa. O respeito às idéias, à razão e à liberdade fez efervescer a reivindicação dos autores por terem seus nomes atrelados às suas obras, e, conseqüentemente, auferir dividendos da reprodução da mesma. Os tipos móveis de Gutenberg foram os que propiciaram a facilidade necessária aos livreiros, editores e autores de atrelarem um texto à titularidade de uma pessoa específica. Mais propriamente, os autores, perceberam, então, que poderiam angariar fama à medida que a obra, largamente reconhecida como sua, fosse difundida e comercializada. Nada mais coadunado aos ideários franceses recém formulados, onde a individualidade era, por certo, uma de suas maiores características.

Neste ponto, depois de apontadas as duas maiores fontes geradoras do direito autoral, cabe o que diz Sérgio Vieira Branco Júnior<sup>14</sup>:

Vê-se, com clareza, que o alvorecer do direito autoral nada mais é que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria, então, proteger prioritariamente a “obra” em si, mas sim os lucros que dela podem advir. É evidente que ao autor interessava também ter a obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.

O autor aponta dado interessante, a saber, a contrafação – ou pirataria, como conhecemos hoje - quase que descontrolada até a primeira metade do século XIX, confirmando suas afirmações através de citações de autores atuais e escritos históricos da época. Uma obra produzida, por exemplo, na França, poderia ser reproduzida na Holanda – dada a censura francesa, muito menos sentida nos países baixos – ou um livro impresso em Nápoles ser

---

<sup>13</sup> Neste ponto, Eliane Y. Abrão arremata: “Com esses progressos – *aludindo a autora aos efeitos do Statue of Anne* - inaugurou-se o sistema nos Estados Unidos da América. A Constituição de 1787 previu em seu art. 1º, seção 8, a promoção do progresso da ciência e das artes por intermédio da concessão, **por um tempo limitado**, aos autores e inventores de um direito exclusivo a seus escritos e descobertas. A primeira lei federal norte-americana sobre o assunto data de 31 de maio de 1790” (grifo nosso). ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 30.

<sup>14</sup> BRANCO Junior, Sergio Vieira. Op. Cit. p. 15.

copiado, sem qualquer constrangimento ou ilegalidade, em Turim. Pirataria não é, portanto, de maneira alguma, fenômeno novo.

A partir de então, a preocupação começou a ter contornos internacionais. A rapidez e facilidade com que se podiam produzir obras, fossem cópias idênticas ou plágios grosseiros, eram grandes, se comparadas ao legado ultrapassado dos copistas. Além da dificuldade vivida em seus próprios países, os autores passaram a assistir cópias de seus escritos em outros territórios e, pior, sem que isso configurasse qualquer ilícito. Maristela Basso<sup>15</sup> completa o quadro:

Nos países cujos autores foram mais saqueados nos seus direitos, surgiu o movimento a favor do reconhecimento e da proteção dos seus direitos:

- 1) Inicialmente os autores e editores buscam os privilégios concedidos pelo Papa, imperador, reis (da França e Espanha), ou príncipes, que implicavam monopólio por certo período;
- 2) Numa segunda etapa, os particulares se dão conta da repercussão internacional de seus direitos e da continuidade da sua personalidade jurídica, e começam a apresentar propostas com vistas a uma conferência internacional sobre a matéria.

Apesar de todo o alarde e insatisfação por parte dos autores diante da falta de regulamentação geral para proteger seus direitos, apenas em 1886, final do século XIX, são traçadas as primeiras regras de caráter mais amplo. Toma lugar, no ano em questão, a Convenção de Berna, idealizada e formulada pelos países europeus, ditos civilizados, conferindo proteção mínima e geral às produções literárias, científicas e artísticas.

Quase um século mais tarde, em 1950, nova convenção internacional se instalou, desta vez em Genebra, para adequar sistemas legislativos de países diversos, a saber, os que eram voltados principalmente à obra, como o estadunidense, e os que se ocupavam com a pessoa do autor, como o europeu e o brasileiro.

### 2.1.2 Trajetória dos pactos, acordos e convenções internacionais

Como já salientado anteriormente, a primeira regulação ampla dos direitos de autor se deu na Suíça, mais especificamente na cidade de Berna, nascendo a Convenção batizada com o nome de sua cidade-mãe. Porém, ainda sim a disciplina da matéria estava longe de ser unívoca. Tal se devia, basicamente, às diferentes bases sobre as quais se assentavam as duas principais teorias sobre o direito autoral: a norte-americana e a européia.

---

<sup>15</sup> BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2000, p. 87.

Antes de tecermos comentários mais específicos sobre cada uma destas teorias, de grande valia será a análise das convenções, acordos e tratados internacionais que varreram a história dos povos ditos civilizados. Através da observação e estudo dos diálogos entre as nações sobre o tema, captaremos os conceitos básicos, pilares do que conhecemos como direito de autor hodiernamente.

O sistema de *copyright* nasceu, como exposto, não como direito de autor, mas como um simples monopólio concedido a livreiros e editores para comercialização e controle de bens intelectuais expressos em livros e escritos em geral. Por este motivo, tal sistema tem como nascedouro um privilégio comercial, distante até então de uma disciplina genérica, quanto mais de um direito assegurado a uma classe. Justamente por isso, seu alcance é diferenciado dos direitos de autor. Este se ocupa unicamente com bens culturais, como literatura, obras musicais, lítero-musicais e audiovisuais; aquele abarca qualquer escrito, de cunho literário ou não, pouco importando o suporte ou a forma com que se apresente. Porém, apesar de mais abrangente o rol de obras protegidas, não se ocupa primariamente com a pessoa do autor, seus direitos morais independentes de registro e sua proteção imediata, desde o momento da criação.

Estas características têm origem no direito de autor propriamente dito, que remonta à base franco-romana. Inspirados em princípios diversos das aspirações econômicas do *copyright* inglês, os direitos de autor nasceram do ideal revolucionário francês do final do século XVIII, alastrando-se pela Europa e posteriormente para os países de fala latina.

A principal reivindicação francesa não era, ainda que longe de ser descartada, o retorno financeiro que as obras intelectuais trariam a seus autores, mas o direito de verem seus nomes apostos em seus escritos, de escolherem quem seriam seus editores e de preservar a integridade dos mesmos, sem a censura imposta pela realeza. Muito mais que um direito de copiar, estava em voga o direito de se vincular à sua obra, moralmente, o que, em termos práticos, seria o direito de conservar sua criação inédita, o de arrogá-la como sua, de ter seu nome a ela perpetuamente vinculado etc.

Como era de se esperar, tais sistemas não poderiam conviver no mesmo mundo sem que houvesse conflitos. Não se tratava de capricho de superpotências disputando, entre si, qual seria o melhor dos dois regramentos, mas um inevitável choque de interesses entre nacionais de um país que tinham suas obras utilizadas em outro. Somou-se a isto que, em meados do século passado, no período pós-segunda guerra, os Estados Unidos, fortalecidos pela bela campanha militar, levantaram-se em nível internacional com o escopo de unificar os sistemas ou, ao menos, discipliná-los de maneira que os tornasse minimamente compatíveis.

A lei norte-americana não se adequava aos institutos de Berna: esta protegia o autor, primariamente, não a indústria fonográfica, editorial ou radiodifusora, os quais, estes últimos, encontravam guarida no sistema inglês, adotado nos Estados Unidos. Era necessário que o autor, para ter resguardados seus direitos, registrasse **formalmente** sua obra, sendo este o objeto da proteção legal, portanto. Surge deste impasse a segunda grande Convenção sobre direitos autorais, a de Genebra.

Cabe aqui a lição de Eliane Y. Abrão<sup>16</sup>:

Criou-se, então, em 1952, a Convenção Universal de Genebra, com o mesmo propósito de Berna, e com a finalidade de adequar a comunidade internacional à lei estadunidense.

A quase totalidade dos países do mundo aderiu aos dois instrumentos. Dessa simbiose, e da vocação cada vez mais internacionalizada dos direitos de autor, surgiram as mais díspares definições e entendimentos acerca de um e outro instituto, o sistema *copyright* e o dos direitos de autor. A uma, porque é inegável a influência da indústria estadunidense na produção e difusão das suas obras, e das que elege nos países onde tem filiais. A duas, porque a informação jornalística sobre esses mesmos sistemas, também originada de agências internacionais, caminha numa velocidade muito maior que a da própria informação legislativa nacional. O resultado é que os conceitos, muitas vezes, se confundem, a ponto de se divulgar como cogentes, informações de conteúdo puramente mercadológico, desconhecidos do sistema e da hierarquia legislativa interna.

Neste ponto já é possível estabelecer algumas distinções básicas mais pormenorizadas, tornando menos complexo o estudo. Seguindo a doutrina do renomado autor Carlos Alberto Bittar<sup>17</sup>, temos 3 (três) grandes sistemas que tratam do direito de autor no mundo hoje:

- i) **Coletivo:** com base na Convenção de Berna, utilizado pela então União Soviética (Rússia e demais países agregados) que, segundo Marlus Eduardo Faria Losso<sup>18</sup> “*considerava que a proteção dos direitos do autor tinha o objetivo de ser elemento para a expansão de sua cultura própria (socialista)*”. Não teceremos maiores comentários sobre este, pois foge à intenção deste trabalho.
- ii) **Individual:** inspirado também na Convenção de Berna, foca sua proteção no aspecto subjetivo, ou seja, o autor como criador exclusivo, dispensando formalidades, como o registro da obra. Tal sistema, *adotado no Brasil*, permite que o autor tenha total controle de suas obras e que, conseqüentemente, aufera lucros com as mesmas.
- iii) **Comercial:** o mais difundido na sociedade ocidental, o afamado *copyright*. Não há uma proteção à criação em si, mas sim ao registro da mesma. Melhor explicando,

<sup>16</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 32.

<sup>17</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

<sup>18</sup> LOSSO, Marlus Eduardo Faria. Noções de direito autoral e sua regulamentação internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 464, 14 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5806>>. Acesso em: 14 out. 2007.

não se protege a obra no momento de sua criação, mas apenas após seu devido registro formal. Tal proteção é, como se percebe, objetiva; protege-se a obra como um direito de propriedade, não os direitos do autor. A justificativa para esta modalidade é que a atividade inventiva se dá em prol da cultura e da ciência. O *copyright* como sistema vem da lei da Rainha Ana da Grã-Bretanha, de 1910, e atualmente encontra respaldo na Convenção de Genebra. Convém lembrar que tal sistema é utilizado nos países anglo-saxões, tendo como seu maior propagador e defensor os Estados Unidos.

O caráter internacional das obras intelectuais obrigou, e obriga até hoje, aos países, que unificassem suas legislações internas umas às outras. Daí a necessidade das mencionadas convenções. Porém, não é difícil perceber que algumas nações têm maior “peso” político e econômico que outras, e acabam por incutir seus interesses de forma clara nos acordos. O exemplo mais emblemático desta afirmação é a criação da Organização Mundial do Comércio e seu anexo, o Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights<sup>19</sup>.

Em 1979, o General Agreement on Tariffs and Trade – GATT – iniciou um diálogo entre países desenvolvidos sobre propriedade intelectual e comércio internacional. Como Berna e Genebra - apesar de terem promovido efeitos importantes no sentido de igualar o tratamento aos direitos de autor nos países aderentes – se baseavam no respeito às legislações internas, não davam abertura para punições e métodos igualitários de ação nas diferentes soberanias. Berna, especificamente, ditava somente alguns princípios mínimos, a saber<sup>20</sup>:

- a) O princípio do **tratamento nacional**, onde obras estrangeiras tem o mesmo tratamento de obras nacionais;
- b) O princípio da **proteção automática**, asseverando que a proteção **independe** de registro formal ou depósito;
- c) O princípio da **independência na proteção**, que resguarda o exercício e gozo dos direitos mesmo quando a obra não os tenha em seu país de origem, desde que circule por outros países-membros da União.

Para tentar adequar a regulação internacional aos seus critérios, os Estados Unidos lideraram um movimento para redigir nova convenção, a de Genebra, que preconizava o princípio da **assimilação das obras estrangeiras às nacionais** e, principalmente, o princípio da **formalidade mínima indispensável**, segundo o qual qualquer obra deve trazer, em sua

---

<sup>19</sup> Utiliza-se, normalmente, a sigla TRIP's.

<sup>20</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 44.

primeira publicação consentida, o símbolo © (*copyright*), com o nome do autor da obra e o ano de primeira publicação – lembrando que cada país tem a faculdade de exigir, ou não, o registro para o resguardo dos direitos. O Brasil, por exemplo, não exige.

Apesar da quase totalidade dos países signatários de Berna também ter aderido à de Genebra, os Estados Unidos da América não tinham, ainda, obtido o controle desejado das obras intelectuais. Apoiados, ou melhor, pressionados pelas grandes corporações da indústria fonográfica, lideraram novo movimento, desta vez, aparte da Organização das Nações Unidas. Surge, então, o GATT.

Através das discussões promovidas pelo GATT, foi criada, em 1994, a Organização Mundial do Comércio – OMC – que em uma das duas frentes adotou o Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ou TRIP's, em inglês. É importante que se note a mudança de tratamento: em um momento, as obras intelectuais eram tidas como criações do espírito, difusões culturais, emergidas da cultura de um povo; em outro, tidas como mercadoria e, diga-se de passagem, de estimadíssimo valor.

A mudança se justificava por dois motivos básicos: o aumento nas rendas internas e externas – *royalties* - em virtude das licenças e concessões de uso às empresas de entretenimento, principalmente gravadoras, editoras e produtoras de cinema, e o igual incremento da pirataria. A OMC, ou WTO, em inglês, considerou Berna insuficiente, incompleta para tratar de assuntos tão “sérios” como o comércio dos bens intelectuais. No sítio oficial, encontramos o seguinte texto<sup>21</sup>:

As principais diretrizes são encontradas nos artigos 2.1 e 9.1 do Acordo TRIP's, que tratam, respectivamente, da Convenção de Paris – *sobre propriedade industrial* – e da Convenção de Berna. Em segundo lugar, o TRIP's implementa um considerável número de **obrigações adicionais** em assuntos tratados pelas mencionadas convenções, nos quais foram consideradas silentes ou inadequadas. O Acordo TRIP's, sendo assim, é, por vezes, chamado de **complementar** a Berna e Paris (comentário e grifo nossos).

A OMPI se baseia na igualdade de votos entre os países-membros. Já o TRIP's, advindo da OMC, foi criado com regras pré-estabelecidas pelos países mais poderosos da América do Norte e da Europa, com a finalidade de adesão imediata por todos os países do bloco econômico mundial, e solução de conflitos através de trabalhos do Conselho regente da citada organização. O TRIPS é administrado por todos os membros da OMC, sem distinção.

---

<sup>21</sup> Tradução livre do autor. No original, se lê: “The relevant provisions are to be found in Articles 2.1 and 9.1 of the TRIPS Agreement, which relate, respectively, to the Paris Convention and to the Berne Convention. Secondly, the TRIPS Agreement adds a substantial number of additional obligations on matters where the pre-existing conventions are silent or were seen as being inadequate. The TRIPS Agreement is thus sometimes referred to as a Berne and Paris-plus agreement”. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/intel2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm)>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2008.

Eliane Y. Abrão nos dá os princípios básicos deste acordo<sup>22</sup>:

- a) o **princípio do tratamento nacional**, segundo o qual aos nacionais dos estados-membros conceder-se-á tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais (art. 3º);
- b) o **princípio do tratamento da nação mais favorecida**, segundo o qual toda a vantagem, privilégio ou imunidade que um membro conceda a seus nacionais deva ser extensivo, imediata e incondicionalmente aos nacionais dos demais membros (art. 4º);
- c) o **princípio da prevenção de abusos**, segundo o qual faculta-se aos Estados-Membros a aplicação de medidas apropriadas para prevenir o abuso dos direitos da propriedade intelectual por seus próprios titulares ou coibir as práticas que limitem de maneira injustificada o **comércio** ou prejudique a transferência internacional de tecnologia;
- d) o **princípio da exaustão dos direitos**, segundo o qual, em nome da **liberdade do comércio**, os titulares dos direitos de propriedade intelectual esgotam o exercício desses direitos na primeira utilização pública consentida, **não mais podendo impedir que terceiros, a partir daí, a explorem**, desde que respeitada a respectiva remuneração;
- e) o **princípio da obrigatoriedade ou adesão sem reservas**, segundo o qual **nenhum Estado poderá integrar a OMC com condicionantes ou reservas em nome da unidade do sistema** (art. 2º, 2 e 3 da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT);
- f) o **princípio da cooperação técnica e financeira** aplicável aos **países em desenvolvimento**, segundo o qual os países desenvolvidos **comprometem-se a prestar assessoria na preparação de leis e prevenção de abusos em matéria de propriedade intelectual, incluindo apoio técnico e financeiro para a criação ou ampliação de escritórios e entidades nacionais competentes na matéria** (art 67) (grifos nosso).

A exposição básica e resumida dos principais fatos internacionais aponta para algo irrefutável: a tônica dos direitos de autor, ou *copyright*, mais uma vez, volta-se para o protecionismo econômico dos grandes conglomerados. De início os livreiros; por fim, as gravadoras, editoras e produtoras. Passaremos a considerar como o Brasil se comportou diante deste movimento mundial.

### 2.1.3 História dos direitos de autor no Brasil

Apesar de não muito explorada e pouco detalhada pelos autores nacionais, a história dos direitos autorais no Brasil é de grande importância. Talvez, a parca exploração deste aspecto se deva à recente herança que a matéria tenha em nossa pátria.

<sup>22</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. pp. 50 e 51.

A primeira menção, indireta, é verdade, aos direitos de autor no Brasil, data de 11 de Agosto de 1827, nos tempos do Império. O ordenamento criara as duas primeiras faculdades de Direito do Brasil, a de São Paulo e a de Olinda. Ao tratar das matérias a serem ensinadas nos cursos e de seu tempo de duração, do salário dos “Lentes proprietários” e de seus substitutos, em dado momento expunha, como cita Antônio Chaves<sup>23</sup>:

Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o systema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, submettendo-se porém à aprovação da Assembléia Geral; o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, **competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos** (grifo nosso).

Três anos após a criação dos cursos jurídicos, o Código Criminal de 1830, em seu art. 261, previu o crime de Violação de direitos autorais. Não é coincidência que a primeira tutela legal sobre o tema haja sido na esfera penal: buscava-se, da forma mais dura que o Estado pudesse, conferir à matéria a importância que lhe reputavam devida. Para exemplificar os constrangimentos sofridos pelos escritores – expressão mais popularmente difundida na época, e, por isso, mais identificada com o direito de autor então -, Pinheiro Chagas, português, se queixava de um cidadão residente no Rio de Janeiro que constantemente copiava suas obras; para o “ladroão”, não havia qualquer problema. Pelo contrário: certa vez, escrevendo a Chagas, disse admira-lo muito, e que faria o possível para divulgar sua obra no Brasil, reimprimindo tantos exemplares quanto pudesse.

Posteriormente, em 1891, a Constituição da recém proclamada República do Brasil, garantiu em seu texto as normas positivas sobre direito autoral, no art. 72, §26. Cinco anos depois, foi publicada a Lei 496 de 1898, denominada também de Medeiros e Albuquerque, em homenagem ao seu autor. Fato curioso no diploma citado era a necessidade de registro para que a obra fosse protegida, o que se assemelha ao sistema da *Common Law*, e não ao europeu, de proteção à criação, independentemente de registro formal.

Não muito tempo depois, foi revogada a lei Medeiros e Albuquerque pelo Código Civil de 1916, que em seu art. 673 tornou o registro facultativo, ou seja, com efeitos meramente declaratórios, não constitutivos. Além disso,

classificou o direito de autor como bem móvel, fixou o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em 5 (cinco) anos e regulou alguns aspectos da matéria nos capítulos ‘Da propriedade Literária, Artística e Científica’, ‘Da Edição’ e ‘Da Representação Dramática’<sup>24</sup>

<sup>23</sup> CHAVES, Antonio. **Direito de Autor: Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro:Forense, 1987, p. 28.

<sup>24</sup> BRANCO Júnior, Sergio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Op. cit. p. 20.

Após a lei 496/1898, surgiram vários diplomas legais abrangendo tanto os direitos de autor propriamente ditos quanto alguns dos chamados direitos conexos - o Decreto 4.790 de 1924 e o 21.111 de 1932, por exemplo, definiram o direito de autor e regularizaram a execução de serviços de radiodifusão, respectivamente.

Finalmente, em dezembro de 1973, foi apresentada a primeira lei que tratava dos direitos de autor como um todo, em um só estatuto. Em boa parte, estava em harmonia com o capítulo de propriedade literária, artística e científica do código civil vigente à época, mas abrangia mais institutos, e de forma mais clara.

Trinta anos depois, o movimento TRIP's, capitaneado pelos Estados Unidos através da OMC, influenciou o legislador pátrio, que introduziu a expressão “obras intelectuais” no texto legal. Tal expressão abarca as obras mencionadas especificamente em Berna, as mencionadas genericamente em Genebra, e mais os programas de computador, bases de dados etc. Tudo aquilo que seja expressão do esforço do intelecto e que possa reproduzido e comercializado – não se tecerá maiores comentários aos programas de computador, que fogem ao objetivo do caso estudado.

A lei mencionada vigorou até fevereiro de 1998, com o advento da Lei 9.610, diploma regulador atual de direito autoral no Brasil. Não é difícil perceber, através da mera leitura da lei, a presença do recente privilégio acentuado dado aos autores e, como de costume, às editoras e gravadoras, antes que dizem mais respeito ao “mundo” musical.

Demonstra-se a influência internacional no ordenamento positivo nacional de forma patente, como observa Abrão<sup>25</sup>:

Do exposto, pode-se afirmar que o Brasil, como todos os países de tradição jurídica franco-romana, segue a disciplina tradicional dos direitos de autor e conexos, no que respeita à propriedade literária, artística e científica. Mas, em virtude de seus compromissos internacionais, segue também a disciplina dos chamados direitos da propriedade intelectual que inclui, à parte dos direitos tradicionais de autor, os programas de computador, as bases de dados, e os direitos da propriedade industrial.

Diante deste cenário jurídico-normativo, a partir de agora intentar-se-á observar os aspectos sócio-econômicos atuais que demonstram a complexidade que envolve a cópia privada no âmbito da internet.

---

<sup>25</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p 34.

### 3. ASPECTOS SÓCIO-ECONÔMICOS E POLÍTICO-INSTITUCIONAIS DO MUNDO DA MÚSICA

A música é uma das diversas expressões de arte – certamente a mais popular de todas elas – não estando presa aos estereótipos de como se deve fazer para ingressar na “carreira”, ou qual o caminho exato para usufruir das melodias e harmonias de uma canção. Basta cantarolar algo no caminho para o trabalho, reunir amigos para tocar violão, ou mesmo gravar, experimentalmente, alguma composição própria no computador. De maneira diversa encara-se o mundo da música: este é um termo abstrato, sem significado aparente, que é usado para caracterizar os negócios que giram em torno da música cunhada de maneira profissional, envolvendo diversas pessoas físicas e jurídicas, desde compositor e intérprete até gravadora e empresa de radiodifusão<sup>26</sup>.

Não há, por certo, um caminho único para divulgação de obras musicais, mas é inegável que ainda impera o modelo tradicional de reconhecimento e aceitação popular para certo fonograma: o músico ser chamado para compor o *cast*<sup>27</sup> de artistas de alguma grande gravadora, ter sua obra executada nas rádios com maior audiência e, em consequência disto, fazer vários *shows* pelo Brasil e, muitas vezes, pelo mundo. Ocorre que a indústria fonográfica não pode promover todo e qualquer artista que bata às suas portas à procura de um contrato de gravação, por motivos óbvios; a oferta de músicos à procura de reconhecimento e esperando o sucesso é muito maior que a capacidade de produção de uma gravadora, já que os custos para que a obra final seja comerciável<sup>28</sup> são volumosos, desde a gravação propriamente dita, em estúdios de qualidade, até a divulgação na grande mídia.

Não estamos nos referindo àqueles que não tenham aptidão e talento mínimos para realizarem um trabalho deste tipo, mas dos que não são “absorvidos” pelo mercado por diversos motivos: a obra não é rentável o suficiente para a empresa, o artista não tem a estética desejável para o estilo musical que está executando, ou ele não teve acesso aos “contatos” certos para

---

<sup>26</sup> Utiliza-se nesta obra, alternativamente, o termo “rádio”, no feminino, para se referir, de forma mais popular, às empresas de radiodifusão sonora.

<sup>27</sup> Termo sem tradução exata que, para o estudo presente, quer dizer o grupo de artistas componentes de uma gravadora.

<sup>28</sup> O fato de uma obra ser comercial ou não é absolutamente questionável e se utiliza deste argumento para dizer que apenas os melhores sobrevivem, no meio musical. É patente a inverdade desta proposição, verificável empiricamente por qualquer cidadão minimamente crítico quanto à arte: muitas vezes artistas geniais são relegados a segundo plano enquanto outros, de qualidade no mínimo questionável, adentram os portões do sucesso ou por serem esteticamente mais atraentes, ou por ter um “padrinho” do meio musical, ou por copiarem a tendência musical circunstancial, fazendo música “para dar certo”, ou seja, para fazer sucesso junto ao grande público.

inserir-lo no mundo da música – os conhecidos como padrinhos do artista – e muitos outros fatores que são estranhos ao fator musical em si.

Este modelo, apesar de cruel e falível, promoveu grandes artistas e lançou muitas bandas importantes, aproveitando a cultura do entretenimento surgida em meados da década de 1950. Com o avanço impressionante da tecnologia, o *show business* ganhou notoriedade e gerou lucros inimagináveis. O professor Nehemias Gueiros Jr. nos dá preciosos dados sobre o período<sup>29</sup>:

Foi com certeza na segunda metade do século XX que o *show business* adquiriu sua maior envergadura, impulsionado pelo vertiginoso avanço tecnológico, especialmente nos últimos 40 anos, quando surgiram dezenas de novos suportes materiais e aparelhos eletrônicos, capazes de reproduzir obras intelectuais em suas várias modalidades. Cada um a seu tempo, o fonógrafo, as câmeras cinematográfica e fotográfica, o rádio, a televisão, o *long-play* as fitas *cassete* e *videocassete*, o CD, o DCC, o *Mini-Disk* e agora o DVD foram capítulos fundamentais no desenvolvimento tecnológico e quantitativo do entretenimento mundial. A evolução da televisão, hoje transmitida e recebida 24 horas por dia, de um ponto a outro do planeta através de miríades de satélites artificiais em órbita acima da atmosfera, permite que se assista a quaisquer eventos ao vivo, em tempo real, onde quer que se esteja (...) Bem assim, a modernização cada vez mais célere, da indústria eletrônica de instrumentos musicais e palco, consagrou de vez a era das grandes *tours* mundiais, em que celebridades, artistas-solo e mega grupos *pop* viajam o mundo inteiro mostrando seu trabalho criativo, alimentando todos os segmentos profissionais correlatos – palco, som, iluminação e outros – e de comercialização, desde a simples venda de CDs e fitas, até os brindes, camisetas, bonés, adesivos, livros ilustrados, *games* eletrônicos. Com esse fenômeno era natural que também se manifestasse certa massificação, devido à necessidade premente do lucro, que movimenta as intenções comerciais dos indivíduos e empresas envolvidas. A pressão pelo sucesso é muito grande, o que acaba nivelando por baixo a grande quantidade de novos produtos, despejados no mercado todos os anos, a maioria dos quais permanecendo em cruel anonimato.

A época narrada pelo ilustre advogado, apesar de tão recente, começa a fazer parte de uma lógica ultrapassada, em que os fatores de produção giram em torno de grandes corporações, e só elas têm o aparato e os recursos para produzir um artista. A celeridade estonteante da tecnologia colocou nas mãos de qualquer um o equipamento necessário para produzir uma música de maneira razoável, ao mesmo tempo em que barateou a aquisição de “ferramentas” pelos próprios músicos, como placas de som, mixers, microfones condensadores, PCs, pré-amplificadores e notebooks. Com força de vontade, talento e perseverança, o artista pode realizar a pré-produção<sup>30</sup>, convidar os músicos para execução, montar um estúdio de gravação caseiro, gravar as faixas, mixá-las<sup>31</sup> e divulgá-las, via sites que possibilitem

---

<sup>29</sup> GUEIROS, Nehemias Jr. Op. cit. p.19.

<sup>30</sup> Em geral, denomina-se pré-produção o momento em que ocorrem os primeiros ensaios, surgindo as primeiras idéias para o arranjo instrumental e vocal e o conseqüente entrosamento entre os músicos executantes.

<sup>31</sup> O termo se refere ao ato de, após a gravação das faixas, dar retoques finais como ajustes de volume, inserção de efeitos como *reverb*, *chorus* e compressor.

compartilhamento de arquivo<sup>32</sup>. Se preferir, pode criar um *site* pessoal ou um exclusivamente para lançamento do álbum. As possibilidades são inumeráveis, surgindo novas maneiras a cada dia, no passo da criatividade dos internautas. O autor acima previu este período, que apesar de ainda não consolidado, já é facilmente percebido<sup>33</sup>:

Juntamente com os avanços recentes em tecnologia digital e de armazenamento de informação, esta revolução nos levará a um estágio futuro, em que todas as formas de conteúdo – filmes, músicas, *shows*, livros, datas importantes, revistas, jornais, as receitas culinárias da vovó e os nossos vídeos caseiros – estarão instantaneamente disponíveis a qualquer momento em qualquer lugar. **Qualquer um** será um produtor ou um editor em potencial. Você poderá criar uma revista, compor uma sinfonia, editar um programa de televisão ou um livro e **tornar sua obra imediatamente disponível para o mundo à velocidade da luz**, em forma digital, na superestrada eletrônica, e **ainda cobrar regularmente remuneração pelo seu trabalho**. Como resultado, estaremos experimentando a transição do mercado de massa para o mercado personalizado, em vez de fábricas e estúdios centralizados produzindo em volume para os consumidores (grifo nosso).

É impressionante deparar-se com um texto como este, escrito há aproximadamente dez anos atrás e perceber que, atualmente, praticamente todas as intuições acerca do então futuro se cumpriram de maneira tão rápida. **Mas ainda há algo por responder: o que pensa cada integrante da cadeia musical a respeito de todas estas facilidades e, mais especificamente, com relação ao livre compartilhamento de arquivos musicais?**

A partir de agora, intentaremos, de forma embrionária, retratar a percepção de cada personagem do mundo da música acerca das novas e implacáveis tendências na internet e do compartilhamento livre de arquivos

### 3.1 As Gravadoras (Produtores fonográficos)

No atual estágio de evolução tecnológica, o modo de comercialização e divulgação de músicas se transformou totalmente, pelo menos nas grandes cidades. É difícil encontrar, hoje em dia, algum cidadão urbano de classe média – maior consumidor potencial dos produtos musicais em meio físico – que desconheça totalmente o que seja uma música em MP3, ou um CD regravável, ou um MP3 Player, ou um iPod. Todos, senão a grande maioria, sabe como se dá, basicamente, o processo de baixar uma música na internet gratuitamente, ou conhece alguém que o sabe.

<sup>32</sup> Para citar alguns: myspace.com, purevolume.com, Orkut e youtube.

<sup>33</sup> GUEIROS, Nehemias Jr. Op. cit. p. 22.

Com isto, as grandes corporações se viram, desde o ano 2000, diante de um gradativo e constante prejuízo econômico, derivado do fácil acesso dos usuários aos arquivos digitais, seja por download direto, seja pelo comércio ilegal de suportes materiais (CDs pirata). A agência Reuters, em matéria publicada no portal Terra<sup>34</sup>, publicou que a IFPI (sigla inglesa da Federação Internacional da Indústria Fonográfica), em pesquisa feita em parceria com o instituto Ipsos, constatou que “... mais de 1 bilhão de faixas de música foram baixadas ilegalmente no ano passado no Brasil (matéria publicada em 2006)”. De acordo com a mesma agência, em 2005 foram vendidos 55 milhões de CDs legítimos no Brasil contra quase 75 milhões de CDs baixados ilegalmente, numa média de 14 faixas por álbum, além de 40 milhões de discos piratas vendidos nos “camelôs”.

Há uma gama enorme de argumentos contra e a favor da disponibilização de músicas, de forma gratuita, na internet. O renomado professor Gueiros assevera<sup>35</sup>:

Mas o que realmente chamou a atenção, não apenas da indústria fonográfica, mas também de estudiosos e juristas de Direito Autoral, foi quando a tecnologia passou a permitir, com precisão e fidelidade, o *download* de faixas e até de discos inteiros, diretamente pela *Internet* para os equipamentos de gravação dos usuários, sem qualquer cobrança de preço.

(...)

Pode-se detectar como **um dos problemas o fato de que muitos piratas musicais virtuais sequer têm noção de que estão praticando algo ilegal. Ou então não estão nem aí.** Eles cresceram copiando todos os últimos lançamentos de software da *Microsoft*, então porque agir diferente (sic) em relação à música? Muitos deles até admitem estar violando leis, **mas sentenciam logo em seguida que a legislação em vigor está obsoleta.** Na verdade, o que o Direito Autoral e a Propriedade Intelectual sempre enfrentaram na sociedade foi a indiferença, justamente pela dificuldade da difusão dos conceitos do que é material (bens corpóreos) e imaterial (bens incorpóreos).

As gravadoras, que vêm reduzindo o preço dos produtos ao consumidor final, diz que os custos que envolvem a produção de um artista, desde a descoberta até o lançamento do álbum – que se dá pela execução nas rádios de grande audiência e na chegada do suporte material às lojas, basicamente – são altíssimos. Para que se compreenda melhor este argumento, é necessário conhecer a estrutura básica de uma grande gravadora.

Hoje em dia, a maioria delas é um grande conglomerado<sup>36</sup>, onde o diretor executivo<sup>37</sup> é o responsável por todos os negócios da empresa, que dirige os presidentes de cada gravadora

<sup>34</sup> Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI1196311-EI4802,00.html>>. Acesso em: 22 de Abril de 2008.

<sup>35</sup> GUEIROS, Nehemias Jr. Op. cit. p. 534.

<sup>36</sup> Denomina-se as grandes gravadoras de *majors*.

<sup>37</sup> KLEIN, Allison. Como funcionam as gravadoras: A organização de uma gravadora. Traduzido por HowStuffWorks Brasil. Maio de 2003. Atualizado em 16 de abril de 2007. Disponível em: <<http://lazer.hsw.uol.com.br/gravadoras1.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

componente do grupo. Abaixo de cada presidente de cada gravadora há os vice-presidentes, responsáveis pelos departamentos que a compõem, que são<sup>38</sup>:

- Departamento de A&R: é a porta de entrada da gravadora, responsável por descobrir novos talentos. O elo entre o artista e os demais departamentos da empresa se dá através da A&R, que além de ser o “caça-talento”, auxilia na escolha do repertório, decide onde será gravado o álbum e com qual produtor.
- Departamento de Arte: trabalha a ilustração ou foto de um álbum, os cartazes e as propagandas do CD.
- Departamento de Desenvolvimento do Artista: conduz a carreira artística do músico, promovendo-o e divulgando-o ao longo de sua trajetória musical. Vem sendo gradativamente transformado no depto. de desenvolvimento do produto, já que a indústria da música tem voltado seus esforços mais para o início da carreira do artista, e não para o decorrer dela a longo prazo.
- Departamento de Negócios: responsável pela contabilidade, folha de pagamentos e finanças.
- Departamento de Contatos: grupo de funcionários que realizam o contato entre a gravadora e a distribuidora, seja ela subsidiária da primeira ou independente.
- Departamento Jurídico: atua principalmente na área dos contratos entre a gravadora e os artistas e entre ela e outras empresas, além de cuidar de quaisquer outros assuntos jurídicos, como ações judiciais.
- Departamento de Marketing: cria um plano de marketing para cada álbum, coordenando os depto. de promoção, venda e divulgação.
- Departamento de Novas Mídias: lida com as novas tecnologias do mundo do entretenimento musical. Em termos práticos, ajuda o músico a se estabelecer na internet e cuida da parte de vídeo-clips.
- Departamento de Promoção: desenvolve especificamente a entrada e permanência do artista na TV, através de vídeo-clips, e nas rádios, através de músicas, com a finalidade de promover o artista perante o grande público.
- Departamento de Publicidade: é responsável pela divulgação *latu-sensu* do músico, funcionando como uma assessoria de imprensa. Nestes termos, cuida para que sejam

---

<sup>38</sup> Loc. cit.

escritas matérias em jornais, revistas, e páginas na internet, além de tratar da cobertura rádio - TV.

- Departamento de Vendas: inspeciona a venda no varejo dos produtos lançados, trabalhando, por vezes, em conjunto com os depts. de promoção e publicidade.

A partir desta visão panorâmica, demonstrando o grande aparato que uma *major* dispõe e dos conseqüentes custos para mantê-lo, é fato de que o argumento dos presidentes em contra disponibilização gratuita de música na internet tem algum fundamento – e não importa se a indústria tem ou não diminuído o custo do produto final, ou se vai ou não demitir pessoal por conta da diminuição em cinquenta por cento do faturamento desde 2000 – mas não se pode argumentar que a cultura sofrerá com as novas tecnologias – ao contrário, isto potencialmente cumpre a função social da propriedade intelectual, mais especificamente o direito autoral. Quando do advento da máquina de escrever houve o mesmo estranhamento e desconforto, à época, capitaneado pelos escribas, que perderiam seus ofícios, não tendo como prover sustento para si ou para sua família. Sabemos hoje o desenrolar da história: o ofício realmente desapareceu e, como sempre, as pessoas foram buscar outro modo de subsistência.

Por este fato curioso – a tecnologia estar evoluindo no sentido de democratizar alguns bens antes escassos – se deu o surgimento das pequenas gravadoras, as chamadas independentes<sup>39</sup> ou *indies*. Com uma estrutura muito menos complexa que a descrita acima, menos funcionários e menos artistas no *cast*, as *indies* se proliferaram significativamente. Muitas não conseguem se manter, devido à complexidade envolvida na produção do artista, mas as que obtêm sucesso “enxugam” seus departamentos de acordo com a necessidade específica da conjuntura na qual estão inseridas, ao mesmo tempo em que concentram esforços em setores específicos do mercado – percebeu-se que quando a gravadora independente foca em um estilo, como apenas samba, ou MPB, ou rock alternativo ou música regional, as chances de êxito são muito maiores, pois o consumidor passa a identificar aquele selo<sup>40</sup> com o estilo que lhe agrada, passando a nutrir certo relacionamento com aquela marca.

---

<sup>39</sup> “Gravadoras independentes são definidas informalmente como todas as gravadoras não ligadas às majors, as quatro gravadoras multinacionais de grande porte: EMI, Warner Music Group, Universal Music Group e Sony BMG Music Entertainment. Também no Brasil, segundo a definição oficial da ABMI (Associação Brasileira de Música Independente), são consideradas gravadoras (ou selos) independentes brasileiras todas aquelas que têm a maioria de seu capital nacional, independente de seu tamanho. Estima-se que existam, formal ou informalmente, de 300 a 500 gravadoras ou selos desta categoria no Brasil, com uma média pequena de títulos por gravadora. Elas são responsáveis pelo maior número de lançamentos de discos anuais, mas tem uma participação no faturamento do setor de menos de 5%. Todos estes dados são estimados, já que não existem dados confiáveis sobre a produção independente de música no Brasil”. Definição da Wikipédia. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Gravadoras\\_independentes](http://pt.wikipedia.org/wiki/Gravadoras_independentes)>. Acesso em: 23 de Abril de 2008.

<sup>40</sup> “As gravadoras são conhecidas como selos porque os álbuns que elas lançam possuem um selo indicando a empresa que os produziu”. KLEIN, Alisson. Op.

De qualquer maneira, muitas pessoas ainda estão dispostas a pagar para ter o suporte físico (CD) e o encarte que o acompanha; outras se dispõem a comprar música pela internet, e outras apenas baixam os conteúdos disponíveis, sem pagamento algum. É questão de mercado, de análise das novas tecnologias, não de proteção ao artista. Este continuará sobrevivendo, como sempre, com o produto de suas apresentações ao vivo, de contratos para participar de outros álbuns, da exploração de sua imagem na mídia e dos *royalties* que lhe sobrevierem da arrecadação da execução pública de suas obras.

### **3.2 As empresas de radiodifusão (as rádios)**

O papel das empresas de radiodifusão na divulgação do artista ainda é significativo. Gravadora e rádio precisam se comunicar bem e ter bom relacionamento para que ambas progridam em seus negócios. Porém, ao invés de ser um espaço livre para exploração do artista, as rádios de maior audiência tocam em suas programações as músicas dos artistas que compõem as grandes gravadoras, num processo de massificação e afirmação junto ao grande público<sup>41</sup>.

Sem se ater ao mérito desta prática, fato é que também há modificação deste setor, bem menor, porém, do que ocorre com as gravadoras. A nova tendência é o conhecimento do artista através dos sites de compartilhamento, como MySpace.com e PureVolume.com, ou rádios virtuais, como a brasileira NoCabo.com e a alemã EBM Radio. Não está longe de ocorrer a consagração de artistas que nunca tocaram em rádios convencionais ou sequer passaram por um selo muito conhecido, no entanto, os mais conservadores prevêem que, na era digital, dada a quantidade de artistas disponibilizando seu trabalho, não haja, como ainda ocorre hoje em dia, “grandes nomes da música”, já que a democratização pode acarretar numa infindável oferta sem acompanhamento proporcional da demanda.

A constatação que se chega é que, caso se perpetue o novo modelo de propagação de música via internet, o espaço de conhecimento artístico-cultural se ampliará como nunca na

---

<sup>41</sup> “Quando as gravadoras estão prestes a lançar um álbum, seus departamentos de vendas e/ou promoção tentam conseguir horários para ele na programação. Na história da indústria da música, as gravadoras tentaram de diversas formas colocar seus artistas nas rádios. Elas fizeram de tudo, desde levar o artista de helicóptero até a rádio para uma entrevista até a oferta de dinheiro ilegal (suborno oferecido em troca de promoção) para que as músicas fossem tocadas”. KLEIN, Allison. Como funcionam as gravadoras: A organização de uma gravadora. Traduzido por HowStuffWorks Brasil. Maio de 2003. Atualizado em 16 de abril de 2007. Disponível em: <<http://lazer.hsw.uol.com.br/gravadoras4.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

história, para além dos sistemas das rádios nacionais, seja no compartilhar *peer to peer*, seja através de *web-rádios* ou *podcasts*.

### 3.3 O ECAD<sup>42</sup>

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – é uma instituição privada, sem fins lucrativos, instituída pela lei 5.988/73 e mantida lei 9.610/98, que fiscaliza, arrecada e distribui, de maneira centralizada, todos os direitos autorais decorrentes da **execução pública musical**, inseridos neste conceito as transmissões das rádios e por qualquer outra modalidade, bem como a exibição de obras audiovisuais.

O ECAD é administrado pelas 10 (dez) associações de música<sup>43</sup> e representa todos os titulares filiados a qualquer uma delas – autores, intérpretes, produtores fonográficos, músicos e editores nacionais e estrangeiros - e que tenham obras protegidas. Quando o titular se filia alguma associação, esta se torna mandatária dele, para praticar os atos pertinentes à defesa de seus direitos. O ECAD é, por força de lei, o órgão central que faz esta fiscalização, ao invés de cada associação se encarregar disto para seus associados.

Através de unidades nas principais capitais do país e de representantes terceirizados, o escritório realiza visitas aos usuários, cadastros e informa sobre os critérios de arrecadação e distribuição dos direitos, que se dá com base no Regulamento de Arrecadação e na sua Tabela de Preços, instrumentos definidos pelas associações que integram o órgão. Os valores são calculados a partir da receita bruta do usuário, levando em consideração sua atividade, o tipo de utilização (ao vivo ou mecânica) e a região sócio-econômica, sendo que este último só é utilizado quando o cálculo se faz com base na área sonorizada (quando não existe receita, ou seja, quando não há intuito de lucro por parte do usuário).

Há três tipos de distribuição: **direta**, proveniente de planilha de gravação e/ou roteiro musical de shows, espetáculos circenses, micaretas, festas populares, cinema e demais obras audiovisuais; **indireta**, feita por amostragem, para arrecadação das programações das rádios, TV de sinal aberto (exceto obra audiovisual) ou fechado e direitos gerais (sonorização

---

<sup>42</sup> Dados institucionais retirados do folder distribuído pela própria instituição, denominado “Perguntas e Respostas – Arrecadação: Tudo o que você precisa saber sobre direito autoral, por que, como e quando pagar”.

<sup>43</sup> São elas: ABRAMUS, AMAR, SOCINPRO, UBC, SBACEM, SICAM, ABRAC, ANACIM, ASSIM e SADEMBRA.

ambiental e música ao vivo em bares, boates etc.); e **indireta especial**, também realizada por amostragem, especificamente para carnaval, festas juninas e distribuição a músicos acompanhantes.

Diante desta exposição, onde se enquadra o compartilhamento de arquivos na internet? Para o ECAD, é uma das modalidades de execução pública o que, com a devida vênia, não é verdade. Em sua cartilha, o escritório diz que está ocorrendo uma transmissão ou emissão, simultânea ou não, por meio de *website*, comparando com a transmissão de uma programação de rádio. Em primeiro lugar, execução não é; ocorre reprodução, cópia. Em segundo lugar, na maioria das vezes não há *website* algum, pois a troca se dá ponto a ponto, de uma máquina a outra, sem qualquer intermediário.

De qualquer maneira, entende-se que o órgão não tem competência<sup>44</sup> para fiscalizar a nova maneira de escutar música, pois extrapola seus âmbitos legais. Não há oferta pública alguma, não há venda, não há receita, não há espaço físico público onde estes fenômenos ocorrem, e não há tampouco transmissão – a música não é transmitida de maneira alguma, mas apenas copiada de um computador remoto para um computador ponto. Há casos em que, de fato, os internautas fazem o download a partir de um *site*, o que se aproxima mais da competência legal da entidade, mas não é o que ocorre na maior parte das vezes.

O usuário não toma conhecimento destas nuances jurídicas. Pouco importa se é através de um programa de compartilhamento ou através de um site que terá acesso ao arquivo, contanto que o consiga. Obviamente, o órgão não compartilha desta posição, e vem empreendendo esforços, juntamente com as gravadoras, para fiscalizar, arrecadar e distribuir os direitos advindos da troca digital, que julga ter competência legal<sup>45</sup>.

### 3.4 O Artista

Uma coisa precisa ficar bem clara: música sempre existiu, indústria da música não. Artistas, compositores, intérpretes e instrumentistas sempre fizeram parte da história da

---

<sup>44</sup> “Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>45</sup> Mais uma vez, saliente-se que, ainda que pela técnica jurídica se chegue à conclusão de que o órgão é legalmente competente para a arrecadação de *royalties* na troca de arquivos, o que se questiona é o fato de tal fiscalização ser eficaz e, em sendo, se é realmente benéfica para o artista e principalmente para a sociedade.

humanidade, diversamente das gravadoras. Diante desta constatação óbvia, passemos a tentar definir alguns perfis do músico atual.

O primeiro é o músico independente. O termo, sem definição jurídica, denomina o artista que não tem contrato com alguma grande gravadora ou produtora. Muitas vezes, não tem recursos suficientes para pré-produção, produção, divulgação, prensagem e distribuição de seu trabalho, o que o faz contratar com algum produtor fonográfico também independente ou com apenas uma distribuidora. Mas, como a configuração do mundo musical não pára de se modificar, ainda mais nesta nova era cibernética, não é difícil encontrar artistas de excelente qualidade, tanto no que diz respeito a talento como no que diz respeito à gravação e produção de sua imagem. O maior site, na atualidade, divulgador de artistas independentes – dos qual grande parte é de artistas brasileiros – é o MySpace.com. O jornal Folha, em matéria sobre o site de relacionamentos, publicou que há cerca de 55 (cinquenta e cinco) mil perfis musicais de brasileiros. Muitos artistas, de todo o mundo, têm ganhado força divulgando seu trabalho no site, que não cobra qualquer valor monetário para criação de perfil<sup>46</sup>. Não é inútil mencionar que artistas de renome como Luciana Mello, Seu Jorge, Claudio Zoli, Ed Motta, dentre outros, também dispõem sua música através do sítio mencionado, demonstrando com clareza o caráter democrático do ciberespaço.

O segundo “tipo” básico de músico é o renomado, contratado por grande gravadora e com grande projeção na mídia televisiva e na rádio. Este tem perfil mais conservador. Se for recém-contratado de uma *major* ou um dos poucos personagens que se remunera fundamentalmente de *royalties*, defende “com unhas e dentes” todo o aparato legal e administrativo que já existe, com o argumento de que, no final, quem sofre com tudo isto é a arte<sup>47</sup>. Boa parte dos doutrinadores, dentre eles o advogado e professor Nehemias Gueiros, corroboram a afirmação acima<sup>48</sup>:

---

<sup>46</sup> MAIA, Felipe. MySpace Brasil cutuca Orkut e diz que será “amigo” da Justiça. **Informática**. Folha On Line. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u354992.shtml>>. Acesso em: 1 de maio de 2008.

<sup>47</sup> “O maior reconhecimento para um compositor, além dos aplausos dos seus fãs, é o pagamento dos direitos autorais. No meu caso, eu utilizo os direitos autorais para investir em novos talentos na gravadora que abri, para custear a minha carreira, contratar uma banda, ter uma cadeia de empregos formais e informais que eu cuido diretamente com o pagamento dos meus direitos autorais. O compositor é um patrimônio cultural brasileiro, ele é a espinha dorsal da música brasileira. E, por isso, os direitos autorais são de extrema importância, porque sem a proteção ao compositor, a música brasileira pode acabar”. Leandro Lehart, compositor e músico, em entrevista dada ao ECAD, In: Vozes em defesa do direito autoral. **Letras&Notas**: Notícias do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Rio de Janeiro. Janeiro/Fevereiro/2008/Ano 2/nº 5. Comemorando 30 anos, p.4. Ressalte-se que não há discordância com este posicionamento genérico do compositor, já que não se defende o fim do direito autoral ou mesmo de pagamento de *royalties*, mas apenas que o compartilhamento, em si, é muita das vezes, benéfico ao artista e, sem sombra de dúvidas, mais propagador de cultura. O músico recebe a maior parte dos recursos financeiros no que tange aos direitos autorais, pela cobrança de execução pública em rádios, prática da qual não se discordou em momento algum no presente estudo.

<sup>48</sup> GUEIROS, Nehemias Jr. Op. cit. p. 537-538.

O que se pode fazer é iniciar um trabalho, ao nível dos provedores de acesso, a partir de agora, ao menos em forma preliminar, enquanto não se tem uma legislação específica e eficaz para controlar o uso de obras protegidas na Grande Rede, de modo a exigir deles que sejam mais seletivos com relação a todos os tipos de negócios que viabilizam para terceiros a partir da *Internet*, visando à proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual. Algo como pagar uma percentagem a esses provedores por cada *site* oficial que seja ativado, remunerando igualmente os correspondentes *royalties*, a todos os autores, artistas, intérpretes e produtores fonográficos envolvidos, assim como cobrando multas e até fechando aqueles provedores que autorizam negócios ilícitos *on-line*. Essa operação deverá estar em sintonia com os fabricantes de equipamentos eletrônicos de reprodução, bem como com as fábricas de CDs de todos os tipos, permitindo a instalação de sistemas de códigos de leitura e restrição a cópias ilegais. **Dessa forma, em pouco tempo os sites clandestinos estariam alijados do comércio regular, restando apenas alguns poucos celerados querendo obter lucro fácil.**

É o mesmo autor que descreve o caminho pelo qual um artista desconhecido vem a fazer parte de uma grande gravadora, *in verbis*<sup>49</sup>:

Muitas vezes a primeira pessoa que acredita e toca para frente o trabalho do artista é simplesmente um amigo – ou amiga – dotado de alguma visão empresarial e faro para o sucesso, além, é claro, da disposição de ganhar algum dinheiro. Essa atividade recebe a denominação de *tape shopping* no mercado norte-americano, isto é, oferecer comercialmente o trabalho musical aos produtores fonográficos estabelecidos no mercado, geralmente em troca de uma remuneração incidental sobre o resultado econômico que vier a ser obtido com a exploração econômica das interpretações do artista no mercado musical.

E, mais adiante, segue explicando<sup>50</sup>:

O diretor de A&R (do inglês *Artists and Repertoire*) é praticamente “Deus” dentro da gravadora. É claro que o presidente ou diretor-geral da empresa também é poderoso e sua palavra é final, mas muitas vezes a contratação de um artista para agradar ao chefe da empresa ou em função de amizades ou até mesmo de casos amorosos de executivos da gravadora pode esbarrar na falta de empenho da equipe de *marketing* e vendas. A sala do diretor artístico é facilmente identificável na empresa, pois possui, em geral, um “oceano” de fitas de toda espécie empilhadas à sua frente: cassetes, DATs, *masters* de 24 canais, de ½ polegada *stereo*, CDs, *samples*. Naturalmente, como em todo mundo, no Brasil, os coeficientes de QI e QA são fundamentais para o artista estreante queimar etapas. O “Quem Indica” e o “Quem Apresenta” identificam a pessoa que encaminha o trabalho musical até o diretor artístico, o presidente ou outro executivo importante da empresa, o que já representa grande parte do caminho andado e *bypassa* a grande maioria das fitas que estão ali pelos meios convencionais e que, muito provavelmente, jamais serão ouvidas e poderão até ser jogadas fora.

Da simples leitura se constata que a realidade retratada pelo autor é de, ao menos, dez anos atrás. Pode-se argumentar que práticas como estas tenham desaparecido ou diminuído muito, porém ainda que seja verdade, um fator é indiscutível: a manutenção da cópia privada sob o pano da ilegalidade fará com que este fenômeno, prejudicial ao artista – que, segundo o discurso tradicional, é o ente que se pretende defender com a política legal traduzida na LDA – se alongue por mais anos que o necessário, mesmo que se constate a fragilidade atual deste modelo.

<sup>49</sup> GUEIROS, Nehemias. Op. Cit. p. 101.

<sup>50</sup> GUEIROS, Nehemias. Op. Cit. pp. 105-106.

Como destacado no texto citado, a prática mercadológica ainda é, no mínimo, dificultosa para o artista. Não há espaço para todos, nem nas rádios, nem nas gravadoras. Aqueles que conseguem tal façanha – os músicos renomados - se submetem aos ditames contratuais, muitas vezes leoninos, que lhes são propostos. Um deles, certamente, é que a gravadora será a dona de todas as interpretações, presentes e futuras, gravadas por seus aparatos e custeadas por ela. **Em outras palavras, além do artista, qualquer pessoa, para utilizar publicamente aquela fixação fonográfica, seja ao vivo ou mecanicamente, ou para fazer um *download* através da internet, ou deve contatar o ECAD, pagando os *royalties* devidos, ou obter a autorização, no mínimo, do artista e da gravadora.** Obviamente que praticamente nenhuma empresa dará tal autorização, já que seus lucros advêm justamente da venda física de suportes físicos ou de *download* pago. Não se condena tal prática, mas não se pode dizer que este sistema seja fundamental à sobrevivência do artista, muito menos da cultura musical. Ao contrário, muitos, que não conseguem negociar cláusulas satisfatórias, resolvem rescindir ou não renovar os contratos com grandes corporações<sup>51</sup>, ainda que tenham sido feitos conhecidos pela divulgação intermitente promovida pelos departamentos de *marketing*. Daí alguns artistas ainda dizerem ser a gravadora um “mal necessário”.

Diante dessas duas posições básicas do artista, entende-se que, juntamente com o público consumidor de cultura, o artista, o músico é o fator principal na solidificação da nova tendência. Como ele e, *a priori*, somente ele, tem a prerrogativa de liberar ou não seu trabalho, da forma que melhor lhe apetece, se optar por utilizar a tecnologia como propulsora de seu trabalho e não como inimiga – ou seja, tentando buscar formas artificiais demais para se remunerar através do direito autoral, como a reserva de um bem não escasso – pode ter a feliz surpresa de que, no mínimo, não será prejudicado.

Diante da gama de problemas ou, no mínimo, limitações à cultura, gerados pela atual configuração legislativa adotada à disciplina dos direitos de autor e conexos, faz-se necessário descobrir se tal inércia para a mudança se dá porque o direito autoral deve assim ser disciplinado por questões naturais, ou seja, se é próprio dele o resguardo tão restrito à cópia privada, ou se, ao contrário, se trata apenas de uma escolha de política pública autoral.

---

<sup>51</sup> Falamansa, Art Popular e Wilson Sideral são exemplos de artistas que já tiveram contratos com grandes gravadoras e que, hoje em dia, trilham o caminho do trabalho independente.

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

Apesar de tão maciçamente explorada nos trabalhos acadêmicos dos cursos jurídicos, nas mais diferentes áreas de abrangência, a natureza jurídica de um instituto, ou até de um objeto físico<sup>52</sup> é de suma importância, pois situa o ente em questão em uma categoria de conceitos e regras jurídicas, excluindo-o da incidência de outras, igualmente jurídicas. A dificuldade não está em saber que regras são ou não legais mas quais, dentre as muitas regras e orientações, devem ser seguidas. Após a categorização pretendida é que será possível resolver casos concretos, cotidianos, os quais são a ambição de toda a sistemática autoral musical no Brasil e no mundo hoje: saber o que se pode ou não se pode fazer.

Vários elementos de direito público e de direito privado são envolvidos na natureza jurídica do direito de autor. No início do século XX, a principal discussão se deu entre duas correntes, a dualista e a monista.

Para o dualismo, o direito autoral se biparte em duas categorias: uma de cunho patrimonial, abarcando aspectos de direitos reais, notadamente de caráter privado; outra de cunho moral, que exprime a relação intrínseca do autor com sua obra. Tal relação, apesar de positivada pelo direito privado, está embasada no direito constitucional, de caráter eminentemente público<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Conta-se que, certa feita, em uma prova oral para a magistratura federal, inquiriu-se ao candidato sobre a natureza jurídica do peixe. A resposta deveria levar em consideração o local onde o animal se encontra: se no mar, *res nullius*, se na mesa de um restaurante, propriedade móvel privada etc.

<sup>53</sup> SILVA JÚNIOR, Osvaldo. Direitos autorais: uma visão geral sobre a matéria. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, nº 201. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1621>> Acesso em: 18 fev. 2008.

Para o monismo<sup>54</sup>, a matéria tem uma única caracterização: ou é direito moral, do qual decorrem aspectos reais, ou é patrimonial, do qual decorrem direitos pessoais. Apesar de, aparentemente, ter as mesmas conseqüências do dualismo – abarcar tanto aspectos pessoais quanto patrimoniais, de uma maneira ou de outra - cria um dificuldade, em dizer que o direito de autor é patrimonial e moral ao mesmo tempo, não sendo possível dissociar um do outro. Não é esta a sistemática adotada pelo ordenamento atual.

A lei 9.610/98 trata de ambos os aspectos: moral e patrimonial. Porém, diversamente do monismo, separa, em compartimentos estanques, cada um deles. Não que o direito autoral, em si, possa subsistir com a ausência de qualquer deles, mas que, os direitos de um autor específico podem ser cindidos, claramente e na prática, nestes dois ramos. Exemplifica-se.

O art. 41 da lei especial limita os direitos patrimoniais em 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à sua morte, período após o qual sua obra cairá em domínio público. Atingido este limite, seus herdeiros não farão mais jus a receber qualquer valor em pecúnia da utilização *latu sensu* da obra intelectual. Porém, no que tange aos direitos morais<sup>55</sup>, estes não podem, por força de lei, ser extintos. Mais especificamente, os direitos de paternidade e integridade da obra são extrapatrimoniais, intransferíveis, imprescritíveis, impenhoráveis,

<sup>54</sup> Imprescindível aqui o seguinte esclarecimento: mesmo quando se fala de uma das teorias mencionadas, a saber, o monismo, não há convergência total entre os autores. Eliane Y. Abrão (op.cit. p. 34) diz que a teoria monista enquadra o direito autoral de modo que seja único: ou um direito de propriedade, ainda que intelectual, ou um direito de personalidade, do qual decorreriam todas as demais características patrimoniais.

Já para Osvaldo Silva Júnior (loc. cit.), remetendo a Gandelman, o monismo “funde os dois conceitos em um só, como indivisíveis, pois são considerados um único direito, até mesmo para a caracterização do direito subjetivo. Considera – a teoria monista - a denominação Direitos Autorais como a mais abrangente, pois compreende não somente o autor como titular do direito, mas também os derivados, como os titulares dos direitos conexos”.

<sup>55</sup> Art. 24. São direitos morais do autor:

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

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

vitalícios (com alguns, inclusive, passando aos herdeiros do autor), necessários, *erga omnes* etc.<sup>56</sup>.

Portanto, ainda que, guardadas as ressalvas às discordâncias doutrinárias, os direitos de autor, no Brasil, se adéquam mais à teoria dualista, ou seja, de um **único** sistema, caracterizado hodiernamente como *sui generis*<sup>57</sup>, de onde derivam dois feixes distintos de direitos: moral e patrimonial. Numa só disciplina, temos dois aspectos indissociáveis, enquadrada no ramo civil<sup>58</sup>, formando assim, direito novo<sup>59</sup>.

O posicionamento dualista adotado atualmente pelos direitos autorais, não é unânime, e mais: nem sempre foi o adotado. Como já esclarecido, à época da dinastia Tudor, não se falava em ter o autor direito ao seu escrito; os livreiros, estes sim, decidiam o que circulava, quando circulava, e a que preço. Na Roma antiga, era possível negociar a autoria de uma obra, em outras palavras, o direito de comprar o silêncio do autor era aceito sem maiores esforços doutrinários ou estranheza por parte da população. Como, então, saber se, hoje, há um direito imanente ao direito de autor, mais especificamente à obra musical? Será que a sistemática adotada nasce, necessariamente, com a composição de uma canção? É possível, a partir da observação, pura e simples, do “nascimento” de uma música, que seja enquadrada por uma gama de proteções universalmente aceitas?

Estas perguntas, simples e aparentemente sem importância, são imprescindíveis para o questionamento do presente estudo. É a partir daí que será possível obter um caminho à questão da cópia privada no âmbito cibernético.

É a partir daí que se passa a avaliar se há ou não um direito que seja natural aos direitos autorais. Aliás, qual seria o “direito” que se enquadraria exatamente em algum instituto jurídico? Talvez nenhum. Nenhum objeto tem, em si, a marca de qualquer proteção intrínseca, a não ser alguns tidos como mais importantes, como direito à vida, à liberdade, à privacidade etc; e, ainda sim, não é unânime, a título de exemplo, o tratamento à vida entre os países ditos civilizados. Nos Estados Unidos, em alguns Estados da federação<sup>60</sup>, é acolhida a pena de morte, justamente pelo fato de se ter retirado, de alguma maneira reprovável o suficiente, a vida de

<sup>56</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

<sup>57</sup> Do latim, sem gênero, sem igual, sem precedentes.

<sup>58</sup> “Hoje é assente que direitos de autor formam um sistema de direitos *sui generis*, e, no Brasil, inserem-se na categoria jurídica dos direitos civis”. ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit. p. 35.

<sup>59</sup> Neste sentido, Carlos A. Bittar: “(...) os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os denominados direitos patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados”. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

alguém – sem se ater a aspectos mais específicos deste tema. No Brasil, ainda que uma pessoa tenha executado uma chacina, não há no ordenamento, tanto constitucional quanto legal, qualquer menção à execução do réu para “pagar”, com a sua existência, o fato de ter, ainda que da maneira mais cruel e inimaginável, suprimido a vida de alguém.

Pode ser levantado como objeção, no exemplo do direito à vida, que mesmo que haja certa diferença no tratamento, ambos os exemplos corroboram a defesa da mesma. É verdade. Porém, em uma, considera-se que a supressão, por um indivíduo, sob certas circunstâncias, da vida de outrem, leva ao direito Estatal de suprimir a sua; enquanto em outra, tendo em vista o legado da Revolução Francesa em que o maior bem que o indivíduo pudesse ter seria sua liberdade<sup>61</sup>, a pena pode ser, em último caso, de 200 anos de prisão ou mais, mas nunca a execução do réu<sup>62</sup>.

Carlos Santiago Nino<sup>63</sup>, escritor e filósofo argentino, em um texto que aborda um julgamento fictício de funcionários nazistas<sup>64</sup>, trará luz a esta análise sobre a natureza jurídica dos direitos de autor. Aparentemente, e apesar do texto tratar de um caso extremo, pode-se utilizar dos argumentos do filósofo para corroborar a tese de que não há tratamento inerente ou ideal ao direito de autor.

No artigo publicado, três juízes, Simprônio, Caio e Tício, dão seus pareceres sobre os réus, funcionários sob a dominação de Hitler e, logo após, votam pela condenação ou absolvição dos acusados. Estudaremos os pareceres sob três prismas: 1) os critérios de identificação do Direito; 2) o conteúdo do Direito; e 3) a obrigação moral de obedecer.

O primeiro dos julgadores entende que os critérios (1) para se conhecer o Direito são, em última análise, os princípios universais e morais de justiça, derivados da verdadeira natureza humana. Só é Direito (2) o que não fere a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade, enfim, os princípios que derivam *naturalmente* desta humanidade natural. Assim sendo, para Simprônio, todos devem obedecer ao direito (3) porque este é tudo aquilo que deriva da moral, que por sua vez é derivada da “verdadeira natureza humana”. Se o direito estatal, positivo, não está de acordo com esta moral universal, não se deve obedecê-lo, já que não é, em verdade, Direito. Tendo em vista que os funcionários obedeciam ao comando do Ditador, e que tal

---

<sup>60</sup> Nos EUA a legislação criminal é elaborada e promulgada por cada Estado-membro. No Brasil, diversamente, o Congresso Nacional é o ente que define as leis e as normas penais para todo o país.

<sup>61</sup> Não que no primeiro caso – o dos EUA – não seja levado em conta o encarceramento do criminoso, mas que muitas vezes tal recurso não é utilizado, preferindo-se a pena de morte.

<sup>62</sup> No Brasil, o máximo de pena que o réu cumpre por uma condenação é de 30 anos. Só ficará mais tempo caso sobrevenha, ainda em cárcere, condenação posterior.

<sup>63</sup> NINO, Carlos Santiago. **O julgamento dos funcionários nazistas**. Ed: ?, 19??.

<sup>64</sup> Apesar de ter ocorrido na História o julgamento de *nazistas*, não foi nos termos exatos do texto de Nino.

comando era reprovável à moral já explicada, não deveriam obedecer, pois não era Direito em si. Com estes argumentos, votou pela condenação dos acusados.

Caio, opostamente a Simprônio, teve como premissa ser o direito identificável (1) não por uma análise subjetiva moral, mas por uma análise fática, empírica. É direito tudo o que o soberano diz que é. Sendo ele o que detém o aparato coercitivo nas mãos, determina (2) o que é Direito, qual o seu conteúdo. Portanto, a obrigação (3), de se obedecer ou não, não parte de valoração por parte do indivíduo se é ou não moralmente e universalmente aceito aquele comando, mas *por quem* aquele comando foi dado: se pelo soberano, é Direito, e deve ser obedecido. Apesar de parecer, a princípio, amoral, Caio tem valores muito bem estabelecidos: a segurança jurídica, a previsibilidade, a certeza, todos princípios morais – pois obedecer a qualquer conteúdo do direito porque o outro tem nas mãos o poder, é um valor moral. Obviamente, votou pela absolvição dos acusados.

Tício, o último dos três, tem os mesmos critérios de identificação e, conseqüentemente, adota o mesmo conteúdo do Direito que Caio: o Direito é identificável a partir da fonte do qual emana, e caso tenha vindo do soberano, todo seu conteúdo, ainda que o mais inimaginável absurdo – como executar judeus por serem de uma raça inferior – é válido, é conteúdo do Direito. Porém, quando analisa o terceiro aspecto, Tício tem atitude diversa de Caio: o Direito é observado pelos cidadãos e funcionários não pela obrigação moral (3) de fazê-lo, mas pelo fato do soberano deter o aparato coercitivo nas mãos. Não nega que, ainda que absurdo, o comportamento determinado pelo detentor da coerção seja Direito, o que não quer dizer que todos devem obedecer. Para aclarar seu ponto, exemplifica: se um ladrão me aponta a arma e diz para entregar-lhe o dinheiro, me sinto **obrigado** a fazê-lo, mas não tenho a **obrigação** de que o faça. Para Tício não se deve confundir a obediência fruto de um temor por aquele que tem o aparato coercitivo, da obediência, fruto da obrigação moral de obedecer. Portanto, reconhece que certeza, previsibilidade e segurança são valores importantes, mas que há outros valores que com aqueles podem entrar em conflito, como vida, dignidade, **liberdade de expressão**, fazendo com que estes últimos gerem a obrigação moral de obedecê-los, ainda que contrários ao direito estatal.

Portanto, trazendo ao tema de análise central, o direito de autor tem seu ordenamento definido pelo soberano – Estado brasileiro -, através de leis, tratados e convenções. Não se nega que seja direito, mas se nega o fato de que, apenas por este fator, deva ser mantido como está. A **única** razão para ser a lei de direito autoral como é, é de política estatal, é de comando do

soberano, e não um reconhecimento pelos legisladores da qualidade inerente às obras científicas, literárias e artísticas.

Diante disto, percebe-se que é possível e plausível haver modificações na lei, no comportamento dos consumidores e difusores de música – como já vem ocorrendo - e no tratamento pelos juízes das novas maneiras de participar do universo musical.

## 5. BASES CONSTITUCIONAIS <sup>65</sup>

As bases para se conhecer um assunto não são, necessariamente, os comandos legislativos que o regem; pelo contrário, qualquer fenômeno social já o é muito antes de ser legislado. Ocorre que, depois de editadas algumas normas que incidam sobre ele, a maneira mais rápida e mais fácil de classificá-lo e compreendê-lo é observando como o legislador tratou o tema.

No caso explorado, defende-se que a melhor forma de fazê-lo é enxergando-o como é, *in natura*, sem preconceitos institucionais. Por ser novo e incrivelmente dinâmico, observar com as lentes do legislador nos deixará cegos às incríveis possibilidades de democratização da cultura e compartilhamento de experiências. Contudo, não é razoável e até um suicídio jurídico proceder à avaliação do tema sem conhecer suas premissas maiores básicas – Constituição da República Federativa do Brasil e leis – incidentes sobre as premissas menores – os fatos, *in casu*, o compartilhamento musical<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Optou-se por não fazer um estudo detalhado dos tratados e convenções internacionais. Por já terem sido superficialmente conhecidas no capítulo sobre as bases históricas, eventuais necessidades de alusão a qualquer delas serão feitas ao longo do texto, na medida da pertinência do assunto estudado.

<sup>66</sup> Fala-se aqui do largamente conhecido fenômeno da subsunção do fato à norma: premissa maior – norma – incidindo sobre premissa menor – fato, o que gera como consequência a aplicação do direito de sua forma mais direta, mais básica. Tornou-se claro com o passar do tempo que esta fórmula tem limites; casos difíceis requerem mais do que observação de letra de lei. É necessário observar princípios. Como princípios podem ser opostos entre si, prevalecerá o que tiver mais pertinência ao caso concreto. Regras, diferentemente, não podem ser opostas: ou uma é revogada para que a outra continue válida ou uma tem um comando de exceção para que a outra exatamente em tal comando incida. BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.344-346.

Antes de qualquer consideração sobre os dispositivos pertinentes ao direito de autor na Constituição, transcrevemos seu breve conteúdo. Temos três dispositivos *básicos*, redigidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, além de outros, a saber<sup>67</sup>:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Além destes, que tratam especificamente de direito de autor, há um que, pelos contornos que vêm tomando a arte, principalmente a música, se faz imprescindível:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Os incisos de maior relevância para o tema escolhido são os de número IX, XIV e XXVII. A simples leitura de cada um deles demonstra que não são, à primeira vista, compatíveis entre si: como assegurar a todos o acesso à informação e, ao mesmo tempo, conferir aos autores direitos exclusivos sobre a obra? Como pode ser livre a expressão de atividade intelectual, artística e científica se, por exemplo, para cada música baixada<sup>68</sup>, é necessária a autorização de seu autor, produtor etc?

Não é possível responder às indagações acima com abstrações de exemplos. O mais fácil e útil para a sociedade é buscar o que já ocorre cotidianamente. Antes, porém, trataremos de cada inciso mais pormenorizadamente.

### **5.1 Liberdade de expressão e acesso à informação: incisos IX e XIV**

Sempre que se pretende tratar de liberdade, coloca-se como contraponto a responsabilidade. Os comandos constitucionais e, sobretudo, os princípios, servem como norte,

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>68</sup> A expressão é um aportuguesamento do termo *download*, do inglês, que consiste em armazenar, de modo permanente, arquivo digital disponível na rede mundial de computadores.

como alvos a serem perseguidos pelos cidadãos e pelo poder público – seja Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Na maioria dos artigos e livros publicados em que se fale de liberdade de expressão ou trate do inciso IX da Constituição Federal, à primeira vista, parece enaltecer acima de qualquer coisa a manifestação livre do pensamento; mas, quando esta prerrogativa esbarra em alguma outra liberdade, temos um conflito instalado. Casos corriqueiros que demonstram esta afirmação são os envios de e-mails indesejados, denominados *spams*: o spammer, após coletados vários endereços eletrônicos de usuários da rede mundial de computadores, passa a enviar mensagens, geralmente, de cunho publicitário e de propaganda. O site Consultor Jurídico<sup>69</sup> relata um litígio entre a Associação Brasileira dos Usuários de Acesso Rápido – ABUSAR – e o comerciante Jean Christian Teixeira de Andrade. Para se ter idéia da seriedade do assunto, o pedido de indenização por danos morais atingiu a marca de R\$ 3,9 milhões – R\$ 2.600 por associado – e, por danos patrimoniais, o montante de R\$ 675 mil.

Analisar um tema tão amplo exigiria muitas páginas de digressão histórica, ao menos no Brasil, e de discussão filosófica sobre o que seria “liberdade de expressão”, qual sua extensão, até que ponto a liberdade de um feriria a de outro etc. Porém, atendo-se especificamente ao tema em análise, é possível traçar alguns parâmetros.

Para compreender o porquê de tais incisos serem parte do corpo de nossa Carta Maior, é preciso conhecer seu contexto internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em um único artigo, o de número XXVII, parece delinear a colisão que pretendemos demonstrar<sup>70</sup>:

Artigo XXVII – I. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Nada poderia ser tão sucinto e tão realisticamente difícil de cumprir quanto os incisos deste artigo: assegurar que todos tenham acesso à informação e ao mesmo tempo resguardar que os propagadores de informação tenham seus direitos protegidos.

Segundo Helenara Braga Avancini<sup>71</sup>, direito à informação é gênero do qual é espécie o direito à liberdade de expressão e outras liberdades. Pouco importa, contudo, a classificação das

<sup>69</sup> Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/27397,1>>. Acesso em: 10 de março de 2008.

<sup>70</sup> SUÍÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Office of the High Commissioner for Human Rights, Palais des Nations, Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2008

<sup>71</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação, p. 5. **BDJUR**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos\\_Humanos\\_Fundamentais.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 27 de março de 2008.

liberdades para este trabalho, mas sim a amplitude deles. A autora, após discorrer brilhantemente sobre os aspectos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de outros documentos internacionais, faz uma breve conclusão que merece ser transcrita<sup>72</sup>:

Estes artigos da Constituição brasileira e a Declaração Internacional dos Direitos do Homem reforçam o caráter da necessidade de coalizão e agregação entre os povos, o que implica o reconhecimento de que as decisões tomadas acerca dos direitos humanos fundamentais, e no caso específico dos direitos à informação e os direitos autorais, transcendem o território nacional. Na verdade, constituem direitos que de origem já nasceram mundializados, quer dizer, a proteção destes é interesse da humanidade, e o advento da Sociedade da Informação deixa bem claro a necessidade de se aprofundar a defesa destes direitos no âmbito global, **uma vez que o objetivo desta nova sociedade é aproveitar ao máximo o desenvolvimento tecnológico, dar acesso à cultura e educação às pessoas.**

Por isso, quando se fala em direitos autorais e direito à informação, é impossível não se falar em educação e cultura, pois eles constituem direitos humanos fundamentais que estão interligados, embora mantenham a sua interdependência. Tanto que na esfera nacional eles estão previstos nos artigos 205, 206, 214, 215, 216 e 220, sem mencionar o reforço que recebem do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna.”

(...)

Este brilhante comentário do juiz espanhol resume os aspectos que fazem do direito dos autores e do direito à informação direitos humanos interdependentes, que se complementam para alcançar o benefício dos outros dois direitos que são perseguidos na sociedade global: o direito de acesso à cultura e à educação, observando que **em prol destes direitos é que se impõe os limites aos direitos autorais.** (grifo nosso).

Que limites são válidos, exequíveis ou até mesmo legítimos na era da Sociedade da Informação? Um fator está claro: caso se queira manter o *status quo* de proteção ao direito de autor, como capitaneado pelos Estados Unidos e seguido “de longe” pelo Brasil, muitas das criações intelectuais, mais especificamente a música, oriundas de comunidades sem poder aquisitivo suficientes para acesso às mídias conhecidas como CD seriam, no mínimo, prejudicadas. Mesmo assim, nos locais onde há tal poder aquisitivo, haveria diminuição brutal de troca de experiências. Não há mais um ou uns proprietários, mas muitos, incalculáveis, potencialmente multiplicáveis e, na verdade, empiricamente multiplicados – basta observar a quantidade de conteúdo disponível na internet, a maior parte deles, dada a legislação nacional, marcados com o signo da ilegalidade.

À primeira vista, a LDA está servindo aos propósitos da CRFB: todos os artistas músicos podem dispor **livremente** de suas obras, divulgá-las como bem entenderem, conservá-las inéditas, cobrarem ou não por sua execução e fiscalizarem seu uso em todos os contornos que este possa ter. Contudo, a prática não corresponde a esta descrição: em geral, as execuções musicais são fiscalizadas por um órgão central, detentor de monopólio legal para tal tarefa; o

<sup>72</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Op. cit. pp 6, 7 e 8.

lucro obtido fica, na maior parte, na mão de gravadoras e editoras e; quem autoriza ou deixa de autorizar a execução para qualquer fim, também são estas últimas. E por que isto ocorre?

Há fatores legais que determinam este fenômeno, a saber, cessão e licença de direitos: o titular de direito de autor cede – transferência de propriedade – ou licencia – autorização de uso – sua obra, a título gratuito ou oneroso, no último caso, e presumivelmente oneroso no primeiro. O contrato de edição, de contornos *sui generis* no Brasil, se caracteriza pela exclusividade conferida ao editor de reproduzir e divulgar a obra; mas, para além destes aspectos jurídicos, que serão vistos mais adiante, a origem de tais contratos tem explicação sócio-econômica.

Não faz muito tempo, o músico que desejasse ter seu trabalho reconhecido deveria trilhar um caminho bem formatado: ir para a capital correspondente a seu Estado – as mais conhecidas como tradicionais à música são Rio e São Paulo –, entregar seu “CD Demo” ou, em tempos mais passados, sua fita cassete, às mãos de um produtor, editor ou gravadora e torcer para que fosse chamado para realizar a tão sonhada assinatura de contrato.

Este modelo tradicional dispensa qualquer citação a autores que conheçam mais profundamente a história da música no Brasil ou no mundo. Já é tão patente no cotidiano e tão incrustado no imaginário popular, que contestá-lo parece ser, no mínimo, alienação à realidade. Afinal, por que se questionaria algo que vem correspondendo às expectativas? Justamente, pelo questionamento e pelo texto constitucional que ora estudamos, é imprescindível que critiquemos a realidade. Devemos procurar às expectativas de quem tal modelo atende: se majoritariamente às indústrias, ou ao consumidor final.

Paralelamente à maneira usual de se conhecer música, pelas bordas das distribuidoras e lojas de dispositivos físicos armazenadores de fonogramas, surgiu o compartilhamento livre de arquivos. O primeiro programa para trocar informações do tipo foi o Napster, criado no ano de 1999, desenvolvido por um estudante norte-americano, Shawn Fanning. A idéia revolucionária do jovem fez surgir a forma de compartilhamento P2P, sigla para denominar *peer to peer*, ou seja, ponto a ponto: ao invés de haver um servidor que armazenasse todos os arquivos que os usuários desejassem, a única tarefa do software era disponibilizar um catálogo com todos os arquivos em mp3<sup>73</sup> <sup>74</sup> disponíveis. Encontrado o arquivo desejado o computador iniciava o

<sup>73</sup> A sigla quer dizer MPEG Audio-Layer 3.

<sup>74</sup> O sítio Infowester explica resumidamente a história e o funcionamento do MP3:

“MP3 é um formato eletrônico que permite ouvir músicas em computadores, com ótima qualidade. Assim como o LP, o K7 e o CD, o MP3 vem se fortalecendo como um popular meio de distribuição de canções. Mas porquê? A questão chave para entender todo o sucesso do MP3 se baseia no fato de que, antes dele ser desenvolvido, uma música no computador era armazenada no formato WAV, que é o formato padrão para arquivo de som em PCs, chegando a ocupar dezenas de megabytes em disco. Na média, um minuto de música corresponde a 10 MB para

download do mesmo a partir do computador de outro usuário; resumidamente, cada computador era servidor e cliente, ao mesmo tempo. Obviamente, a indústria fonográfica e até mesmo artistas se portaram totalmente contrários ao novo modelo de ouvir música. Ao invés de se adaptarem e, inclusive, procurar novas maneiras de lucrar com o serviço, optaram por uma guerra judicial, que terminou pela proibição e desativação do programa, além de inúmeras multas por infração ao *copyright*. Hoje, menos de dez anos depois do surgimento do Napster, há, pelo menos, uma dúzia de programas similares – na verdade, melhores que seu precursor, disponíveis para download gratuito.

Sem fugir ao propósito do item em tese, podemos indagar se, com esta nova maneira de conhecer música, seria possível atender aos interesses de acesso à cultura, sem distinção de raça, cor, condição social etc. É bem verdade que o número de pessoas com acesso à internet ainda é restrito, mas a iniciativa de organizações não governamentais – ONG's - e mesmo do Ministério da Cultura têm levado às comunidades mais desfavorecidas, como o Vidigal, no Rio de Janeiro, o acesso à rede mundial de computadores. Não se advoga aqui não haver falhas ou mesmo violação a direitos de autor, tomados na expressão da letra fria da lei, mas se propõe, e na verdade já se vive, uma forma inteiramente nova de se conhecer o artista: ao invés de ir até uma loja de música, acessar, de qualquer máquina conectada à internet, um programa ou site de compartilhamento e, a custo praticamente zero, conhecer aquele artista. Ainda que seja de difícil fiscalização, como o é a internet como um todo, sem dúvidas o comando constitucional de acesso à informação estaria sendo potencialmente cumprido.

---

uma gravação de som de 16 bits estéreo com 44.1 KHz, o que resulta numa grande complicação a distribuição de músicas por computadores, principalmente pela internet. Com o surgimento do MP3 essa história mudou, pois o formato permite armazenar músicas no computador sem ocupar muito espaço e sem tirar a qualidade sonora das canções. Geralmente, 1 minuto de música, corresponde a cerca de 1 MB em MP3.”

“Sendo assim, não demorou muito para o formato se popularizar e conseqüentemente, deixar as gravadoras preocupadas com seus lucros. O MP3 alcançou um sucesso tão grande que quando as gravadoras se deram conta, o formato já estava presente em milhões de computadores em todo o mundo.”

“Como surgiu e o funcionamento do MP3

“Em 1987, o IIS (Institut Integrierte Schaltungen), na Alemanha, juntamente com a Universidade de Erlangen, começou a trabalhar numa codificação perceptual de áudio para Digital Audio Broadcasting (Transmissão Digital de Áudio). Todo o trabalho resultou num algoritmo de compressão de áudio chamado MPEG Audio Layer-3, que tempos depois ficou conhecido como MP3.”

“Um dos objetivos da criação deste formato era conseguir reproduzir som com qualidade de CD com uma taxa de compressão razoável. Para gravar um CD, a taxa de gravação (bit rate) é de cerca de 1,4 Megabit por segundo. Em MPEG Audio Layer 1 e 2 (MP1 e MP2), as taxas são de 348 KB/s e 256-192 KB/s respectivamente. O MP3 conseguiu abaixar essa taxa para 128 e 112 KB/s. E mesmo com essa taxa mais baixa, a qualidade sonora foi mantida quase totalmente. Isto foi possível graças às técnicas de codificação perceptual, que não é uma simples compressão de dados, mas sim, um método que consiste em somente utilizar as frequências sonoras que são captadas pelo ouvido humano. Uma vez que um padrão de frequência tenha sido definido para a audição humana, as demais frequências (que não são captadas pelo homem) podem ser descartadas, já que não há razão para gastar espaço ao armazenar esses dados.” Disponível em: <<http://www.infowester.com/histomptres.php>>. Acesso em: 17 de março de 2008.

## 5.2 Garantias constitucionais ao Direito de Autor: incisos XXVII e XXVIII

A história do Direito de Autor vem se revelando pendular: no início, conferindo a comerciantes o monopólio do exercício dos direitos e, após, aos autores. Indubitavelmente, houve muitas conquistas por parte dos verdadeiros criadores da produção artística e intelectual no mundo e, posteriormente, no Brasil. Esta concepção restou afirmada na Constituição Federal, primariamente nos incisos tratados por ora, do art. 5º. Há segurança, hodiernamente, aos titulares de direitos, sejam autores, sejam titulares de direitos conexos ao de autor, sejam titulares por cessão ou transferência. Veja-se como o legislador constitucional resguarda o titular de direitos de autor e conexos ao de autor.

### 5.2.1 Inciso XXVII e função social da propriedade

*Aos autores pertence o direito **exclusivo** de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (grifo nosso)*<sup>75</sup>.

Da leitura pura e simples do texto percebe-se que a norma é plausível. Nada mais justo que ao criador caiba decidir sobre sua obra; ninguém mais, a não ser ele próprio, gastou tempo, energia e, algumas vezes, recursos financeiros para que nascesse sua criação. E, ao analisarmos alguns termos da redação, teremos algumas respostas.

O primeiro termo é “direito”. Direito pode ter várias concepções. Cabe à doutrina e aos aplicadores do mundo jurídico definir, de acordo com a conjuntura social e com o contexto literal, qual o melhor sentido para uma palavra. Por certo, direito não é dever; é faculdade, não obrigatoriedade. Ter direito é o fato de poder exercer escolhas, dentro de certos parâmetros definidos pela norma. O sinal mais distintivo de um direito é, inclusive, o fato de não se utilizar dele. Ou melhor, ter a possibilidade de escolher entre A e B guarda, intrinsecamente, a de não escolher qualquer das duas. Exemplificando, se alguém tem dois carros e, por ser o dono de ambos, pode utilizar qualquer deles, tem ainda, como terceira opção, não utilizá-los. A

---

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 7 jun de 2008.

propriedade material “carro” tem como garantia todas as faculdades da propriedade: uso, gozo, fruição e reivindicação, mas também disposição, tendo como exemplo o abandono, a destruição e a não fruição.

Assim como o carro, a obra intelectual, artística e científica também é uma propriedade. Atendo-nos somente ao aspecto patrimonial dos direitos de autor – já que os direitos morais são estranhos e até mesmo opostos às características da propriedade, como transmissibilidade, renunciabilidade e alienabilidade – um compositor, desde o momento em que faz nascer sua música, ou o intérprete quando dá a ela suas características pessoais, são, desde estes momentos, proprietários de direito de autor e conexo, respectivamente. Num paralelo com a idéia acima, o titular de direito autoral pode, mas não necessariamente tem que exercer todas as prerrogativas conferidas pela LDA: tem direito à remuneração por cada execução, mas pode abrir mão dela; cada execução e reprodução de quaisquer de suas obras deve ser prévia e necessariamente autorizada, mas há possibilidade de, por exemplo, autorizar tal uso de forma genérica, a qualquer um que deseje fruir de sua música, como acontece com as licenças públicas – um bom exemplo é o projeto Creative Commons<sup>76</sup>, criado por Lawrence Lessig e gerenciado e adaptado, no Brasil, pelo prof. Ronaldo Lemos e pela Fundação Getúlio Vargas -; tem direito a contratar com editoras ou gravadoras, visando à divulgação de seu trabalho, mas pode, se valendo das novas tendências mundiais e da tecnologia mais acessível, editar, produzir e mixar suas próprias obras, divulgá-las a custo reduzido, certamente menor que há 10 anos<sup>77</sup>.

A propriedade também tem tratamento constitucional; no art 5º, dois incisos nos interessam:

XXII – é garantido o direito de propriedade; e

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

Nos termos dos incisos XXVII e XXII, não resta dúvida de que a propriedade por parte do autor ou de algum titular de direito de autor derivado é garantida, nos termos da CRFB. **Porém, assim como a propriedade física, material, deve atender a sua função social, igualmente deve a intelectual.** É neste passo que analisamos o termo “exclusivo”.

<sup>76</sup>“O CTS (Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas) gere, no Brasil, o Creative Commons, criado pelo Professor Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford. O Creative Commons é um projeto que tem por objetivo expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, por meio de licenças jurídicas. O CTS trabalhou ativamente na adaptação das licenças do Creative Commons para o ordenamento jurídico brasileiro. Como decorrência desse projeto, o Brasil passa a ser o país pioneiro no desenvolvimento das licenças CC-GNU GPL e CC-GNU LGPL, hoje utilizadas oficialmente pelo governo brasileiro para o licenciamento de software. A coordenação brasileira do Creative Commons é realizada por Ronaldo Lemos, diretor do CTS. O site oficial no Brasil é o [www.creativecommons.org.br](http://www.creativecommons.org.br).” Disponível em <<http://www.direitorio.fgv.br/cts/index.html>>. Acesso em: 25 de março de 2008.

<sup>77</sup> As possibilidades são múltiplas. Antes mesmo das grandes empresas compreenderem ou mesmo aceitarem a nova tendência, ela já tomou conta do ciberespaço.

Há muito se discute se a propriedade intelectual tem sido instrumento de incentivo e difusão da cultura, já que resguarda remuneração a seus titulares, ou se tem sido propagadora e mantenedora do abismo entre os países detentores do capital e os em desenvolvimento. Apesar de parecer que há uma clara distinção entre os dois grupos, a pouca produção doutrinária no sentido de buscar soluções jurídica e economicamente viáveis, aliada às diversas opiniões, tanto de músicos quanto de produtores acerca do assunto, cria uma incerteza quanto ao melhor posicionamento que se deve adotar perante a situação atual. Não obstante as inconsistências jurídicas e fáticas, muitos artistas têm preferido um tratamento diferenciado na divulgação e produção de seus fonogramas, colocando-os à disposição de internautas ou, até mesmo, permitindo a cópia privada sem maiores complicações, através de licenças públicas.

Tratando de tema análogo ao direito de autor, Alaim Giovani Fortes Stefanello discorre sobre a função social e ambiental da propriedade intelectual, em sede de direito de patente, em brilhante estudo disponível na internet, que servirá, ainda que não especificamente ao objeto em tese, para compreender melhor a tensão globalizada em torno da produção intelectual e sua forma de apropriação<sup>78</sup>:

As opiniões diferenciadas e os discursos diversos procuram justificar as posições adotadas. O grupo dos países que defende os Direitos de Propriedade Intelectual afirma que este é uma importante ferramenta de incentivo, apoio e garantia de inovação e desenvolvimento tecnológico para os países do Norte e do Sul. Aqueles que criticam o sistema de propriedade intelectual vigente entendem que este modelo só aumenta a concentração de renda e tecnologia em países do Norte, aumentando o fosso tecnológico e de subdesenvolvimento nos países do Sul.

E prossegue, em nota de rodapé explicativa<sup>79</sup>:

Importante destacar que ao falarmos de Países do Norte e Países do Sul não estamos fazendo referência à denominação geográfica propriamente dita, mas sim de um conceito político e sociológico pelo qual estamos manifestando nossa opção epistemológica. Por Países do Norte entendemos os países tidos como desenvolvidos, detentores de recursos financeiros e tecnológicos próprios suficientes para manter suas posições de destaque na economia globalizada. Os Países do Sul, por sua vez, são aqueles com pouco desenvolvimento científico, tecnológico e econômico, ou com destaques isolados apenas em algumas destas áreas, dependendo, em grande parte, dos Países do Norte para movimentar sua economia e gerar novas descobertas tecnológicas.

Desnecessário dizer que a propriedade intelectual no que tange aos bens culturais também deve servir ao seu fim social. A Constituição Federal, neste particular, nos artigos 215 e 216, dispõem sobre a necessidade de democratização da cultura e no incentivo estatal à propagação da mesma. Os mais importantes ao tema são:

---

<sup>78</sup> STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A função social e ambiental da propriedade intelectual: a complementaridade de institutos jurídicos de direito público e de direito privado. **CONPEDI**, p. 6. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/propried\\_intelectual\\_alaim\\_fortes\\_stefanello.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/propried_intelectual_alaim_fortes_stefanello.pdf)>. Acesso em: 27 de março de 2008.

<sup>79</sup> Loc. Cit.

Art.215, § 3º. A **lei** estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

...

IV – democratização do acesso aos bens de cultura”

Art.216, § 3º. A **lei** estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (grifo nosso)”.

O Plano Nacional de Cultura é, de fato, instrumento interessantíssimo para a difusão dos bens de cultura no país. Recentemente introduzido pela Emenda Constitucional 48 de 2005, vem sendo trabalhado pelo Ministério da Cultura e terá no corrente ano sua maior expressão<sup>80</sup>. O inciso destacado, que prevê a democratização de acesso cultural, esbarra frontalmente nos institutos atuais de proteção da legislação autoral.

O artigo seguinte, de tônica ligeiramente diversa do anterior, é mais abrangente, pois prevê que a lei estabelecerá incentivos para o conhecimento de valores culturais que, em última análise, corrobora e amplia a democratização cultural de que o Brasil tanto necessita.

Resta claro que, sendo a manifestação musical uma destas manifestações culturais e, talvez, a de maior popularidade, não é plausível, inclusive constitucionalmente falando, que se preserve a política legislativa infraconstitucional atual. Através do estudo da função social da propriedade – quem bem se aplica à intelectual -, aliado às formas de compartilhamento de arquivos por meio digital e o direcionamento da Carta Maior aos bens de cultura, a ilegalidade de muitas situações cotidianas, como a cópia privada, padecem de inconstitucionalidade. Dados a relativa novidade do tema<sup>81</sup> e parca jurisprudência nacional especificamente sobre ele, cabe à doutrina dar as diretrizes para a população, que se vê incorrendo em práticas ilegais diariamente, a maioria delas sequer imaginada pelo leigo. Um exemplo típico é a execução pública de obras musicais: explicar para o cidadão comum que, caso realize uma festa com amigos, parentes e conhecidos e comece a tocar com sua banda músicas de Renato Russo, sem autorização de seus representantes legais, estará incorrendo em ilícito civil, ou ainda, que baixar músicas da internet é, mesmo que sem intuito de lucro, crime, caso seja em mais de um exemplar<sup>82</sup>? Felizmente, já há projeto de lei tramitando no Senado permitindo a execução

<sup>80</sup> Cf. <[http://www.cultura.gov.br/programas\\_e\\_acoes/gestao\\_da\\_politica\\_de\\_cul.php?p=9103&more=1&c=1&pb=1](http://www.cultura.gov.br/programas_e_acoes/gestao_da_politica_de_cul.php?p=9103&more=1&c=1&pb=1)>.

<sup>81</sup> Quando se fala novidade aqui não se quer dizer que a cópia privada é tema novo, mas que, diante das atuais circunstâncias da era digital e dos novos posicionamentos estatais, principalmente no Ministério da Cultura, artistas de renome têm preferido o caminho do livre compartilhamento de suas obras.

<sup>82</sup> Art. 184 - Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

pública de obra teatral ou musical sem a necessidade de autorização do titular de direito autoral, alterando o art. 68 da lei específica<sup>83</sup>.

É impossível que se trace um paralelo exato entre a propriedade material e a intelectual e, por isso mesmo, fica de difícil adequação para esta última o princípio da função social da propriedade tal como abordado pela doutrina. Em sumariíssimo resumo, pode-se dizer que função social da propriedade, em linhas gerais, consiste em dar ao direito de propriedade clássico – poder de usar, gozar, fruir e reivindicar a coisa – uma funcionalidade, um objetivo. Este elemento sempre existiu, ou seja, a propriedade sempre teve um viés finalístico, seja para

... demonstrar claramente a supremacia do capital sobre o trabalho na época liberal, seja para servir de instrumento para uma sociedade mais justa e igualitária, como hoje, no Estado Social. Quando o ordenamento reconheceu que esse direito deve proteger o interesse coletivo, e não o individual, a função da propriedade tornou-se social.<sup>84</sup>

Para que, afinal, alguém é proprietário? Apenas para que ele, sozinho, se utilize das benesses de um bem? Ou, ainda que isto ocorra, para promover o bem-estar da sociedade? Seguramente, para atender ao todo, não apenas a partes dele. Portanto, para Frederico Fernandes Moesch, o princípio estudado integra o próprio direito de propriedade, não sendo

---

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, **em um só exemplar**, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto (grifo nosso).

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>83</sup> No sítio do Ministério da Cultura se lê: “17 de Março de 2008

“Projeto prevê que obras teatrais e musicais podem ser exibidas publicamente sem autorização do autor  
Ricardo Koiti Koshimizu - Agência Senado

“A proposta de Raimundo Colombo altera o artigo 68 da lei que consolida a legislação sobre direitos autorais (Lei 9.610/98) tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) uma proposta que permite a apresentação de obras teatrais e composições musicais sem que seja necessária a autorização do autor - ou do titular do direito patrimonial do autor -, desde que a apresentação ocorra em execução pública que não vise ao lucro. Esse projeto de lei (PLS 627/07) foi apresentado no ano passado pelo senador Raimundo Colombo (DEM-SC).

“O relator da matéria na CCJ, senador Arthur Virgílio (PSDB-AM), apresentou voto favorável ao texto. Ele argumenta que “a restrição que [o projeto] impõe ao direito de propriedade do autor ou titular de obra autoral guarda proporcionalidade com o objetivo de assegurar a todos o exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”.

“A proposta de Raimundo Colombo altera o artigo 68 da lei que consolida a legislação sobre direitos autorais (Lei 9.610/98). Com a nova redação, esse dispositivo determinaria que, “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 que visem a lucro, direto e indireto”.

“Da forma como está atualmente, o artigo 68 não contém o trecho final (“que visem a lucro, direto e indireto”), o que obriga qualquer execução pública, inclusive as que não visam ao lucro, a obter a autorização do autor ou titular para ser realizada.

“Além de tramitar na CCJ, o projeto também terá de ser analisado na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE), na qual será votado em decisão terminativa.” Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/?p=10919>>. Acesso em: 27 de março de 2008.

<sup>84</sup> MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 31 mar. 2008.

mera limitação a ela, quando da má utilização pelo que a detém. Ao defender que a propriedade constitui-se dos aspectos estrutural e funcional, diz que este último não pode ser desvinculado do conceito de propriedade, sendo relegado a uma limitação em caso de mau uso. Mais ambicioso ainda, defende o jurista que o aspecto funcional é, hodiernamente, mais caracterizador da propriedade do que sua estruturalidade.<sup>85</sup>

Mas como, em termos práticos, atingir-se-á a função social dos direitos de autor? Toda a sistemática constitucional está voltada para a propriedade corpórea, material. O art. 186 da CRFB trata das condições para que a propriedade rural atinja sua finalidade social, basicamente, ser produtiva; além disso, tal produtividade deve ser consequência de um trabalho voluntário e dignamente remunerado, respeitando-se aí a dignidade da pessoa. Quanto ao imóvel urbano, diz-se atingir sua funcionalidade quando “... atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art.182, § 2º da CRFB). O poder público, valendo-se do expediente da desapropriação, toma a propriedade do particular, indenizando-o prévia e justamente em dinheiro ou, quando mais grave o descumprimento dos ditames constitucionais, em títulos da dívida pública, de maneira justa, mas não necessariamente prévia. Ocorre que tais institutos tratam da propriedade material e imóvel, podendo levar alguns ao erro de pensar que a função social foi erigida para atuar apenas nestes casos. A questão é resolvida quando nos voltamos para o art.5º, XXIII combinado com o art.170, inciso III: é garantia fundamental, tanto do indivíduo quanto da sociedade, que a propriedade atinja seu fim social, e, ainda, é princípio norteador da **atividade econômica**. As características da propriedade intelectual – bem imaterial e móvel – não podem servir de empecilho à aplicação dos princípios constitucionais; ela não é e nem pode ser um tipo especial de propriedade que se mantenha alheia aos anseios do desenvolvimento social, da liberdade, justiça e solidariedade, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades regionais e da promoção do bem comum, objetivos da República brasileira<sup>86</sup>. Constitui fundamento da República a dignidade da pessoa humana<sup>87</sup>, sendo alcançada através do esforço do poder público juntamente com a sociedade,

---

<sup>85</sup>Muitas vezes se confunde desapropriação com função social da propriedade. Moesch aclara: “Cabe ressaltar que o poder de desapropriar **não** está vinculado à função social, visto que a força expropriatória pode incidir **mesmo sobre bens cumpridores da função social**, desde que haja indenização prévia, justa e em dinheiro. A desapropriação não possui a natureza jurídica de sanção, mas é o exercício de um poder estatal em razão da necessidade pública. É mera limitação pública ao direito de propriedade, possibilitando a transferência compulsória de um bem para o patrimônio público. A função social supera a questão do poder expropriante, pois está ligada à estrutura do direito de propriedade, influenciando seu conceito, exercício e tutela.” Loc. cit.

<sup>86</sup> Art. 3º da Carta Constitucional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 7 jun de 2008.

<sup>87</sup> Art. 1º, III da Constituição Federal. Loc. cit.

buscando meios para que os vetores constitucionais citados sejam aplicados na prática, sendo um deles a destinação social que **toda** propriedade privada deve ter.

Não é, por exemplo, pelo não uso da obra ou pelo uso de mão de obra escrava na sua confecção que o titular de direito de autor não está dando função social à sua criação. Como já visto, a obra intelectual serve a outros propósitos, mormente o de livre circulação de informação; está relacionada não à produtividade de alimento ou concessão de moradia, mas à promoção da cultura e ao incremento da educação. Com efeito, quando o proprietário de uma fazenda deixa de lhe dar fim social, está privando de qualquer outro aquela porção de terra; é intrínseca aos bens materiais a impossibilidade de apropriação por mais de uma pessoa em condições plenas para cada uma delas. Já na propriedade intelectual, dados os avanços da tecnologia que proporcionaram o desprendimento físico da obra do suporte material, é totalmente possível e empiricamente comprovada a multiplicação do bem, sem comprometimento do original e sem diferenciação da cópia, de modo que aquele que a detinha originalmente continua sendo dono exatamente do que era ao tempo da cópia, e o copista se torna o mais novo proprietário de um bem, a custo praticamente zero<sup>88</sup>. Quantas possibilidades de promoção do bem comum podem resultar desta livre circulação de riquezas culturais, com mobilidade nunca antes imaginada, a custos nunca pensados, a pessoas que nunca teriam acesso tão rapidamente a tantas músicas de diferentes artistas de línguas e culturas das mais diversas? Quantos músicos podem ser despertados por terem acesso ao repositório comum da arte, para além daquelas caídas em domínio público, ou quantos artistas podem ser descobertos muito mais fácil e democraticamente ao produzirem suas obras artesanalmente, dispondo-as na rede, sendo reconhecidos ou rechaçados pela própria comunidade, dependendo da aceitação de cada pessoa do público, que ao mesmo tempo é ouvinte e potencial propagador de cultura?

---

<sup>88</sup> Quando se refere ao custo zero leva-se em consideração a cópia sem pagamento de direito autoral nos termos da LDA, como praticado por milhões de usuários em todo o globo. O custo resta por ser a energia elétrica e o equipamento, fatores estes questionáveis, já que não é prática comum que o usuário tenha adquirido a máquina apenas para *download* de arquivos musicais, tampouco passa todo o tempo com o microcomputador ligado apenas para tal fim. A quantidade e variedade de ações promovidas ao se acessar a rede é tão grande que se torna praticamente inviável ou inútil investigar que porção de tempo e de dinheiro está sendo gasta em cada atividade.

## 6. A LEI DE DIREITOS AUTORAIS

Analisados os aspectos constitucionais, será necessário tratar da sistemática da lei autoral vigente, somente no que tange ao tema em discussão: o compartilhamento de arquivos. Lembre-se que o que será tratado está no âmbito dos direitos patrimoniais dos direitos de autor e conexos; os direitos morais não estão sob questionamento no presente estudo<sup>89</sup>. Não se defende que a música seja objeto de plágio ou que alguém disponibilize em rede composição de outrem como se sua fosse, mas se questiona se, a cópia privada, feita sem intuito de lucro, deve ou não ser tachada como ilegal.

### 6.1 A obra musical

As normas da LDA têm caráter mais abrangente que o comumente imaginado; além de resguardar as criações do espírito<sup>90</sup> do brasileiro nato ou naturalizado, o faz também com o estrangeiro, aplicando-lhe os acordos em vigor no Brasil<sup>91</sup>. Qualquer composição musical que esteja sendo utilizada, de qualquer forma, no território nacional, seja ela de autor, compositor, intérprete, executante ou representante legal, mesmo que seu titular seja alienígena, estará amparado pela lei em tese. Portanto, tomando por base as convenções já analisadas no capítulo 2 (dois) e os aspectos constitucionais do capítulo 5 (cinco), pode-se afirmar que é indiferente

---

<sup>89</sup> Art. 22 da LDA: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>90</sup> “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como”. Loc. cit.

<sup>91</sup> “Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.” Loc. cit.

indagar da origem da obra circulante na internet, mas apenas se está ou não adstrita à soberania brasileira, desde que levado em consideração o parágrafo único do art. 2º<sup>92</sup>.

Tendo isto como ponto de partida, Sérgio Vieira Branco Júnior, em partes citando Eliane Y. Abrão, descreve os requisitos para que uma obra intelectual seja protegida<sup>93</sup>:

a) Pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências, conforme prescreve o inciso I do art. 7º, que determina, exemplificativamente, serem obras intelectuais protegidas os textos de obras literárias, artísticas e científicas.

b) Originalidade: este requisito não deve ser entendido como “novidade” absoluta, mas sim como elemento capaz de diferenciar a obra daquele autor das demais. Aqui, há que se ressaltar que não se leva em consideração o respectivo valor ou mérito da obra. Dessa forma, mesmo as obras de mínimo valor intelectual encontram abrigo no plano autoral, desde que revelem criatividade, inclusive se o uso não se inserir no contexto das artes, ciências ou literatura (...). A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente (o *plus* que acresce ao acervo comum).

c) Exteriorização, por **qualquer meio**, conforme visto anteriormente, obedecendo-se, assim, ao mandamento legal previsto no art. 7º, *caput*, da LDA.

d) Achar-se no período de proteção fixado pela lei<sup>94</sup>. (grifo nosso)

Além destes, o autor ainda ressalta que a obra não pode figurar nas hipóteses de excludente do art. 8º<sup>95</sup>, mas não ser necessário que esteja, necessariamente, descrita nos incisos do art. 7º, já que a doutrina é pacífica no sentido de que o rol é meramente exemplificativo. Para a análise, um inciso do referido artigo enquadra bem o objeto:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

#### **V - as composições musicais, tenham ou não letra**

<sup>92</sup> “Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.” Loc. cit.

<sup>93</sup> BRANCO Júnior, Sérgio Vieira. Op. cit. p. 44.

<sup>94</sup> O autor se refere ao art. 41 da lei:

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

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>95</sup> “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.” Loc. cit.

Este é o enquadramento objetivo: a obra tem de estar sob a soberania estatal brasileira, ser do domínio das artes, literatura ou ciência, ser original, ter sido exteriorizada e não ter caído em domínio público. Por si só, estes apontamentos fariam das composições musicais um tipo protegido, mas a lei não deixou de mencionar, em seus exemplos, esta forma de arte tão popular.

## 6.2 Os Sujeitos de Direitos

O sistema adotado pelo ordenamento nacional é o europeu, onde a figura do autor tem primazia. No sistema anglo-saxão, a obra é o foco do ordenador, tanto que a matéria é denominada como “direito de cópia”; resguarda-se primariamente a criação, como objeto, e reflexamente o criador, como sujeito.

O primeiro foco do legislador é o **Autor**. Este é o sujeito primário de Direito; sem ele, não haveria qualquer outro titular, já que não haveria obra. Editores, intérpretes, rádios e produtores não seriam sequer mencionados caso não houvesse um criador que houvesse dado início à cadeia criativa. Este ente é pessoa física, pois ainda que se atribua a alguma pessoa jurídica a proteção conferida ao autor, em última análise, foi um criador de “carne e osso” que pensou aquela obra. Nos termos da lei:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

É comum que a obra seja de autor anônimo ou que se utilize de pseudônimo; há criador, mas até o momento em que permanecer oculto, “... caberá a quem publicar a obra o exercício dos direitos patrimoniais...”<sup>96</sup>, que é o editor, conforme art. 40.

Há casos em que o autor é simplesmente desconhecido: não apenas não se sabe quem o é, mas se ignora quase que totalmente a origem da obra. Isto ocorre nas canções folclóricas, passadas a inúmeras gerações, sendo até modificadas ao longo do tempo, tornando-se praticamente impossível descobrir a exata pessoa que a criou.

---

<sup>96</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 71.

Quando a obra é concebida por mais de uma pessoa, dizemos haver **co-autores**<sup>97</sup>. Como a arte não é pré-formatada, a co-autoria pode surgir de diversas maneiras: ser de muitas pessoas ao mesmo tempo, de modo que não se saiba exatamente a contribuição de cada um; ser a música de um e a poesia de outro<sup>98</sup>; ser a maior parte de um, tanto letra quanto música, com uma pequena colaboração de outrem – por exemplo, cinco estrofes de música e letra compostas por uma pessoa e o refrão, de apenas dois versos, composto por outra – e inúmeros outros casos.

Tanto nos casos de autoria como nos de co-autoria, a titularidade da obra nasce da criação: quando concebida a obra, é titular de direito de autor o criador da obra. Mas a lei ainda abre espaço para outro: o **titular de direito conexo ao de autor**. Aqui, Eliane Y. Abrão esclarece<sup>99</sup>:

Titular, por convenção é quem assume, por delegação do autor, seus direitos patrimoniais na comercialização dela, ou em qualquer outro modo de utilizá-la publicamente. Titular, por sucessão, é quem adquire os direitos de autor, pessoa física, em virtude de seu falecimento, dentro do prazo de proteção dado à obra, e antes que ela caia em domínio público.

No último caso, temos o sucessor por causa morte; no primeiro, temos o explorador comercial da obra, como o editor, por exemplo. Porém, a lei e a doutrina internacional, ao tratar dos direitos conexos, puseram numa mesma classificação os intérpretes/executantes e as empresas de exploração comercial. A este grupo chamamos de titulares de direitos conexos.

Esta denominação – direito conexo – causa certa estranheza, já que, no art. 14 o legislador reconhece como autor aquele que adapta, arranja ou traduz obra caída em domínio público, mas nos artigos 89 e seguintes, coloca intérpretes e executantes como titulares de direito conexo ao lado das rádios e produtores fonográficos, ainda que com sua *performance* venham a dar à música toda a sua personalidade e características pessoais, como o arranjador, por exemplo, o faz. Há a possibilidade de, numa só pessoa, residirem as funções de criador e intérprete; conseqüentemente, lhe serão reconhecidos ambos os direitos, sem qualquer diferença daquele que os detém em separado.

<sup>97</sup> “Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada. § “1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.” BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>98</sup> Neste caso, a obra será divisível, podendo ser utilizada por cada autor separadamente, nos termos do par. 2º do mesmo artigo: “§ 2º Ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.” Loc. cit.

<sup>99</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 72.

### 6.2.1 Direitos dos autores

O caráter duplo do direito de autor é a marca distintiva deste ramo do direito civil. Num só sistema jurídico convergem aspectos de personalidade e propriedade. Apesar do primeiro não ser tão relevante para o estudo realizado, é importante explicar, ainda que de maneira superficial, cada uma das ramificações que compõem o arcabouço jurídico protetor do autor.

#### *6.2.1.1 Direitos morais*

Basicamente, o art. 24 nos dá o rol de direitos reconhecidos aos autores como decorrência de sua personalidade. Ao dar luz a uma obra, mais especificamente, a uma composição musical, expresso está nela individualidade, pessoalidade e criatividade que apenas aquela pessoa poderia produzir. Qualquer outra, ainda que parecida – o que é muito comum – não terá o signo distintivo das impressões que tal pessoa vivencia.

As características básicas dos direitos morais são, segundo Gueiros<sup>100</sup>, a pessoalidade, a inalienabilidade, a perpetuidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

São direitos morais: **reivindicação de autoria** (é a paternidade da obra, e qualquer um que se utilize de obra alheia como se sua fosse é passível de ser processado por desrespeitar o direito mais básico de um autor, a saber, que foi ele quem a publicou, dando a conhecer ao mundo o que estava apenas em seu intelecto<sup>101</sup>); **ter o autor seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado na obra** (decorre do primeiro direito); **conservação da obra como inédita** (ainda que pronta a composição e que, logicamente, sirva para que outros, além do autor, dela tomem conhecimento, tem ele o direito de não publicá-la); **manutenção da integridade da obra** (direito do autor de manter a obra intacta, sem quaisquer modificações de outrem). Estes direitos, segundo o § 1º do artigo 24, são transmissíveis aos herdeiros do autor.

Além destes, são direitos morais, porém não transmissíveis aos herdeiros, o de **modificar a obra**, o de **retirá-la de circulação ou suspender seu uso**, e o de **ter acesso a**

<sup>100</sup> GUEIROS, Nehemias Jr, 1958. Op. cit. p. 57.

<sup>101</sup> Vale a lembrança de que a idéia não goza de proteção autoral (art.8º, I). Enquanto ainda na mente do autor, ou mesmo que divulgada a sua intenção, não há que se falar em plágio ou em desrespeito à regra do art. 24, I. Exemplificativamente, não goza de proteção o autor que, antes de conceber uma música que trate sobre sertão, fome e êxodo rural, relacionando-os com os vôos das aves nordestinas, dê a conhecer a idéia a outrem que, antes mesmo que o autor a publique – dê a conhecer às pessoas – resolve então criar uma composição que trate do mesmo tema. A lei protege apenas a obra em si, não os métodos ou as idéias que façam parte da composição.

**exemplar único e raro**, quando se encontre legitimamente com outra pessoa. O art. 27 é enfático ao dizer que, qualquer um dos sete aspectos mencionados como direitos afetos à personalidade do criador são inalienáveis e irrenunciáveis. Mesmo assim, o renomado professor, citado acima, advogado especialista na área musical<sup>102</sup>, diz que não é raro “... no mercado musical brasileiro...” vemos “... cessões a título universal, que englobam inclusive os direitos morais”.

Por último, o art. 92 confere também aos intérpretes e executantes o direito de resguardar a integridade da obra e de reivindicar sua paternidade, no que tange às suas interpretações, porém não podem se opor à edição, redução, compactação ou dublagem da mesma, aspectos que ficarão a cargo do produtor, desde que não descaracterizada a personalidade daqueles que interpretaram criação alheia.

#### 6.2.1.2 *Direitos patrimoniais*

Além dos aspectos morais, que conferem aos autores direitos que estão ligados ao reconhecimento de sua personalidade, servindo de empecilho aos propósitos de outrem de se apropriarem do que não lhes pertence<sup>103</sup> ou até mesmo como limitação ao próprio autor de dispor de aspectos básicos de seus direitos – caso contrário, descaracterizar-se-iam as criações do espírito, havendo a possibilidade de que alguém perdesse, por exemplo, o direito de ter aquela obra reconhecida como sua – a lei lhe resguarda o direito de que explore economicamente sua obra, através de diversas maneiras, para que se remunere dignamente, sendo um incentivo para que continue criando.

O art. 28 da lei autoral inicia o capítulo III do Título III com a seguinte afirmativa: só ao autor cabe o direito sobre a **utilização, fruição e disposição** de sua obra, seja ela literária artística ou científica – a composição musical se adéqua melhor ao segundo termo. O termo utilização já seria suficiente para abarcar os outros dois, mas o legislador, por opção, achou por bem citar que fruir e dispor são direitos exclusivos do autor. Tanto a definição abrangente do artigo 28 quanto as pormenorizações do art. 29, servem para dar ao autor instrumentos legais suficientes para obter rendimentos (*royalties*) de sua criação, derivados de qualquer forma de

---

<sup>102</sup> Ibid. p. 58.

<sup>103</sup> Quando se diz apropriar aqui, está-se referindo ao *corpus mysticum*, ou seja, a obra em si, não o suporte que a contenha, o *corpus mechanicus*. Este é passível de apropriação e é de interesse do artista que comercializa sua obra que muitos sejam detentores de suportes que contenham sua criação, fato que em nada se confunde com a apropriação indevida da obra em si, demonstrada quando alguém apresenta obra alheia como sua.

comunicação ao público. Lembre-se que os direitos patrimoniais perduram por 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor, obedecida a ordem de sucessão da lei civil<sup>104</sup>. Apenas a partir deste momento, a obra caída em domínio público poderia ser livremente compartilhada via rede, segundo os ditames legais.

Os direitos, mais próximos a propósito deste estudo, que necessitam de prévia e expressa autorização do titular, segundo o art. 29, são:

a) *Reprodução parcial ou integral*: o termo pode causar confusão. Reproduzir, para o legislador, é sinônimo de cópia<sup>105</sup>. Em muitos aparelhos de DVD ou CD, utiliza-se “reproduzir” como “tocar”, o famoso “play”. Diversamente, a lei trata de maneira mais literal o vocábulo, ou seja, produzir de novo. Aparte a técnica legislativa, qualquer cópia de música deve ser autorizada pelo autor da obra ou por quem lhe faça as vezes, algo totalmente dificultoso, para não dizer irreal. Se para cada cópia o usuário da internet fosse buscar, junto a seus criadores, as autorizações exigidas, nada mais fariam os artistas ou seus empresários senão atender aos vários pedidos, concedendo a cada um, para cada música e para cada vez que ela fosse copiada<sup>106</sup>, a permissão ou negação, conforme o caso. Sendo o autor filiado a alguma associação<sup>107</sup> e tendo obras protegidas, o ECAD<sup>108</sup>, representante legal dos titulares, **em tese**, pode dar a permissão mediante pagamento prévio da retribuição autoral.

**Para a lei, parece que o compartilhamento de arquivos integra o conceito de reprodução**: quando o usuário, se utilizando de programas *peer to peer* ou de *websites*, baixa<sup>109</sup> para seu computador<sup>110</sup> obra musical protegida, adquiriu cópia do arquivo, do *corpus mysticum*, verdadeiro objeto da proteção autoral. Levando-se em conta a prática da maior parte dos usuários de internet, que compartilham seus arquivos sem autorização, Branco Júnior<sup>111</sup>

<sup>104</sup> Art. 41 da LDA. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>105</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. Loc. cit.

<sup>106</sup> Nos termos do art. 31, *in verbis*: “As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”. Loc. cit.

<sup>107</sup> “Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro”. Loc. cit.

<sup>108</sup> “Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais”. Loc. cit.

<sup>109</sup> Ou seja, *download*.

<sup>110</sup> Usa-se o termo aqui genericamente, abarcando qualquer suporte físico que armazene arquivo digital, como microcomputadores, notebooks, palmtops, celulares, smartphones, iPod’s, tocadores MP3, MP4, MP5 e MP6.

<sup>111</sup> BRANCO Júnior, Sergio Vieira. Op. Cit. p. 79.

comenta, não especificamente sobre compartilhamento, mas sobre cópia (reprodução) de um modo geral:

Dessa forma, com o advento da LDA, e diante de seus termos estritos, muitas condutas praticadas diariamente estão, a rigor, diante da interpretação literal da lei, eivadas de ilegalidade. Afinal, pelo que determina a LDA, deixou de ser possível copiar um filme em vídeo para uso particular, gravar um CD – legitimamente adquirido – na íntegra para ouvir em *ipod* ou no carro, ou, ainda, reproduzir o conteúdo integral de um livro de uma edição esgotada há anos.

Além desta modalidade, a cópia privada sem intuito de lucro por vezes é enquadrada como distribuição<sup>112</sup> ou como comunicação ao público<sup>113</sup>. A primeira não é, pelo fato de que as cópias em rede não são vendidas ou locadas; ao contrário, a prática na rede é que os conteúdos sejam disponibilizados sem qualquer ônus. A segunda, a princípio, abarca os usuários que colocam à disposição – *upload*<sup>114</sup> - de outros o conteúdo que dispõem em seus periféricos – ou seja, quando alguém deixa que outro copie, estaria realizando comunicação ao público, e quando copia, estaria realizando reprodução. Este enquadramento também não se justifica, já que comunicação ao público pressupõe o ato de comunicar, ou seja, é dinâmico; para o ECAD, a disponibilização de música na rede é execução pública, conceito abrangido por comunicação pública<sup>115</sup>. Ainda sim, o ato continua sendo passivo, não-dinâmico: o usuário não está disponibilizando, ativamente, que alguém tenha acesso aos seus arquivos, mas apenas consentindo que sejam copiados; não está executando publicamente, como um *deejay* numa festa de aniversário, executa músicas protegidas para todos os convidados – ato que comporta cobrança de direitos autorais pelo escritório central. Assim sendo, ainda que em meio intangível, e com o devido respeito àqueles que pensam de maneira diversa, a cópia privada se enquadra no conceito de reprodução, não fiscalizável pelo ECAD.

<sup>112</sup> “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>113</sup> “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”. Loc. cit.

<sup>114</sup> Definição da Wikipédia: “Upload é a transferência de dados de um computador local para um servidor. Caso ambos estejam em rede, pode-se usar um servidor de FTP, HTTP ou qualquer outro protocolo que permita a transferência”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Upload>>. Acesso em: 7 de junho de 2008.

<sup>115</sup> “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”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

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

Para se ter idéia de como, em termos práticos, se tem olhado para a questão da cópia privada, além do paradigmático caso Napster, recentemente, em outubro de dois mil e sete, uma mulher foi condenada a pagar 220 (duzentos e vinte) mil dólares por ter disponibilizado – *upload* – 24 (vinte e quatro) músicas que tinha baixado ilegalmente para seu computador. Lê-se no sítio português Diário Digital<sup>116</sup>:

Jammie Thomas, 30 anos, tornou-se assim a primeira norte-americana a ser julgada e condenada nos Estados Unidos por disponibilização de temas musicais na Internet sem pagamento de direitos de autor.

O tribunal de Duluth (Minnesota, norte), aplicou uma multa de 9.250 dólares (6.546 euros) por cada uma das 24 canções que Jammie Thomas disponibilizou na Internet depois de as ter obtido ilegalmente na rede.

A multa poderia ter ascendido a 150.000 dólares (cerca de 107 mil euros) por canção se o tribunal tivesse considerado que se tratava de uma violação voluntária dos direitos de autor e a milhões de dólares se Jammie Thomas tivesse sido acusada por cada um dos 1.702 «files» musicais que foram encontrados no seu computador.

Todos os anos, milhões de utilizadores da Internet partilham ilegalmente «files» musicais, prática que a indústria do sector considera uma ameaça aos seus lucros.

**Cerca de 26 mil processos judiciais já foram abertos contra a partilha ilegal de «files»**, mas a maioria dos casos é resolvida por acordo, mediante o pagamento de uma multa de alguns milhares de dólares.

Jammie Thomas foi a primeira pessoa acusada de distribuição ilegal de música na Internet a contestar em tribunal a indústria discográfica, mas a sua determinação custou-lhe mais de 6 mil euros por canção, quando o preço em «sites» autorizados como o iTunes é de cerca de 1 euro por tema.

Este caso é emblemático, já que demonstra a intolerância à cópia privada por parte de usuários comuns, sem qualquer intuito de lucro ou intenção de provocar dano a quem quer que seja. É justamente a cópia privada o alvo presente das indústrias fonográficas, já que o fenómeno lhes têm custado prejuízos significativos. Parte da doutrina nacional, como o professor Gueiros, defende que os conteúdos hodiernamente partilhados devam ser regularmente remunerados, porém insiste, a todo instante, que está do lado dos artistas, não das indústrias<sup>117</sup>. De qualquer maneira, isto pouco interfere na questão final, que é liberar ou não a cópia privada.

O prof. José de Oliveira Ascensão, autor português, certamente, um dos mais reconhecidos na prática e teoria do direito autoral, posiciona-se, no entanto, a favor da cópia privada, como se segue<sup>118</sup>:

A reprografia e a cópia privada são assim elementos básicos da sociedade de informação para que caminhamos. Com a transmissão por satélites, o acesso individual à

<sup>116</sup> Tribunal condena mulher a multa por partilha de ficheiros. **Diário Digital**, 5 de outubro de 2007. Informática. Disponível em: < [http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?section\\_id=44&id\\_news=298112&page=0](http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?section_id=44&id_news=298112&page=0)>. Acesso em: 7 de junho de 2008.

<sup>117</sup> Cf. citações do renomado autoralista no capítulo anterior.

<sup>118</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira, 1932. **Direito Autoral**. 2. Ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 246.

informação através de terminais de computadores e outros processos mais, reclama o enquadramento jurídico que permita o total aproveitamento dos meios técnicos.

Não apenas argumentando a favor do melhor aproveitamento possível das tecnologias emergentes, arremata em brilhante enquadramento lógico, legal e até político<sup>119</sup>:

**Por natureza, o uso privado escapa ao direito de autor.** Ainda que esse uso diminua os proveitos que de outro modo se poderiam retirar das obras ou prestações, é seguro que não é função do direito de autor garantir os lucros dos intervenientes. Aqui estamos na condição geral de qualquer atividade econômica que se tornou menos lucrativa em consequência da variação dos meios técnicos: **a manutenção do nível de proveitos não é direito de ninguém.** Mas a situação ainda se revela mais absurda se considerarmos que o problema, nomeadamente em matéria de fonogramas e vídeo-gramas, não está na indenização de prejuízos, mas na pretensão de potentes empresas de aumentarem ainda mais os lucros resultantes sem aumentar as prestações.

A exposição demonstra aquilo que já foi exposto: o modo de se experimentar música foi profundamente afetado pela tecnologia que, ao invés de ser tratada como inimiga deve ser enxergada como alargadora da visão que se tinha de exploração comercial do entretenimento. Um julgado originário da França<sup>120</sup>, mais especificamente do Tribunal de Grande Instância de

<sup>119</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 249.

<sup>120</sup> Vale expor a notícia na íntegra:

“Um usuário de Internet defendido pela Associação de Audionautas (ADA) foi solto sem acusações pela Côte Distrital de Paris após ter feito download e upload de músicas e filmes na Internet. A decisão, que foi dada em 08 de dezembro de 2005 e veio a público esta semana, pode ser encontrada online no endereço: <http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20051208.pdf> Vários usuários de Internet defendidos pela ADA já foram soltos independentemente do pagamento de multa por ter feito download de material protegido por direito autoral na Internet, com base na doutrina da "cópia privada". Nesse sentido, destacam-se as seguintes decisões: Rodez Tribunal Correctionnel, 13 de outubro de 2004, Absolvido das acusações; Châteauroux Tribunal de Grande Instance, 15 de dezembro de 2004, não houve indenização; Montpellier Cour d'Appel, 10 de março de 2005, Absolvido das acusações; Meaux Tribunal Correctionnel, 21 de abril de 2005, o download foi entendido como cópia privada, 70 centavos / título / upload; Le Havre Tribunal Grande Instance, 20 de setembro de 2005, o mesmo que o anterior, porém 20 centavos / título / upload; Créteil Tribunal de Grande Instance, 2 de novembro 2005, absolvido das acusações por download, bem como dos uploads utilizando eMule; Esta decisão é a primeira a autorizar tanto o download quanto o upload de conteúdo protegido por direitos autorais em redes P2P. Em 21 de setembro de 2004, a procuradoria encontrou 1875 arquivos em MP3 e DIVX no disco rígido do réu. Baseado nisso, uma associação de produtores de disco conhecida como SCPP (Société Civile des Producteurs phonographiques) processou o acusado pelo download e upload de 1212 faixas de músicas. A Côte Distrital de Paris, contudo, não concordou com os argumentos da SCPP. Seguindo a linha de argumentação que vem sendo utilizada pela ADA há dois anos, os juízes decidiram que os atos de download e upload enquadram-se na definição de "cópia privada". Enquanto a SCPP está recorrendo da decisão, Aziz Ridouan, Presidente da ADA aprovou o veredito dado e está confiante que ele será mantido. De acordo com Jean-Baptiste Soufron, conselheiro legal da ADA, "Esta mais recente decisão é consistente com a decisão definitiva da Côte Francesa de Apelação de Montpellier. É um passo importantíssimo em nossa luta para legalização do P2P." A França foi o primeiro país no mundo a propor a legalização da troca de arquivos via redes P2P ao seu parlamento. Sobre a Associação de Audionautas: A Associação de Audionautas é uma organização sem fins lucrativos fundada por estudantes franceses do ensino médio e nível superior com o objetivo de responder às ameaças abusivas da indústria musical. A associação ajuda mais de 100 pessoas na organização de defesas em processos deste tipo, e tem mais de 6000 membros, incluindo estudantes, advogados e artistas”. Juiz francês autoriza download de conteúdo protegido por direito autoral em rede p2p. **Cultura Livre**, 13 de fevereiro de 2006. Weblog. Disponível em: <[http://www.culturalivre.org.br/index.php?Itemid=40&id=40&option=com\\_content&task=view](http://www.culturalivre.org.br/index.php?Itemid=40&id=40&option=com_content&task=view)>. Acesso em: 7 de junho de 2008.

Paris, absolveu um usuário por fazer *download* e *upload* de músicas e filmes através do *software* Kazaa, mundialmente conhecido por internautas em todo o mundo. Não é coincidência a origem do caso, já que a França foi o primeiro país do globo a propor a legalização da troca de arquivos via redes *peer to peer*.

Quanto a julgados brasileiros, até hoje não se tem notícia de jurisprudência firmada nem no sentido da legalização, nem no sentido da repressão. De um lado, o ministério da Cultura vem empreendendo esforços para a modificação da lei no que tange à cópia privada, de outro, artistas de renome e o ECAD vêm expondo opinião no sentido de controlar os provedores de conteúdo, mas a matéria, especificamente, ainda não chegou aos tribunais.

*b) Edição:* da criação à comercialização há um caminho a se percorrer, do ponto de vista estético da obra. A música, quando composta, apresenta partes interessantes, partes não tão interessantes, partes modificáveis e partes inalteráveis, pois a descaracterizariam. Apesar de parecer muito vaga esta idéia, é justamente aí que se dá a edição: realizar cortes, colocar efeitos, dividir em faixas etc, para que a obra seja comercializável, seja consumível pelo maior número de pessoas possível e, a partir daí, incluída em fonogramas ou suportes materiais diversos.

O contrato de edição busca uma

... parceria comercial entre o autor e o editor musical, ou seja, um meio de autorizar formalmente a comunicação de obra ao público através de suportes materiais fonográficos (discos, fitas, CDs e outros), que serão produzidos e colocados no mercado pelas gravadoras <sup>121</sup>.

Nada impede que o próprio autor ou intérprete faça a edição de suas músicas, contratando diretamente com a gravadora para divulgação, marketing, exploração e comercialização dos suportes – ou apenas com uma simples distribuidora, que deixa o marketing, a produção de capa e tudo o mais com o artista, fazendo apenas e tão somente a distribuição às lojas de música e estabelecimentos diversos que comercializem música – mas isto não ocorre muito, pois o tempo gasto é considerável, desfocando o músico de seu “papel” principal: criar, tocar, cantar <sup>122</sup>.

A edição, por ser conceito fluido, pode abranger, dependendo do conteúdo do contrato, o arranjo musical, a inclusão em fonograma ou produção audiovisual, a adaptação e qualquer outro meio que torne comercializável a obra, já que o editor, segundo a LDA, tem o dever de

<sup>121</sup> GUEIROS, Nehemias Jr, 1958. Op. cit. p. 83.

<sup>122</sup> O cenário vem se modificando muito neste sentido. Hoje, muitos artistas realizam a fase de pré-produção, produção, edição e gravação de suas obras, muitas vezes contratando apenas a distribuidora, como mencionado. Isto se deve, principalmente, a dois fatores: tecnologia de boa qualidade ao alcance monetário do artista e desejo de independência em relação a intermediários. Não obstante, a prática para os grandes “nomes” da música ainda é a realização de contrato com alguma editora.

comercializar a obra<sup>123</sup>, não no sentido de distribuição de exemplares, mas envidando esforços para incluir o artista no *cast* de uma grande produtora de fonogramas (gravadora) ou audiovisuais. Não que o editor, ele próprio, faça arranjos, faça a mixagem, masterização e gravação, mas que, por força do contrato ao qual se submeteu, tem o dever de ter a obra acabada para negociá-la com a última fase da cadeia produtiva. Em termos práticos, ele contrata o arranjador, aluga o estúdio, remunera os músicos necessários, o diretor artístico e tem em suas mãos, ao final do processo, a obra do jeito que vai ser ouvida pelo público consumidor. Porém, ao invés de comercializar diretamente com o destinatário final, celebra contrato com a produtora que melhor atenda aos interesses dele e do artista, ou muitas vezes só dele.

Por último, lembre-se que o contrato de edição é o **único** que prevê exclusividade (art.53), para que o editor publique e explore a obra pelo prazo acordado. Não que outros não possam sê-lo, mas este, por imposição legal, já goza desta prerrogativa. Além disso, o contrato, a não ser que expresse nele o contrário, só vigora por uma edição e, caso não mencione o número de exemplares, será adotada a marca de três mil <sup>124</sup>;

c) *Transformação*: o inciso III do artigo em estudo diz que adaptar, arranjar musicalmente ou transformar, de que forma for, pressupõe autorização do artista. Isto porque, o arranjo ou adaptação dão “cara” nova à obra original.

Mais comum para a música, arranjar é transformar a obra, mantendo-se o mesmo gênero (musical, no caso). Isto é diferente de adaptar um texto literário para a linguagem cinematográfica<sup>125</sup>: da forma escrita para a forma encenada, ou seja, do gênero literário para o gênero dramático<sup>126</sup>. O arranjo, por sua vez, modifica o ritmo, a cadência, o encadeamento dos acordes, a dinâmica – composta de momentos de calma e momentos de tensão, basicamente – o *backing vocal* e os solos – de guitarra, de piano, de sax, de baixo – que entrecortam a canção.

<sup>123</sup> Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.

Parágrafo único. Em cada exemplar da obra o editor mencionará:

I - o título da obra e seu autor;

II - no caso de tradução, o título original e o nome do tradutor;

III - o ano de publicação;

IV - o seu nome ou marca que o identifique. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

<sup>124</sup> “Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário”. Loc. cit.

Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares.

<sup>125</sup> Citando Eliane Y. Abrão: “Tanto o autor da obra originária, quanto o da adaptada, são autores: um originário, outro derivado. Na adaptação estão presentes todos os traços originais da obra primígena, seu título, seu autor, as mesmas fases, personagens e acontecimentos. Daí a necessidade de a obra adaptada fazer referência à obra original, e ser necessariamente autorizada por seu autor”. ABRÃO, Eliane Y. Op. cit. p. 83.

<sup>126</sup> Loc. cit.

De qualquer maneira, no dizer da autora, cada “... novo arranjo, e existem diversos de uma mesma obra musical, é considerada uma obra nova. E cada arranjo só pode ser comunicado ao público com o consentimento do autor ou titular da melodia primígena<sup>127</sup>”;

*d) Inclusão em fonograma ou produção audiovisual:* é o direito que tem o autor ou intérprete de lhe ser pedido autorização para incluir sua obra em algum fonograma – obra sonora - ou alguma produção audiovisual – obra de imagens e sons (art. 29, IV). Para que a música seja integrada a algum fonograma que não o seu ou a algum longa-metragem, curta-metragem, desenho animado ou anúncio televisivo, o autor ou intérprete deve ser consultado e conceder autorização, onerosa ou gratuitamente. O art. 46, III da lei autoral limita a força desta regra, já que dispensa de autorização a reprodução em pequenos trechos de obras preexistentes, desde que a reprodução “... não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

Apesar de a lei mencionar apenas autores, a expressão, em seu melhor entendimento, engloba os autores propriamente ditos e os intérpretes ou executantes, titulares de direitos conexos. Na verdade, estes últimos, ao participarem da gravação de uma música, cedem ao autor ou ao produtor, quando da assinatura do contrato, sua execução para ser utilizada em quaisquer modalidades, em troca de uma remuneração fixa baseada em horas de ensaio e gravação. Já os intérpretes e os autores devem realmente ser consultados previamente, ou quem lhes detenha os direitos, como o editor ou a gravadora;

*e) Distribuição:* o próprio legislador optou por definir os termos que seriam empregados ao longo do texto legal. Portanto, a regra do art. 29, inciso VII deve ser entendida a partir do art. 5º, inciso IV, *in verbis*:

distribuição – a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse (grifo nosso).

Distribuir, portanto, não quer dizer apenas a venda de um CD, mas também a locação de um suporte – apesar de não se ter notícia de prática de aluguel de CD’s de áudio, fenômeno que ocorre mais com os filmes – a transferência, via rede, de um fonograma, com a contraprestação em dinheiro<sup>128</sup> e outras maneiras que surgirem, desde que se enquadrem nos requisitos da lei - **aqui ocorre o compartilhamento de arquivo de forma remunerada**, prática não tão comum, mas crescente, sendo uma das ferramentas utilizadas pelas gravadoras para minimizar seus prejuízos nas vendas de CDs. Estes requisitos são: a) o sistema deve permitir ao usuário

<sup>127</sup> Loc. cit.

<sup>128</sup> O sítio da iTunes realiza justamente isto: venda de música via internet, faixa a faixa. Cf. [www.apple.com/itunes](http://www.apple.com/itunes).

selecionar a obra; b) tal seleção deve ocorrer em tempo e lugar previamente determinados por ele, usuário.

Pode ocorrer ainda que a distribuição seja um acesso do usuário às obras. Se este acesso for **pago**, a autorização do titular de direito autoral também é necessária<sup>129</sup>.

Gueiros<sup>130</sup> menciona ainda os Direitos Fonomecânicos, que consiste na maneira mais usual de divulgação de música para o grande público, ou seja, a comercialização de suportes físicos que portem sons e/ou imagens, como CDs, DVDs e fitas VHS. Vem daí o nome, já que estes suportes precisam ser reproduzidos – não na linguagem legal, que significa cópia, mas na linguagem corriqueira, que significa “colocar pra tocar” – ou seja, são suportes mecânicos. Este enquadramento serve para diferenciar da transmissão via rádio ou das execuções ao vivo (shows). Percebe-se que direito fonomecânico é uma das formas de distribuição, mas não a única, já que o conceito não se limita a suportes materiais;

e

*f) Utilização* latu sensu: os incisos VIII e X do artigo 29 arrematam a gama de proteções patrimoniais do autor. Pelo último inciso, percebe-se que o rol é meramente exemplificativo<sup>131</sup>, não sendo empecilho aos titulares reclamarem em juízo seus direitos, mesmo que a lei não o tenha previsto expressamente.

Importante este aspecto para o estudo presente, já que, ainda que admitamos não ser o compartilhamento de música na internet – como já dito, que ocorre sem cobrança alguma, que é geralmente feito através de programas *peer to peer*, ligando dois computadores diretamente, e que não visa prejudicar o artista de qualquer forma, ainda que muitos advoguem que só este uso já é prejudicial – uma reprodução, uma distribuição ou uma modalidade qualquer de comunicação pública, certamente é um tipo de utilização, e isto o legislador resguardou no inciso X. **Ao verificar-se se há alguma excludente no art. 46 do mesmo ordenamento, percebe-se que não há menção a cópia integral de uma obra musical, mas apenas à reprodução em pequenos trechos.** Pela leitura pura e simples da lei, compartilhamento de arquivos na rede sem pagamento de *royalties* ou autorização prévia, é ofensa aos direitos de autor, no mínimo, e conexos, se for o caso.

<sup>129</sup> Note-se que a utilização de arquivos virtuais dificulta muito o enquadramento das práticas atuais às definições da lei. Já foi dito que a cópia de arquivos mp3 é considerada, em geral, como reprodução, já que seria, literalmente, produzir de novo.

<sup>130</sup> GUEIROS, Nehemias Jr. Op. cit. p. 73.

<sup>131</sup> “X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”. BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)> Acesso em: 7 jun. 2008.

O inciso VIII apresenta a proteção legal aos direitos de comunicação pública. Aqui é que ocorre a atuação do ECAD nas mais diferentes formas e ambientes em que sejam utilizadas, publicamente, obras protegidas por direito autoral. Quaisquer das formas descritas abaixo devem atender a um destes requisitos, a saber: ou autorização prévia do titular de direito autoral, ou comunicação ao ECAD, que pela lei tem a faculdade de autorizar a utilização pública, mediante pagamento antecipado da retribuição autoral devida. É importante estabelecer, no entanto, a premissa que segue: para o Escritório, somente obras musicais de titulares filiados às associações é que serão identificadas e receberão a distribuição pecuniária relativa à cobrança de direitos autorais. Caso o autor não seja filiado ou, ainda que filiado, disponibilize sua música para ser executada e baixada pela internet – em outras palavras, o próprio autor autorizou previamente a execução de sua música, preenchida aí a exigência legal - não será possível ao órgão central cobrar de quem quer que seja a utilização. Vejamos as alíneas mais importantes e mais utilizadas cotidianamente, que têm pertinência com a área musical.

*Execução musical:* é execução ao vivo de uma letra e música fora do recesso familiar ou de ambiente privado. Exemplos: músicas de outros autores que sejam tocadas em um bar, restaurante, pub, casa de show ou teatro; banda de colégio que toque, numa festa dentro do ambiente escolar, músicas de outros autores; banda que toque em festa de aniversário, e inúmeros outros exemplos. O direito de execução ao vivo só cabe aos autores (compositores) da obra, já que não se está utilizando da contribuição do intérprete ou do executante no caso.

*Emprego de alto-falante ou de sistemas análogos:* ainda que adquirido o suporte legalmente, a utilização pública de CDs, DVDs ou qualquer outro similar importa pagamento de direito autoral, bem como sintonizar numa estação de rádio para que os convidados apreciem as músicas da programação. Isto se dá pela regra do art. 31<sup>132</sup>:

As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Seja a música de Kenny G no casamento ou de John Travolta no aniversário de 15 anos, pelo fato de ser pública, enseja autorização prévia ou pagamento prévio ao Escritório Central.

*Radiodifusão sonora ou televisiva:* as emissoras de rádio e TV pagam direito autoral para transmitirem suas programações ao público. Mais uma vez, isto não impede a cobrança quando ocorrerem festas, ou quando algum supermercado deixar sintonizada estação da

---

<sup>132</sup> Loc. cit.

preferência de seus clientes, porque as rádios pagam para transmitir, e o supermercado ou dono da festa por oferecer aos seus convidados e clientes este entretenimento.

*Captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva*: esta alínea já está contemplada, de forma mais ampla, pela que trata de emprego de alto-falantes. A intenção do legislador é dar o maior número de exemplos práticos, cotidianos. Justifica-se pelo fato de que a lei não trata apenas da obra musical: o uso de alto-falante pode ser para transmitir uma palestra, igualmente resguardada pela lei autoral. A captação de transmissão é específica para as rádios que, em sua maioria, transmitem música e informação.

*Sonorização ambiental*: aqui se vislumbra, mais adequadamente, a pertinência da cobrança pelo ECAD da utilização de som ambiente por consultórios dentários, supermercados, shopping centers e lojas.

*Exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado*: tanto para este caso quanto para todos os anteriores, só é possível compreender a cobrança com base no art. 31 supramencionado. A inclusão em fonograma é uma espécie de utilização, a exibição da película para o público é outra. Obviamente, só se inclui uma obra musical em um filme, por exemplo, para que seja exibido ao público com tal obra musical. Mas a técnica legislativa separa os dois momentos, prevendo autorização prévia do autor em ambos e autorizando ao ECAD a cobrança na ocorrência do último.

## 7. ADEQUAÇÕES DO DIREITO AUTORAL AO LIVRE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA INTERNET

Diante da apresentação de julgados de países estrangeiros retratados nos dois últimos, bem como da opinião divergente de renomados autoristas quanto à cópia privada, a seguir estão algumas propostas de solução à questão da ilegalidade da cópia privada de música no Brasil.

Cabe ressaltar que há duas diferenças básicas entre o *copyright* anglo-saxão e o direito de autor europeu: enquanto, no primeiro, há o instituto do *fair use*<sup>133</sup>, no segundo, cada país legisla com maior ou menor exatidão o que é ou não permitido. Em outras palavras, a doutrina do *fair use* consagra princípios gerais a serem aplicados no caso concreto<sup>134</sup>; já as limitações ao direito de autor dos países que adotam o sistema da *Civil Law* europeu, em maior ou menor medida legislam sobre o que é ou não permitido. Este aspecto já foi tratado no capítulo das bases históricas do direito autoral.

Pretende-se sistematizar neste capítulo os caminhos possíveis para que a cópia privada através da rede deixe de ser vista como elemento inimigo e contrário ao artista e à cultura e passe a ser instrumento de difusão de conhecimento e entretenimento para a população brasileira.

O primeiro é, ao mesmo tempo, caminho e justificativa: interpretação constitucional da lei segundo o princípio da função social da propriedade intelectual<sup>135</sup>. Vale aqui os dizeres de Sérgio V. B. Júnior<sup>136</sup>:

<sup>133</sup> Em tradução aproximada têm-se “uso justo”.

<sup>134</sup> O juiz federal do Ceará, George Marmelstein Lima, em artigo publicado no sítio Jus Navigandi, esclarece: “Como foi dito anteriormente, o uso legítimo constitui uma exceção a prerrogativa que dá aos autores a exclusividade do uso de sua obra.

De fato, no Capítulo 1 (*Subject Matter and Scope of Copyright*), a Seção Nº 107, esclarece o seguinte:

“Seção 107. Apesar das medidas da seção 106, o uso legítimo de um trabalho de um direito autoral, incluindo tanto o uso por reproduções em cópias ou fitas ou por quaisquer outros meios especificados, por esta seção, para fins de crítica, comentário, reportagens de revistas, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em classe), cultura ou pesquisa, não é infração de direito autoral. Para determinar se o uso feito de um trabalho em um caso particular é uso legítimo, os fatores a serem considerados devem incluir:

1. o propósito e o caráter do uso, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou se tem propósitos educacionais não lucrativos;
2. a natureza do trabalho com direito autoral;
3. a quantidade e substancialidade da parte usada em relação ao trabalho com direito autoral como um todo; e
4. o efeito do uso sobre o potencial mercado ou o valor do trabalho com direito autoral.”

Desta forma, o *fair use* exige certos requisitos a serem observados. Não observando algum dos fatores enumerados pela lei, não se tratará de uso legítimo e sim de violação aos direitos autorais”. LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 05 jun. 2008.

<sup>135</sup> Vide cap. 5

<sup>136</sup> BRANCO Junior, Sergio Vieira. Op. Cit. pp. 115, 118, 130.

De modo a contornar os problemas decorrentes do uso de obras de terceiros, diversas são as soluções possíveis. Desde mudar a lei e pedir autorização dos autores (ambas com evidentes dificuldades práticas) até o uso de mecanismos jurídicos já disponíveis, como a reinterpretação da lei a partir de aspectos constitucionais ou o licenciamento de obras por meio de licenças públicas.

(...)

Sabemos que não há direitos absolutos. No caso específico dos direitos autorais, será necessário confrontá-los com a previsão de diversos outros princípios constitucionais para bem compreendermos em que dimensão deverá se dar a sua proteção legal.

(...)

**Por este motivo, acreditamos que o direito de exclusividade aos autores, previsto constitucionalmente no inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal, não poderá ser aplicado isolada e arbitrariamente. Será sempre necessário fazer o sopesamento com o direito de acesso à informação da outra parte, pois que este é, também, direito fundamental garantido constitucionalmente.**

Isto porque, exatamente por ser um princípio acostado na Carta Maior, justifica-se que a lei seja aplicada de outra maneira quando do julgamento de casos concretos. Em outras palavras, a solução de leitura da lei segundo a função social da propriedade encontra justificativa por ser um princípio constitucional, norma esta de hierarquia superior à LDA. Portanto, diante deste “caso concreto social”, adotar-se-ia o entendimento de que a democratização do acesso aos bens de cultura e o fim social da propriedade intelectual são vetores constitucionais mais relevantes para a coletividade e servem mais aos interesses da nação do que a manutenção do modelo atual legal, que possibilita, rígida e imprecisamente, apenas a cópia em pequenos trechos, para uso privado do copista – além das outras limitações aos direitos de autor, contidas no art. 46 da lei autoral – e que vem beneficiando sempre os mesmos poucos artistas e empresários donos do capital. A limitação deste caminho é a incerteza de todos os envolvidos neste fato social, que deverão acompanhar, caso a caso, cada desfecho de cada caso concreto apresentado ao poder Judiciário.

Outra solução, de difícil consecução, porém a mais ideal de todas, seria a reforma da lei 9.610/98. Sem adentrar em outros aspectos também merecedores de reforma, a reprodução, de toda a obra, para uso privado do copista, sem intuito de lucro, deveria ser uma das limitações do art.46 da lei em abstrato. Em benefício da sociedade, a cópia privada seria permitida, tendo tal reforma a justificativa constitucional acima. A limitação ao direito de um – o do autor – alargaria em muito o direito de outro – o de toda a sociedade, inclusive o do próprio músico, que também é consumidor de cultura – como sempre ocorre no Estado de Direito. A ponderação e percepção dos legisladores estariam coadunadas com o clamor social por cultura livre, ao mesmo tempo em que não prejudicaria substancialmente o principal objetivo da

norma, a saber, a proteção ao criador. Esperar por isto passivamente, no entanto, não atende aos reclames urgentes da sociedade e dos artistas envolvidos.

A terceira e última solução, não se pretendendo esgotar aqui todas as possibilidades, é conservadora, no sentido legal, e revolucionária, no sentido social: a autorização prévia do artista, da maneira que lhe aprouver, a todos os que se adéqüem aos termos da licença pública sob a qual tenha inscrito sua obra. Com isto, atende-se, ao mesmo tempo, à exigência legal do art. 29 e aos anseios do público consumidor. Apesar de ainda não tão popularizada, esta prática vêm se tornando cada dia mais comum, principalmente através do projeto Creative Commons, já totalmente adaptado à legislação nacional pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Este caminho será mais pormenorizado, senão veja-se.

O artista não tem se amedrontado diante das novas tecnologias. As categorias de pensamento são outras, bem como as ambições. Não que todos, unanimemente adotem a prática de disponibilizar sua arte gratuitamente através da rede – até porque tal unanimidade, no sentido absoluto da palavra, é empiricamente impossível de ser comprovada – mas, no mínimo, se beneficiam deste cenário. Melhor explicando, justamente pelo fato de serem apaixonados por música, os artistas são consumidores inveterados dela. É irreal pensar que, hoje em dia, todos os arquivos que um músico utilize, para ouvir diretamente pelo computador ou em cópia para algum aparelho seu – iPod ou MP3 player, por exemplo – são adquiridos pelos meios estritamente legais. O que a rede pode prover é muito maior do que o dinheiro pode comprar, e muito mais fácil do que adquirir qualquer suporte físico. Em pesquisa realizada, ainda que embrionariamente, com músicos de toda a parte do país, de oito repostas obtidas, todas foram unânimes em responder que o livre compartilhar não é um problema para remuneração do músico e que, eles mesmos, disponibilizariam sem incômodos sua arte para ser escutada, ou não se importariam se alguém o fizesse, ainda que não tivessem esta iniciativa explícita.

Muitos artistas são contratados sem nunca terem apresentado qualquer trabalho *demo* a algum executivo de gravadora, já que este pode ter acesso, livremente, ao conteúdo do trabalho do artista a um clique do *mouse*; outros são chamados a compor o *cast* de uma gravadora independente; outros montam seus próprios selos. Enfim, as possibilidades para o artista não diminuíram; ao contrário, nunca foi tão fácil se fazer conhecido e divulgar suas canções ao público e aos empresários.

Como já dito, a popularização do livre compartilhamento além de impregnar os brasileiros de cultura vem disseminando a mentalidade do comum, no sentido de *res commune*. A concepção não é de não se “fazer dinheiro” com música, mas um novo modelo para isto. A

idéia do *commons* nasceu com o estadunidense Lawrence Lessig, criador do Creative Commons. Não se atendo às minúcias da história do movimento, basta mencionar seus efeitos práticos e jurídicos para este trabalho.

Adotando uma visão intermediária entre o *copyright* do direito anglo-saxão – *todos os direitos reservados* - e o domínio público, o Creative Commons nasceu em 2001, com o professor da Universidade de Standford Lawrence Lessig, que sonhou com algo mais razoável do que o que vinha sendo pregado, colocando nas mãos do artista<sup>137</sup> o controle de suas obras, através de licenças públicas, de modo que todos os que desejassem utilizar-se delas, saberiam em que medida se poderia fazê-lo. Na prática, as licenças são apresentadas da seguinte maneira, como explica o primeiro diretor do projeto no Brasil, Ronaldo Lemos<sup>138</sup>:

Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto Creative Commons: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas” com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do Creative Commons possam continuar a ser interpretados como livres por um determinado computador.

Entrevistas em diversos sites de relacionamento, pesquisas feitas com músicos conhecidos e desconhecidos e, mais acertadamente, a própria prática cotidiana, vêm corroborando que o compartilhamento livre de arquivos não prejudica a maioria dos autores, compositores, intérpretes e executantes, que fazem da música seu meio de subsistência<sup>139</sup>. O

<sup>137</sup> O projeto é bem mais amplo do que a área artística. Destacou-se apenas o pertinente ao tema em tese.

<sup>138</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 84.

<sup>139</sup> “A conhecida banda de rock industrial, fundada em 1988 por Trent Reznor, atualmente segue independente de gravadoras e adota uma licença Creative Commons. De acordo com o site do Nine Inch Nails, o trabalho é apresentado de uma forma que nenhuma gravadora tradicional permitiria: totalmente sem DRM e através de um arquivo de alta qualidade.

No dia 2 de março de 2008, o Nine Inch Nails lançou o download gratuito de 9 faixas em MP3 de alta qualidade (320 Kbps) do álbum *Ghosts*. As opções não se limitam a essas faixas, no entanto, pois os fãs podem escolher pagar US\$ 5 pelo download de todas as 36 faixas mais um livro em PDF, US\$ 10 por um CD duplo ou US\$ 75 por uma edição de luxo. Os pacotes são descritos em detalhes na página da banda e somente a última opção, o pacote de US\$ 300, não se encontra mais disponível.

Em menos de dois dias esgotaram-se os 2.500 exemplares da edição de luxo de US\$ 300, autografada pelo próprio Trent Reznor – que incluía um vinil, assim como todos os downloads em alta qualidade, a edição de CD duplo, um DVD de dados e outros extras. A venda dos 2.500 exemplares rendeu cerca de US\$ 750.000 à banda, o que confirmou para muitos a possibilidade de coexistência entre as licenças Creative Commons e o modelo tradicional de distribuição.

O Nine Inch Nails, por meio da licença *Atribuição – Uso Não-Comercial – Compartilhamento pela mesma Licença*, autoriza os usuários a reproduzir, copiar e distribuir toda a obra, assim como a criar derivadas. As condições são poucas e razoáveis: basta creditar os artistas, não usar os arquivos para fins comerciais e, em caso de

argumento da grande indústria e do próprio ECAD no sentido de que o artista e a arte vêm sendo desrespeitados e sofrem ameaça de extinção, representa a minoria das opiniões dos artistas brasileiros e a unanimidade das *majors*, que insistem em manter o mesmo modelo de produção e divulgação cunhado desde a década de 1980 – modelo que encontra guarida na lei autoral brasileira. O artista contemporâneo, seja ele amador ou profissional, vem optando pela divulgação livre de seu conteúdo e, diga-se de passagem, usufruindo do conteúdo de outros<sup>140</sup>.

Inúmeros benefícios são obtidos através desta licença, como a desnecessidade de patrocínio de advogados para todo e qualquer ato do músico em relação ao licenciamento de suas obras, a ampliação do acesso à cultura e o fomento a novos artistas – beneficiários deste repositório comum -, a adaptação aos novos moldes de acesso a bens culturais, a desestatização do direito autoral e, principalmente, a mudança de paradigma em relação ao modo de produção musical atual. O artista, ao perceber que a cultura nasce, fundamentalmente, não dos milhões de reais que a indústria pode lhe oferecer, mas de sua criatividade, toma o controle de suas obras – nada mais lógico e justo – e as disponibiliza da maneira que bem entender. Este é o ponto: não é defendido que o modelo atual é de todo ruim, mas que não é o único, nem necessariamente o melhor. Através das licenças públicas intenta-se uma complementação ao direito autoral vigente, sem violar a lei de direitos autorais, mas se valendo de todos os potenciais nela escondidos, que vieram à tona com a propagação do compartilhamento de arquivos na internet. Este caminho de não modificação legal, apesar de mais conservador, não transforma o direito autoral estritamente falando, mas muda completamente a forma de se utilizar das prerrogativas que a LDA já dispõe.

As licenças, já adaptadas ao modelo brasileiro, são as seguintes<sup>141</sup>:

**Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas (by-nc-nd).**

Esta licença é a mais restritiva dentre as nossas seis licenças principais, permitindo redistribuição. Ela é comumente chamada "propaganda grátis" pois permite que outros façam download de suas obras e as compartilhem, contanto que mencionem e façam o link a você, mas sem poder modificar a obra de nenhuma forma, nem utilizá-la para fins comerciais.

---

modificação das faixas, distribuí-las sob similar ou sob a mesma licença usada pela banda.

Tudo isso se aplica aos quatro primeiros volumes do álbum Ghosts. Reznor afirma no site que mais volumes ainda estão por vir". Disponível em <[http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=100&Itemid=1](http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=1)>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

<sup>140</sup> “Sobre a pirataria ele disse que afeta a comercialização de música mas não faz diferença para os criadores. Afirmou ainda que sente saudade do vinil, mas entende a idéia de baixar músicas da internet. Caetano acha que a possibilidade de ouvir música de todas as partes do mundo pela web é um aspecto excitante. Revelou que seu último disco, "Cê", teve seus arranjos e concepção rock pensados desde a fase de composição". Caetano Veloso fala de pirataria, Lula, fotografia e celulares nos Encontros O Globo. **GloboOnline**, 23 de maio de 2007. Cultura. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2007/05/23/295864821.asp>>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

<sup>141</sup> Disponível em: <[http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=26&Itemid=39](http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39)>. Acesso em: 4 de maio de 2008.

**Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento pela mesma Licença (by-nc-sa).** Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre sua obra com fins não comerciais, contanto que atribuam crédito a você e licenciem as novas criações sob os mesmos parâmetros. Outros podem fazer o download ou redistribuir sua obra da mesma forma que na licença anterior, mas eles também podem traduzir, fazer remixes e elaborar novas histórias com base na sua obra. Toda nova obra feita com base na sua deverá ser licenciada com a mesma licença, de modo que qualquer obra derivada, por natureza, não poderá ser usada para fins comerciais.

**Atribuição - Uso Não Comercial (by-nc).** Esta licença permite que outros remixem, adaptem, e criem obras derivadas sobre sua obra sendo vedado o uso com fins comerciais. As novas obras devem conter menção a você nos créditos e também não podem ser usadas com fins comerciais, porém as obras derivadas não precisam ser licenciadas sob os mesmos termos desta licença.

**Atribuição - Não a Obras Derivadas (by-nd).** Esta licença permite a redistribuição e o uso para fins comerciais e não comerciais, contanto que a obra seja redistribuída sem modificações e completa, e que os créditos sejam atribuídos a você.

**Atribuição - Compartilhamento pela mesma Licença (by-sa).** Esta licença permite que outros remixem, adaptem, e criem obras derivadas ainda que para fins comerciais, contanto que o crédito seja atribuído a você e que essas obras sejam licenciadas sob os mesmos termos. Esta licença é geralmente comparada a licenças de software livre. Todas as obras derivadas devem ser licenciadas sob os mesmos termos desta. Dessa forma, as obras derivadas também poderão ser usadas para fins comerciais.

**Atribuição (by).** Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem ou criem obras derivadas, mesmo que para uso com fins comerciais, contanto que seja dado crédito pela criação original. Esta é a licença menos restritiva de todas as oferecidas, em termos de quais usos outras pessoas podem fazer de sua obra.

**Outras Licenças.** Também oferecemos uma série de outras licenças para aplicações específicas. As Licenças de Sampling permitem que pequenos pedaços da obra sejam remixados em obras novas, ainda que para uso com fins comerciais. Músicos que queiram compartilhar suas obras com seus fãs podem interessar-se pela Licença de Compartilhamento de Musica. A licença Nações em Desenvolvimento permite que você disponibilize sua obra sob condições menos restritivas para países que não sejam considerados como de alta renda pelo Banco Mundial. Finalmente, para o licenciamento de software, oferecemos as licenças GNU-GPL e GNU-LGPL.

Muitos artistas já têm se utilizado das licenças públicas para compartilhar suas obras. Exemplo disto é o cantor, compositor e atualmente Ministro da Cultura Gilberto Gil, que, adotando postura crítica e até adversa ao do modelo atual e ainda reinante de distribuição de música e de remuneração do artista, amparados pelo direito autoral vigente, vem disponibilizando inúmeras obras suas para download, além de todas as suas faixas para serem ouvidas gratuitamente em sua página na internet<sup>142</sup>. Outro fato curioso é a disponibilização gratuita, para download, que o grupo Coldplay fez de sua música “Violet Hill”, em seu próprio site<sup>143</sup>, pelo período de vinte e dois a vinte e nove de abril de dois mil e oito. Após este prazo, a música seria vendida, juntamente com o álbum do grupo. Em posição mais ousada, a banda de

<sup>142</sup> Cf. <<http://www.gilbertogil.com.br>>, especialmente a matéria “Concurso estimula download, sample e remix de CD”. Disponível em: <[http://www.gilbertogil.com.br/sec\\_news.php?page=7&id=59&language\\_id=1](http://www.gilbertogil.com.br/sec_news.php?page=7&id=59&language_id=1)>. Acesso em: 4 de maio de 2008.

<sup>143</sup> Cf. <<http://www.coldplay.com>>.

rock Nine Inch Nails disponibilizou, de graça, as primeiras nove faixas de seu álbum intitulado “Ghosts I-IV” e, caso o fã desejasse pagar cinco dólares, teria todas as trinta e seis faixas, dentre outras estratégias comerciais que renderam ao grupo o montante aproximado de dois milhões de dólares, dividido apenas entre o grupo, já que não fazem mais parte de qualquer gravadora.

Ainda que seja verificável, empiricamente, a real possibilidade do artista se remunerar disponibilizando suas músicas gratuitamente, é sabido que nem todos podem ou desejam fazer o mesmo. Por razões outras, o músico pode não desejar que suas composições sejam baixadas da internet, de forma livre mas, ainda sim, é certo que aqueles que desejarem manter seu acervo completamente intacto diante desta maravilhosa novidade tecnológica estarão um passo atrás de outros artistas. Não é preciso que se disponibilizem todas as músicas, em todo tempo, de todas as formas – a não ser que se verifique a legalização da cópia privada, através de modificação da Lei Autoral. Os exemplos anteriores demonstram que tecnologia aliada à liberação criativa de conteúdo têm como resultado o lucro, e boa parte dos cantores, instrumentistas e compositores já se deram conta disso.

## **8. CONCLUSÃO**

Há um modelo ideal e outro real, como em quase tudo no Direito e na vida, e não é diferente com o tratamento que se dá à música hoje, mais especificamente à sua divulgação, apropriação e transformação na internet.

Ideal seria se todos pudessem ter um aparato tecnológico mínimo para ter acesso à rede, ilimitadamente; que os músicos continuassem a se remunerar mesmo disponibilizando suas músicas de forma gratuita e que as empresas – gravadoras, editoras, produtoras – fossem altamente criativas e enxergassem sempre uma nova forma de lucrar, sem explorar o artista e sem querer frear, artificialmente, um avanço tecnológico cada dia mais comum e benéfico ao público.

Realidade, no entanto, se percebe hoje: público desejoso de mais conteúdo gratuito, de mais cultura, de mais entretenimento; gravadoras em busca de minimizar seus crescentes prejuízos, tentando restringir acesso a conteúdos através de bloqueios lógico-digitais junto aos provedores de acesso e de massificação de propaganda “antipirataria”; e, no meio destas posições antagônicas se encontra o artista, que deseja, de certa forma, parte das duas propostas, a saber, lucro e divulgação. O direito autoral se encontra justamente aí: pressionado por todas estas partes, mas servindo mais ao capital do que ao compartilhamento.

No comportamento dos dois primeiros atores não se observam muitas variedades, com raras exceções. A maior parte do público, se não faz *download* de músicas, conhece alguém que o faz e, em algum momento, obtém algum suporte físico – o CD, na maioria das vezes – que não é o vendido pelas lojas, no modelo “legal”. As gravadoras, excluindo algumas poucas, independentes, fazem o possível para projetar seu poder de influência no parlamento, nos provedores de acesso e no público consumidor, com o fim de retomar aos seus áureos tempos de domínio absoluto de mercado. E o artista? Neste não é possível observar um comportamento predominante, mesmo porque não se tem conhecimento de pesquisa de grande porte, nem no Brasil nem em qualquer parte do globo, que tenha captado a tendência da maioria dos músicos diante das novas tecnologias. Alguns poucos exemplos foram dados no texto, com o escopo de demonstrar que muitos já vislumbram suas carreiras de forma sustentável compartilhando conteúdos, outros não, por várias razões – ou porque, realmente, não conseguem se remunerar sem vendagem de suportes físicos, ou porque têm contrato com gravadora de grande porte, ou porque simplesmente não concordam e não desejam que seu trabalho seja utilizado desta maneira.

O trabalho em tese, porém, buscou demonstrar como e porque a cópia privada deve ser legalizada, já que a função social da propriedade intelectual, princípio inscrito na Carta Magna, reclama uma legislação melhor adequada aos novos tempos.

Conclui-se, portanto, que inevitável e já presente é a nova maneira de se experimentar, trocar e até criar música. Cabe aos operadores do Direito a tarefa de, observando a *práxis* social, corroborá-la, desde que não fira princípios constitucionais mínimos. No caso do compartilhamento de arquivos, ao contrário, estar-se-ia reafirmando tais princípios, em especial o do livre acesso, a todos, dos bens culturais musicais existentes no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, 1932. **Direito Autoral**. 2. Ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- \_\_\_\_\_, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BRANCO Júnior, Sergio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHAVES, Antonio. **Direito de Autor: Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro:Forense, 1987.
- DORIGATTI, Bruno. Ascensão e Declínio do Autor. In: I Seminário Brasileiro sobre Livro e História Editorial. 2004, Rio de Janeiro.
- GUEIROS, Nehemias Jr, 1958. **O Direito Autoral no Show Business: Tudo o que você precisa Saber**. Vol. 1: A Música – 3ª Ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. A história do Direito de Autor no Ocidente e os tipos móveis de Gutenberg. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, p. 116, fevereiro de 2005.
- LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. O julgamento dos funcionários nazistas. Ed: ?, 19??.
- ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.
- AVANCINI, Helenara Braga. Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação, p. 5. [BDJUR. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos\\_Humanos\\_Fundamentais.pdf>](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf) Acesso em: 27 de março de 2008.
- Caetano Veloso fala de pirataria, Lula, fotografia e celulares nos Encontros O Globo. GloboOnline, 23 de maio de 2007. Cultura. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2007/05/23/295864821.asp>>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

KLEIN, Allison. Como funcionam as gravadoras: A organização de uma gravadora. Traduzido por HowStuffWorks Brasil. Maio de 2003. Atualizado em 16 de abril de 2007. Disponível em: <<http://lazer.hsw.uol.com.br/gravadoras1.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

LOSSO, Marlus Eduardo Faria. Noções de direito autoral e sua regulamentação internacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 464, 14 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5806>>. Acesso em: 14 out. 2007.

MAIA, Felipe. MySpace Brasil cutuca Orkut e diz que será “amigo” da Justiça. Informática. Folha On Line. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u354992.shtml>>. Acesso em: 1 de maio de 2008.

MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 31 mar. 2008.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A função social e ambiental da propriedade intelectual: a complementaridade de institutos jurídicos de direito público e de direito privado. CONPEDI. p. 6. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/propried\\_intelectual\\_alaim\\_fortes\\_stefanello.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/propried_intelectual_alaim_fortes_stefanello.pdf)>. Acesso em: 27 de março de 2008.

Vozes em defesa do direito autoral. **Letras&Notas**: Notícias do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Rio de Janeiro. Janeiro/Fevereiro/2008/Ano 2/nº 5. Comemorando 30 anos, p.4.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9610.htm)>.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/27397,1>>.

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Gravadoras\\_independentes](http://pt.wikipedia.org/wiki/Gravadoras_independentes)>.

<<http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI1196311-EI4802,00.html>>.

<<http://www.apple.com/itunes>>.

<<http://www.coldplay.com>>.

<[http://www.cultura.gov.br/programas\\_e\\_acoes/gestao\\_da\\_politica\\_de\\_cul.php?p=9103&more=1&c=1&pb=1](http://www.cultura.gov.br/programas_e_acoes/gestao_da_politica_de_cul.php?p=9103&more=1&c=1&pb=1)>.

<<http://www.cultura.gov.br/site/?p=10919>>.

<<http://www.diretorio.fgv.br/cts/index.html>>.

<<http://www.ecad.org.br/ViewController/Publico/home.aspx>>.

<<http://www.gilbertogil.com.br>>.

<<http://www.infowester.com/histomptres.php>>.