

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

A IMPORTANCIA DA CORRETA DISTINÇÃO DOS CONCEITOS DE
MODALIDADE DE USO E SUPORTE NA APLICAÇÃO DA LEI DE DIREITOS
AUTORAIS

SÉRGIO ELLY DA SILVA VOLLRO JÚNIOR

SÉRGIO ELLY DA SILVA VOLLARO JÚNIOR

A IMPORTANCIA DA CORRETA DISTINÇÃO DOS CONCEITOS DE
MODALIDADE DE USO E SUPORTE NA APLICAÇÃO DA LEI DE DIREITOS
AUTORAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim.

Rio de Janeiro
2016 / 2º Semestre

SÉRGIO ELLY DA SILVA VOLLARO JÚNIOR

A IMPORTANCIA DA CORRETA DISTINÇÃO DOS CONCEITOS DE
MODALIDADE DE USO E SUPORTE NA APLICAÇÃO DA LEI DE DIREITOS
AUTORAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr.
João Marcelo de Lima Assafim.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2016 / 2º Semestre

SÉRGIO ELLY DA SILVA VOLLARO JÚNIOR

VV923i Vollaro Jr., Sérgio Elly da Silva
A IMPORTANCIA DA CORRETA DISTINÇÃO DOS
CONCEITOS DE MODALIDADE DE USO E SUPORTE NA
APLICAÇÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS / Sérgio
Elly da Silva Vollaro Jr.. -- Rio de Janeiro,
2016.
68 f.

Orientador: João Marcelo Assafim.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Direito Autoral. 2. Modalidade de uso. 3.
Suporte. I. Assafim, João Marcelo, orient. II.
Titulo.

342.28

Aos meus pais, minha família, meus amigos e meus mestres, que me ensinaram, cobraram e apoiaram de forma incondicional, me dando meios e forças para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

A lei de direitos autorais é objeto de uma evolução histórica, da tutela dos direitos do autor e seus direitos conexos, sendo reflexo da evolução da sociedade, sua economia e sua tecnologia, com isso, é de suma importância a interpretação e aplicação desta lei, de forma a levar em consideração todos os fatores que colaboram para a constante evolução do mercado relacionado ao direito de autor. Atualmente é muito comum observarmos uma confusão relacionada as expressões “modalidade de uso” e suporte, seja em contratos ou decisões judiciais, mesmo tendo tais expressões significados claramente distintos. O objetivo do presente estudo é, sob um olhar de uma análise do Direito do Autor em si, da evolução histórica do mercado e da sociedade, identificar as características e diferenças destes dois elementos, a fim de alcançar uma definição própria pra cada um. A partir da determinação destes conceitos o artigo se propõe a discutir sobre a questão da validade da cessão de direitos autorais patrimoniais para utilização de obras em suportes não existentes à época da assinatura do contrato. Em sentido contrário à jurisprudência majoritária, é proposta uma forma alternativa de resolução de conflitos, a partir da teoria da imprevisão e da possibilidade de revisão contratual.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Modalidade de Uso; Suporte; Contratos, Cessão.

ABSTRACT

The Author's Rights Law is a product of the historic evolution of the authors rights and it's relateds, reflecting the society's evolution, it's economy and it's technology. It's a matter of high relevance to apply and to interpret this law considering all the factors that contribute for a constant evolution of the market related to the Authors Law. Nowadays it's quite common to see a confusion between two distinct concepts, which are "Modality of Use" and "Support". This confusion happens both in contracts and in court decisions. The objective of the present thesis is to identify the characteristics and the differences between this two concepts, in order to achieve one proper definition to each one. After that, it's important to discuss the nuances of the uses of a phonogram in supports that did not exist in the event of the contract. .

Keywords: Author's Rights Law; Support; Modality of Use; Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRECEDENTES	12
1.1 Da origem do direito autoral.....	12
1.2 Do fonograma e sua origem.....	15
2 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS	18
2.1 A definição do direito autoral.....	18
2.2 A autoria.....	19
2.3 Obra intelectual.....	19
2.4 Os fundamentos do direito autoral.....	23
2.5 Os fundamentos transcendentales.....	24
2.6 Os fundamentos positivos.....	27
2.6.1 O fundamento constitucional.....	27
2.6.2 O fundamento no direito internacional público.....	29
2.6.3 O fundamento da imposição da natureza jurídica da propriedade.....	31
2.6.4 Qual o fundamento?.....	32
2.7 Direitos patrimoniais, direitos morais e direitos conexos.....	33
2.7.1 Os direitos morais.....	35
2.7.2 Os direitos patrimoniais.....	37
2.7.3 Os direitos conexos.....	38
2.8 os contratos de transmissão de direitos patrimoniais autorais.....	40
3 MODALIDADE E SUPORTE	41
3.1 Exteriorização e materialização.....	42
3.2 Formas de exteriorização: suporte e meio.....	43
3.3 Modalidade de uso.....	46
4 OS PROBLEMAS DECORRENTES DA MÁ DISTINÇÃO DESTES CONCEITOS	47
4.1 A validade da cessão para suportes não existentes.....	48
4.2 Distinções entre nova modalidade e novo suporte.....	54
4.3 A questão do desequilíbrio contratual causado pelo dinamismo do mercado.....	55
4.4 A relevância das mídias digitais para o mercado fonográfico atual.....	57

5 CONCLUSÃO.....	64
6 OBRAS CITADAS.....	66
7 OBRAS CONSULTADAS.....	68

INTRODUÇÃO

A Lei de Direitos Autorais 9.610/98 (LDA) garante ao autor o direito, exclusivo, de utilizar, fruir e dispor de suas obras, o que pode ser observado no Art. 28 da referida lei. Desse modo, a legislação garantiu um mecanismo “retroalimentar” de produção cultural, através do qual o autor colhe os frutos decorrentes do monopólio de exploração comercial de suas obras, garantindo-lhe assim, sustento que possibilite a continuação de suas criações.

No entanto, raras são as circunstâncias em que um autor auferir lucros a partir da fruição direta das suas obras. O meio mais usual de remuneração do autor é através da transmissão parcial ou integral dos direitos de utilização de suas criações (transmissão aqui não se confunde com a transmissão por radiofrequência, sinal digital ou similares, transmissão aqui se refere a uma alienação de direitos) para exploração comercial de terceiros.

Desta forma, o autor de uma poesia, cede os direitos de reprodução e distribuição de sua obra para uma pessoa jurídica, uma editora, em troca de um percentual a incidir sobre as vendas dos exemplares de sua obra. O diretor ou um produtor originário, cede os direitos de transmissão de sua obra audiovisual para uma emissora de televisão, isso em troca de uma remuneração a ser fixada entre as partes.

Com isso, é de suma importância para a indústria do entretenimento, a negociação dos termos e condições da transmissão dos direitos autorais patrimoniais, tanto sob o ponto de vista dos autores, como dos demais cedentes e cessionários.

Nesse contexto, um tópico se destaca, pois causa certa confusão na seara da elaboração e interpretação dos contratos, qual seja, a diferença entre “modalidade de uso” da obra e “suporte” da obra, termos estes essenciais para a definição do escopo da alienação dos direitos patrimoniais do autor.

Mesmo possuindo conceitos distintos, é comum nos depararmos com contratos de transmissão de direitos autorais nos quais a aplicação dos termos “modalidade de uso” e “suporte” se sobrepõem de forma imprecisa e equivocada, seja por desconhecimento técnico dos contratantes ou por receio de uma interpretação judicial desfavorável decorrente do desconhecimento técnico de um eventual juiz que venha a ser suscitado a decidir um caso.

Analisando de um ponto de vista mais prático, a questão mais crítica que decorre desta confusão se relaciona à regra do artigo 49, V da LDA, que determina que a alienação terá validade somente para as modalidades de utilização já existentes à data de assinatura do contrato. Em outras palavras, qualquer modalidade a ser inventada em momento posterior à execução do contrato terá que ter objeto de nova transmissão de direitos. Uma vez que “modalidade” e “suporte” são comumente confundidos, existe uma tendência em aplicar-se o Art. 49, V também para os “suportes”, o que a nosso ver, não é a correta interpretação da norma.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é identificar as características e diferenças desses dois termos, a fim de alcançar uma definição própria para cada um. A partir de uma análise da evolução da lei de direitos autorais e do mercado autoral, assim como da evolução tecnológica e seus impactos no mercado. Vamos discutir a validade da transmissão dos direitos autorais patrimoniais em suporte não existente à época da assinatura do contrato, partindo da correta definição dos conceitos “modalidade de uso” e “suporte”.

1 PRECEDENTES

1.1 Da origem do direito autoral

Diante do presente trabalho, a primeira indagação que nos fazemos é: “de onde surgiu o Direito Autoral?”

De início já conseguimos, mesmo que de forma rasa, responder a indagação dizendo que o Direito Autoral surgiu diante da necessidade de se garantir o direito de exploração econômica das obras intelectuais, até então entendidas simplesmente como “arte”. Devendo o termo “arte” aqui ser entendido como a obra que, ao tempo de sua criação, tinha como propósito os seus efeitos estéticos e meramente intelectuais, sem a presença de uma finalidade utilitária, qual seja, a industrial¹.

O ser humano, como um ser pensante, é naturalmente criativo, de modo que a necessidade de expressar-se é inerente ao próprio homem. A arte é anterior a própria escrita, de tal maneira que há registros de pinturas rupestres nas paredes de cavernas datadas do período pré-histórico, que constituem uma das mais primitivas formas de criação intelectual estética.

Apenas na Grécia Antiga, com o advento da escrita, é que foram lançadas as bases para a criação do pensamento moderno, fundado na própria escrita, uma vez que até então, a comunicação humana era realizada basicamente por meio oral, valendo-se de gestos, gritos e expressões corporais e faciais².

A Comunicação então se modernizou e se multiplicou por meio das artes literárias, pintura, escultura, dramaturgia, arquitetura e inúmeras outras formas de expressão artística.

Vale ressaltar que, neste momento, pouca ou quase nenhuma era a preocupação com os direitos relacionados à autoria das obras, especialmente aqueles de natureza patrimonial, uma vez que era bastante escassa a exploração das obras intelectuais. Dessa forma, embora se

¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

² GANDELMAN, Henrique, De Gutenberg à Internet: direitos autorais das origens à era digital. 5 ed. Rio de Janeiro: Record 2007.

verificasse, mesmo que de maneira precária, certos direitos morais, como o direito de paternidade da obra. A grande maioria dos autores concordam em afirmar a inexistência de um sistema legal de proteção dos autores na antiguidade, de modo que a normatização do Direito do Autor, como direito positivo, surgiu muito após a antiguidade clássica.

Nesse sentido, o direito autoral só teve início da forma como conhecemos nos dias de hoje com a invenção da prensa por Gutenberg, que possibilitou que livros, até então transcritos à mão, em uma sociedade na qual a escrita era restrita a uma ínfima parcela da sociedade, fossem reproduzidos em maiores escalas em períodos de tempo muito menores.

A respeito disso, disserta João Henrique Fragoso:

“Nascido como um Direito do editor, a partir dos primeiros privilégios concedidos aos livreiros para publicação gráfica de obras literárias e de escritos em geral, depois extensivo aos desenhos, gravuras, etc., o Direito de Autor surgiu como a síntese, num primeiro momento, de interesses reais (ou de razões de estado, inclusive igreja) em fricção com interesses de uma burguesia ascendente, composta pela classe de comerciantes de livros (livreiros ou editores), organizados como na Inglaterra, em corporações³.”

Como afirmado anteriormente, até o advento da prensa criada, a maior preocupação relacionada ao Direito Autoral dizia respeito meramente a ter a obra identificada pelo nome do autor. A prensa surge então para ressaltar a importância do proprietário da obra, que a partir daí, configurava-se também titular do direito de copiá-la (daí o termo direito de copiar: *copyright*).

Nesse diapasão, o cerne dos direitos autorais, que até então se encontrava basicamente na autoria da obra, passa a figurar na titularidade dos direitos de sua reprodução, como assevera Henrique Gandelman em sua obra:

“Aí sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere à remuneração dos autores e do direito de reproduzir e utilizar as suas obras⁴”.

³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pag 47

⁴ GANDELMAN, Henrique, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais das origens à era digital*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record 2007. P.26.

Surgem também os privilégios, que consistiam em direitos de exclusividade similares aos atuais, para reprodução e distribuição do material impresso, por tempo determinado e renovável. Tais privilégios, que foram concedidos primeiramente de maneira exclusiva aos impressores, foram posteriormente outorgados aos autores e seus herdeiros em meados do século XVII, podendo ser considerados os precursores do Direito de Autor⁵.

Na Inglaterra de 1662, já se assegurava aos autores o direito patrimonial de remuneração pela exploração da obra a partir de normas promulgadas pela Rainha Ana, no denominado *Licenisg Act*. Em 1710, é então constituído e promulgado pela mesma Rainha, um estatuto onde o autor figura como um ente passível de direitos, consolidando e modificando princípios e práticas precedentes, desta forma estabelecendo o *copyright*, que vem de maneira pioneira conferir também aos autores das obras, e não somente aos editores, o direito exclusivo de cópia e reprodução.

O estatuto inglês surgiu como fruto de pressões de uma burguesia ascendente, e conforme denota Fragoso:

“Seu objetivo era claro: combater a contrafação e proteger os interesses, acima de tudo, do comércio ilegal de livros e outros escritos, estabelecendo pena para quem publicasse, importasse ou colocasse à venda obra sem o consentimento do proprietário (não do autor, necessariamente), aqui se entendendo como o adquirente do direito de reprodução (...), o chamado *copyright owner*”⁶

Na França, por sua vez, após a Revolução francesa, ocorrida em 1789, surge o conceito de *Droit d’Auter*, incorporando às prerrogativas já existentes no ordenamento jurídico inglês a exclusividade de direitos de autor, tanto patrimoniais como morais, sobre a obra.

Os primeiros traços de normas com a reminiscência ao Direito Autoral no Brasil se deram por meio de disposição no Código Criminal de 1830 que proibia a reprodução de normas compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros.

⁵ SALINAS, Rodrigo Kopke. Introdução ao Direito Autoral. In: CRIBARI, Isabella (org.). Produção cultural e propriedade intelectual. Recife: Massangana, 2006. P. 22

⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pag 51-52.

Contudo, somente com a primeira Constituição da República, que remonta ao ano de 1891, é que o tema passa a ser regulado de maneira mais objetiva, garantindo aos autores de obras literárias ou científicas, assim como aos seus herdeiros, o direito exclusivo de reprodução das obras.

Atualmente está em vigor a lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei dos Direitos Autorais (LDA).

1.2 Do fonograma e sua origem

Pode se dizer, que de início o Direito Autoral era “planificado”, só versava sobre obras físicas, tangíveis, isto é, sobre o livro, a gravura, a partitura. De início, mesmo quando se tratava da proteção às obras musicais, isso se resumia a sua letra e sua partitura, desta forma, as editoras eram quem detinha o monopólio da publicação das obras, mesmo as musicais, isso porque, dificilmente um autor consegue fazer a distribuição e publicação de suas obras por meio próprio, sempre dependendo de uma editora para efetuar uma ampla distribuição de suas obras, sendo as editoras as únicas instituições que detinham a capacidade de articulação no mercado que propiciavam uma ampla disponibilização das obras musicais.

Quando tratamos de obras musicais, tínhamos na partitura o principal suporte para o registro da música, o que perdurou até o início do século XX, quando começaram a se popularizar os Fonógrafos. Antes do surgimento da gravação mecânica (o que ocorreu em meados do século XIX), a partitura era o suporte para as obras musicais, a única forma de se ouvir música antes do advento do fonograma, era através das execuções ao vivo.

Nos Estados Unidos, as canções do *Tin Pan Alley*⁷, circularam através da partitura e as editoras compuseram um importante polo de circulação do mercado de bens culturais. Para a história das canções, a partitura é a fonte primária primordial⁸.

Entretanto, com o advento da gravação musical, possibilitada com a invenção do fonógrafo (já haviam aparelhos capazes de realizar a gravação sonora, entretanto apenas o

⁷ *Tin Pan Alley* é como era chamado o conjunto dos editores de partituras de Nova York, que dominavam o mercado da música popular americana no final do século XIX.

⁸ BAIÁ, Silvano Fernandes. Partitura, Fonograma e Outros Suportes: Fontes para a historiografia da música popular. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História - ANPUH - São Paulo, 2011

fonógrafo, foi capaz de realiza-la de forma a propiciar a exploração comercial da gravação) por Thomas Edison, em 1877.

O fonógrafo foi o primeiro aparelho, capaz de gravar e reproduzir sons, modificando a cultura musical e a forma como a música era percebida e consumida pela sociedade. Isso porque, como já dissemos, antes do advento do fonógrafo, só se podia ouvir música através das performances ao vivo.

Tal invenção foi uma verdadeira revolução no Direito Autoral, isso porque antes da invenção aparelho, como já vimos, se uma pessoa quisesse ouvir música, só conseguiria através da performance ao vivo.

“It’s almost hard to reconstruct how different music was before the phonograph. Back in the mid-1800s, if you wanted to hear a song, you had only one option: live. You listened while someone played it, or else you played it yourself.”⁹

O fonógrafo foi portanto, uma tecnologia que inaugurou a multiplicidade de suportes, isto porque, antes só existia um suporte para as obras musicais, as partituras e tablaturas, ambas do mesmo gênero, nada mais eram que a reprodução escrita da música, tal inovação criou a possibilidade de fixação da obra musical em Fonograma, um suporte e modalidade de uso completamente diferente para a época, o que inaugurou uma nova era do mercado da musica e do próprio direito autoral.

A primeira mudança foi a inserção de um novo elemento no direito autoral, o fonograma, que é diferente de obra, sendo a obra a criação intelectual do autor, contendo letra e melodia, talvez apenas uma melodia (no caso de um instrumental por exemplo), a obra pode ser interpretada por diferentes músicos (intérpretes) de diferentes maneiras, já o fonograma é a fixação da interpretação desta obra em um suporte executável, é a gravação desta obra, como a própria lei define:

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

⁹ THOMPSON, Clive. How The Phonograph Changed Music Forever, 2016. Disponível em: <<http://www.smithsonianmag.com/arts-culture/phonograph-changed-music-forever-180957677/?no-ist>>. Acesso em 08/10/2016.

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;”

O advento do fonograma causou verdadeira revolução, pois como já vimos, inaugurou um novo suporte de fixação para a obra, assim como uma modalidade de uso completamente nova, pois antes, a única modalidade de uso existente era a reprodução, que à época se dava apenas através das partituras, com o Fonógrafo, as obras passaram a ser fixadas em cilindros de cera, que ao serem inseridos no aparelho, eram reproduzidos, havia a reprodução da obra, mas desta vez em forma sonora, e não mais apenas através de uma simples representação escrita.

O Fonograma não inaugurou apenas uma nova era do Direito Autoral, mas também do mercado da música, o Fonógrafo foi quem inventou a música pop de 3 minutos, isso porque, esse era o tempo máximo de reprodução dos cilindros no início da tecnologia, antes de tal invenção, as sinfonias poderiam durar mais de uma hora, mesmo as marchinhas se estendiam por dezenas de minutos, os compositores e editores passaram a ter que fazer seu trabalho em uma “escala menor”, o grande compositor Igor Stravinski, ao compor sua famosa serenata em A, o fez de forma que cada movimento coubesse em um disco de 3 minutos de duração.

Essa “dificuldade técnica”, passou a mudar a forma como era feita a música, fonograma constituiu portanto, uma enorme revolução tecnológica, cultural, e porque não, jurídica, uma vez que criou toda uma nova vertente de utilização da obra, ao qual o Direito de Autor deveria se preocupar em cuidar.

Em seu início, o fonógrafo passou por sérias resistências no meio musical, a mais impactante talvez tenha sido a de John Phillip Sousa, que era um dos mais respeitados músicos à época, conhecido como o “Rei da Marcha”, era muito reconhecido e respeitado, tendo sido o líder da “The President’s Own Band”, banda presidencial dos Estados Unidos, durante o mandato de cinco presidentes americanos¹⁰.

¹⁰ BIERLEY, Paul E. John Phillip Sousa Biography, 2007. Disponível em <http://memory.loc.gov/diglib/ihis/loc.natlib.ihis.200152755/default.html> Acesso em 08/10/2016

Sousa se referia ao início da indústria fonográfica como “Música Enlatada”, chegando a dizer que esse novo mercado iria arruinar ao convívio social das pessoas, pois elas não iriam mais se reunir para escutar músicas, o que era um dos maiores eventos sociais àquela época, chegando a adotar o seguinte discurso em uma audiência no congresso americano, em 1906:

“These talking machines are going to ruin the artistic development of music in this country. When I was a boy...in front of every house in the summer evenings, you would find young people together singing the songs of the day or old songs. Today you hear these infernal machines going night and day. We will not have a vocal cord left. The vocal cord will be eliminated by a process of evolution, as was the tail of man when he came from the ape.”¹¹

Como podemos ver, já naquela época havia uma forte resistência a evolução tecnológica, e críticas um tanto infundadas ao surgimento da nova tecnologia, um pouco parecido com o ocorrido com o surgimento dos suportes digitais, muitos disseram que tal evolução traria a morte das chamadas mídias físicas, como o CD, mas hoje vemos que isso não ocorreu, o que atende uma necessidade da própria sociedade, uma vez que infelizmente na sociedade desigual em que vivemos, nem todos tem acesso a meios digitais de consumo de música. Portanto a manutenção da distribuição de suportes físicos é mais que simples fetiche de quem busca um produto *premium*, como um lançamento especial em vinil, sendo na verdade uma necessidade social, para que grande parcela da população continue tendo acesso a cultura.

2 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

2.1 A definição de direito autoral

O Direito Autoral é definido por Carlos Alberto Bittar como sendo “O ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.¹²

¹¹ WARFIELD, Patrick, John Phillip Sousa And The Manace of the Mechanical Music, 2009. Disponível em <<http://drum.lib.umd.edu/bitstream/handle/1903/12871/11b.%20JSAM.pdf;jsessionid=FA931E54C640872AF7CBF7AF747E284D?sequence=1>> Acesso em 08/10/2016.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Com isso, para melhor compreensão e o devido desenvolvimento deste trabalho, necessária se faz a análise de determinados conceitos jurídicos fundamentais que integram a disciplina dos Direitos Autorais.

2.2 A autoria

Para analisarmos a autoria, é fundamental que seja feita a análise da relação entre determinada criação intelectual e seu criador, ou seja, o sujeito ao qual se imputa determinada obra, objeto de sua criatividade. Os termos criação e obra, assim como obra e fonograma e modalidade de uso e suporte, são termos com significados distintos, sendo criação um termo muito mais amplo que obra. Embora o legislador nacional se refira ao objeto do Direito de Autor como sendo a “criação do espírito”, a criação intelectual só recebe proteção legal quando é exteriorizada e concretizada, transformando-se em obra intelectual.

Do ponto de vista do Direito Autoral, a autoria está intimamente relacionada com a *expressão* enquanto modo de concretização e exteriorização do pensamento, e não ao conteúdo. A autoria está necessariamente vinculada a uma determinada forma de expressão. Criador e autor não são portanto termos sinônimos, da mesma forma que não o são criação e obra intelectual.

No século XV, com o surgimento da imprensa, a autoria literária deixou de ter um significado meramente intelectual, mas passou a ter um significado econômico, o que Foucault denominou “função autor”. A partir deste momento, o autor passou a usufruir de um prestígio que, acima de tudo, reflete sua emancipação social. Com efeito, a partir do século XVIII, houve um aumento do número de pessoas que poderiam viver de sua produção intelectual.

Portanto, no conceito moderno de autoria, o autor é quem origina uma obra e a exterioriza, a expressa, e por essa razão tem o direito de explorar economicamente a sua criação.

2.3 Obra intelectual

José de Oliveira Ascensão leciona que o direito autoral tutela necessariamente criações de espírito, ele diz:

“o direito de autor pressupõe uma obra, não há direito de autor sem obra; [...] a obra é o objeto da proteção no Direito de Autor”¹³

O artigo 7º da LDA nos traz a ideia de que as criações de espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, são obras intelectuais protegidas, a Lei brasileira exige ainda que a obra seja original, ou seja, que não constitua réplica de outras obras pré-existentes, embora tal quesito de originalidade não seja absoluto, como veremos mais adiante.

É importante a análise do requisito legal da exteriorização para que determinada criação seja considerada obra, ao exigir que a obra deva ser expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, a lei está definindo que, para que seja protegida, a criação de espírito deve ser exteriorizada, não havendo proteção à criação que permaneça no campo das ideias.

Para que um objeto possa ser caracterizado como obra autoral, é essencial que seja original. Para José de Oliveira Ascensão:

“A tarefa de criação, sempre pessoal, implica que o contributo do espírito fique impresso na obra criada. Nisto consiste a originalidade. Tarefas mecânicas, servis ou banais de conjugação de elementos não representam criação e neste sentido, não apresentam originalidade. A obra não pode se resumir a um trabalho de dedução ou à arrumação de dados preexistentes.”¹⁴

Já João Henrique Fragoso, nos traz a noção de que, ao se falar em originalidade, nos interessa o modo como determinada ideia é tratada pelo autor; como ela é composta, suas motivações, a carga emocional, em suas palavras:

“Importa enfim a sua característica original, seja boa, seja má, pouco imaginativa ou não”.

¹³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 1997. P. 27

¹⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 1997. P. 62

Ou seja, para se definir se uma obra é original e se lhe é devida proteção, não cabe qualquer juízo de valor sobre a “qualidade da obra”, pouco importa se o interlocutor, ou um eventual juiz concorde, discorde, ou mesmo goste do teor da obra, basta que ela cumpra os requisitos legais, isso por si só, já garante a proteção prevista na LDA.

No que tange a noção de originalidade da obra, Bittar por sua vez vai além, assevera que apesar dos elementos criativos próprios serem essenciais, o requisito da originalidade deve ser analisado de maneira relativa, por admitir que não há que se exigir novidade absoluta¹⁵, até por conta de ideias serem parte da herança comum da humanidade e de seu inconsciente coletivo¹⁶

Originalidade e criatividade são portanto conceitos equivalentes, isso porque, se a obra intelectual é uma criação intelectual pessoal, pressupõe ela a existência de um grau mínimo de engenhosidade e de individualidade, o que distingue a obra protegida da banal ou comum.

Shakespeare é neste caso um ótimo exemplo, pois era um autor que com frequência, se utilizava de obras preexistentes para elaborar suas peças de teatro, mas as modificava e transformava em uma obra nova com a ação de seu espírito criador, sua criatividade.

Um exemplo mais atual, embora nem tanto, de tal condição de criatividade para estabelecimento da originalidade da obra, são as obras da banda inglesa *Led Zepellin*, que são constantemente associadas a outras de sua época, mas que são claramente obras distintas, pois a modificação ocasionada pela ação da criatividade dos autores desta banda, gerou uma obra distinta, que embora possa trazer elementos comuns, os transforma de modo a trazer uma real originalidade na obra nova.

Deste modo, pode se dizer que obras decorrentes de criações intelectuais que não se revistam dos requisitos da originalidade, embora mitigado, e da personalidade, ou seja, que não reflitam a personalidade e o espírito do seu criador, não poderão então ser passíveis de proteção por meio de direitos autorais.

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4 ed. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2004. P. 23

¹⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

Nesta mesma linha, de maneira a ilustrar a imperiosidade da observância do critério da criatividade, José de Oliveira Ascensão faz referência a uma câmera cinematográfica, que fora abandonada enquanto ligada, e permaneceu gravando determinada cena cotidiana, sem qualquer interferência humana em sua operação. Numa situação como essa, o resultado seria a tradução servil da realidade, carecendo da marca pessoal do cineasta, não fazendo assim sentido em se falar em obra intelectual. A verdadeira obra audiovisual seria aquela em que o autor lança a sua marca pessoal, não podendo existir outra idêntica, falando-se em criação imaterial, de forma a enriquecer o patrimônio cultural.

Mas é importante uma discussão, qual o nível de criatividade necessário para que uma obra seja considerada original, e portanto protegida?

A Convenção de Berna de direitos autorais, não define o quesito de originalidade, exatamente pela dificuldade em estabelecer um padrão consensual. Nos estados unidos, em 1850, George Curtis assim definia o critério para estabelecimento da originalidade da obra:

“The law does not require that a subject of a book be new, or that the materials of which is composed should be original; but there may be a valid copyright in the book itself, through the subject and the materials are common to all writers. In all such cases, the true inquiry is, whether the claimants book contains any substantive product of his own? If so, the law declares it entitled to the protection of copyright.”¹⁷

Já na Inglaterra era acolhida a chamada teoria da originação, como afirmava Copinger:

“(...) in order to acquire a copyright in a work it is necessary that it should be original. If any part of the composition is copied or adopted by the writer from a prior-existing work of course the title fails quo ad hoc, as the writer cannot have been the author of what he borrowed.”¹⁸

Essa teoria é conhecida na Inglaterra como *skill and labour*. Mas a Corte de Apelações Inglesa, numa decisão proferida em 1989 no caso *Interlego AG vs. Tyco International, Inc.*,

¹⁷ CURTISS, George Ticknor. A Treatise on The Law of Copyright (1847 – reprint). New Jersey: The Law Book Exchange, 2005, p 173-174.

¹⁸ COPINGER, Walther Arthur. The Law of Copyright (1870-reprint). New Jersey: The Law Book Exchange, 2008, p. 20.

considerou que apenas essa teoria não era suficiente, entendendo que para a concessão do *copyright* a uma obra, era exigido apenas que o autor acrescentasse, com o seu espírito criativo, algo de novo a uma obra pré-publicada. Com isso, não havia portanto muita diferença entre critério norte americano de originalidade e o inglês.¹⁹

Na Europa continental os critérios para estabelecimento se uma obra era original eram a noção de “esforço criativo do autor” e “marca da personalidade do autor”, o que com os anos evoluiu para a noção de “aporte (esforço) intelectual do autor”, em que se tutela o trabalho criativo enquanto tal, independentemente da qualidade da obra resultante e sua comparação com obras preexistentes.

A apuração de originalidade exige metodologia complexa, que se acha ainda em desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência, mas já podemos dizer que para termos uma criação nova, a obra deve ter a sua individualidade, não podendo ser mera reprodução de uma obra anterior, devendo ser gerada uma nova forma de expressão através da atuação do espírito criativo do autor sobre uma obra preexistente.

Obra é portanto a verdadeira manifestação da criação de espírito, manifestação pois para ser protegida, a obra precisa ser exteriorizada, fixada em algum suporte, não havendo proteção para a obra que fique no campo das ideias, não há ainda necessidade de ser obra absolutamente original, uma vez que um autor pode se valer de outras criações prévias para a criação de uma nova obra, ao conferir a primeira uma modificação reflexa da manifestação de sua personalidade, de seu espírito criador, ou seja é admitido que uma obra seja original, mesmo que ela tenha sido baseada em outra, mas para isso, o autor deve, mesmo ao tomar uma anterior como referência, impregnar a ideia que aquela continha, com o seu próprio estilo, seu próprio “espírito criador”, de forma a criar assim uma nova obra.

2.4. Os fundamentos do direito autoral

Para podermos compreender o Direito Autoral como direito exclusivo, em especial os direitos morais de autor e os direitos patrimoniais de autor, que são nosso próximo tema, é fundamental que consigamos observar os fundamentos do próprio direito autoral.

¹⁹ DOS SANTOS, Manoel José Pereira, A Questão de Autoria e Originalidade Em Direito de Autor, 1 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014

José de Oliveira Ascensão, diz que esse tema é debatido com frequência, mas os resultados a que se chega são extremamente variados e pouco reconfortantes, estando este desconforto na ambiguidade do que pode ser entendido como fundamento, pois são distintos os critérios aos quais recorreremos para definir quais seriam essas fontes.²⁰

O maior problema está em equacionar os critérios jurídicos e não jurídicos que justifiquem a atribuição de direitos intelectuais exclusivos sobre obras literárias ou artísticas. Pode se fazer tal justificação através de uma análise econômica do direito por exemplo, procurando a justificação dos direitos autorais em critérios econômicos, fazendo-se a análise do “custo-benefício” determinando se os resultados dos direitos exclusivos compensam os custos econômico-sociais que estes acarretam, sendo este um bom exemplo de critério não jurídico de justificativa dos Direitos Autorais, assim como o critério da análise política, em que se questiona se é politicamente correto onerar toda a sociedade com um monopólio estabelecido em proveito de apenas alguns (os autores e detentores dos direitos conexos).

Diante da dificuldade em se traçar um paralelo entre critérios jurídicos e não jurídicos, vamos nos ater aqui a uma análise jurídica da questão dos fundamentos dos Direitos Autorais, que no Brasil, correspondem ao direito do autor e seus conexos, entendendo por direitos conexos aqueles que se referem aos produtores, aos intérpretes, aos editores, aos arranjadores, enfim, todos os direitos que se relacionam ao de autor, mas não dizem respeito ao autor em sí.

2.5 Os fundamentos transcendentais

Dentre os fundamentos jurídicos para os Direitos Autorais podemos destacar os transcendentais, sendo esses aqueles buscam justificar a proteção conferida pelo direito do autor através do direito natural ou dos direitos humanos, havendo ainda os fundamentos positivos, que justificam os direitos do autor utilizando o direito internacional, o direito constitucional e o direito ordinário.

Por direitos transcendentais, podemos entender que esses, nas palavras de Ascensão “Se ancoram numa realidade exterior à ordem legislada e superior a esta, que se impõe por sí”.

²⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo*, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014 p. 33

Um bom exemplo para isso seria o direito natural, pois o direito do autor seria imposto como um direito natural, decorrente de um poder exclusivo do criador sobre sua obra.

O problema é que o direito autoral é relativamente recente, entrando agora no seu terceiro século, estando dependente de uma realidade histórica pautada por uma sociedade tecnológica, é perante esta realidade que temos de nos indagar se a atribuição de direitos exclusivos se tornou uma exigência irrefutável nos dias de hoje, e ao analisarmos isso diante de uma justificativa do direito natural, vemos que ela se torna vazia, pois de início a proteção conferida pelo direito do autor em nada tinha a ver com uma proteção de um direito natural, versando muito mais com uma proteção patrimonial.

Na sociedade tecnológica em que vivemos, o principal critério transcendental que podemos utilizar para fundamentar o direito autoral é o critério da “dignidade da criação intelectual”, de forma a proteger os autores e intérpretes da exploração de suas obras através dos meios de difusão da cultura de massas, mas desde já podemos fazer a seguinte indagação: porque esses meios também não tem de ter seus direitos defendidos?²¹

De início ao atribuímos a fundamentação do direito autoral à dignidade intelectual, podemos dizer que apenas o autor e o artista teriam direito a proteção conferida pelos direitos de autor, pois suas prestações à obra são altamente personalizadas, mas tal critério de justificativa não teria qualquer aplicabilidade às prestações puramente empresariais do produtor de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, que também são detentores de direitos autorais, sendo eles detentores de direitos conexos, da mesma forma que o intérprete, e são tão importantes como o autor e o intérprete na difusão da cultura.

Como diz Ascensão:

“A justificação pela dignidade do contributo social só poderia assim ser, no máximo, uma justificação setorial. Mas mesmo limitada, a justificação não é convincente. Desde logo, a dignidade da criação existiu sempre, sem nada ter que ver com a emergência da sociedade tecnológica; mas durante milênios não existiu direito de autor.

²¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo*, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014. P. 33

Mais se a atribuição de exclusivo se justificasse pela valia intelectual do contributo trazido, então teríamos de perguntar por que é protegida a criação ou interpretação de obras, e não o são outras atividades de tanta ou maior dignidade que estas.”²²

A justificativa para a atribuição do direito de autor não pode residir neste critério, pois o direito autoral não tutela as ideias, as concepções dos grandes filósofos gregos por exemplo, são atuais até hoje, mas as ideias não são passíveis de tutela autoral, da mesma forma que as descobertas, quantos gênios nós tivemos em nossa história? Planck, Einstein, Sagan, todos suas descobertas não tiveram proteção, apenas as aplicações práticas das mesmas, que venham a conduzir à resolução de um problema, e ainda assim serão objeto de uma patente, não de uma proteção autoral.

Não é portanto a dignidade da produção intelectual que justifica a atribuição do exclusivo, pois não justificaria o fato de apenas a expressão das ideias em que a obra se traduz ser protegida, e não a criação das ideias ou a descoberta científica.

Os direitos humanos também podem ser considerados justificativas transcendentais a exclusividade atribuída pelo direito do autor, manifestou-se ainda no século XVIII com os direitos naturais atribuídos por força das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo sua consagração universal no pós segunda guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e tantas outras subsequentes.

Mas para atribuir este critério transcendental como um fundamento as exclusividades do direito de autor, temos que fazer a distinção entre direitos morais de autor e os direitos patrimoniais de autor, que veremos mais a fundo no próximo item deste trabalho.

Basicamente, direitos patrimoniais se referem aos direitos relativos a exploração comercial da obra, podemos dizer que a pessoa humana tem vantagens com este direito, como por exemplo, uma remuneração que possibilite a ela “viver de sua obra”, mas dizer que a necessidade de atribuição de direitos patrimoniais sobre a obra criada é uma necessidade advinda dos direitos humanos, vai além da própria definição deste.

²² ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

Já com relação aos direitos morais, a justificativa torna-se mais plausível, pois os direitos morais do autor tem a ver com a identificação deste enquanto “pai” da obra, o direito a integralidade da sua obra, estes são direitos que podem ser relacionados ao caráter humano do autor, o de ser sempre lembrado como o criador de algo, e de ter a sua criação preservada. Esta vertente do direito de autor, pode então ter sua necessidade de atribuição de um direito exclusivo justificada através da incidência de direitos humanos.

Mas quando analisamos a origem do direito do autor, vemos que ele surge apenas dos aspectos patrimoniais, sendo os direitos morais um desdobramento posterior, surgindo apenas no final do século XIX, na França, a teoria do direito moral.

Portanto, o direito autoral tem fundamento nos seus aspectos patrimoniais e não morais, embora, portanto utilizar-se de critérios transcendentais para justificar a atribuição de direitos exclusivos de autor, é falho, pois tais critérios não se prestam para fundamentar o surgimento dos direitos autorais e todos os seus desdobramentos.

2.6 Os fundamentos positivos

Uma vez entendido que os critérios ditos transcendentais não servem de fundamento para o direito de autor, ao menos em sua totalidade, é necessário passarmos para os fundamentos positivos, assim denominados por José de Oliveira Ascensão²³.

2.6.1 O fundamento constitucional

Ao entrarmos na análise dos fundamentos positivos, é importante partirmos do status constitucional, é recorrente apelarmos à Constituição para justificarmos o Direito Autoral, através da qual, ficariam alicerçados os direitos exclusivos que este outorga. Ocorre que ao fazer uma análise comparada do direito, esta não é a visão predominante. Na generalidade dos países os direitos autorais não tem o nível de direitos fundamentais.

Mesmo nos Estados Unidos, que foram pioneiros na referência constitucional à proteção do autor, o Direito do Autor não é considerado um direito fundamental, porque a constituição

²³ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014. p 32

americana apenas autoriza o Congresso a legislar neste sentido, mas não estabelece nenhuma obrigação constitucional deste em fazê-lo.²⁴

À luz da Constituição brasileira, verificamos que esta estabelece de forma clara uma garantia institucional do direito de autor como direito exclusivo, o que pode ser depreendido claramente através do seguinte inciso de seu Artigo 5º:

“XXVII – Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

O problema é que nossa Constituição só versa de maneira direta sobre o direito do autor, não abrangendo seus direitos conexos, tais direitos não deixam de ter previsão constitucional, mas a constituição só abrange os direitos conexos dos intérpretes, e não impõe uma forma específica de estruturar essa proteção, além de deixar de lado todos os outros detentores dos direitos conexos ao do autor, deixando de conferir uma previsão constitucional à proteção dos direitos de todo um grupo, que é de suma importância para a produção cultural e sua difusão, propiciada pelo sistema do Direito Autoral.

Então, para analisar o fundamento objetivo constitucional, temos de nos limitar ao direito do autor.

Mesmo nesta hipótese, fica claro ao analisar o texto constitucional, que é o aspecto patrimonial do direito do autor que está sendo protegido, não o moral. Ao falar em “utilização”, a Constituição dá claramente um “acento patrimonial”. No que disser respeito a proteção aos direitos morais do autor, está terá de ser buscada em outros dispositivos da constituição, nomeadamente aonde esta propõe a dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos humanos (para nós este é o mais importante, como já vimos) como “superprincípios constitucionais”.

Ao falar em publicação da obra, a constituição trata da utilização pública desta obra, há aí portanto uma garantia ao autor de que ele detém o exclusivo aproveitamento econômico da obra. Nas palavras de Ascensão:

²⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014 p.33.

“A lei vê o modo de remuneração da prestação criativa do autor na reserva a este dos proventos que a obra produzir, quanto o direito durar.”²⁵

Vê-se desta forma, que a nossa Carta Magna, se preocupa muito com os aspectos patrimoniais do Direito de Autor, o que é coerente, pois como já vimos, este direito encontra sua origem na necessidade de tutela dos interesses primordialmente econômicos. A Constituição brasileira então não atribui diretamente ao Direito de Autor uma função social, nem o submete ao interesse público, o que causa certa estranheza, pois ao tratar dos direitos industriais, no inciso XXIX do Art. 5º, a Constituição deixa claro que estes são um privilégio temporário, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Seria o Direito de Autor portanto um direito absoluto?

Diversos autores já se debruçaram sobre esta questão, e a visão é quase unânime de que não o é.

Não há direitos absolutos neste sentido, não sendo necessário que a Constituição refira caso a caso onde há limites, pois o próprio ordenamento jurídico traz grandes limites gerais ao qual tudo isto está subordinado.

O sentido da regra constitucional brasileira é o de estabelecer liberdades (de comunicação, de informação...) e não de estabelecer direitos exclusivos, isso tem maior importância quando se passa a determinação da relevância do interesse geral na demarcação de conteúdo do Direito do Autor.

2.6.2 O fundamento no direito internacional público

Superado o fundamento constitucional dos direitos constitucionais, passemos a análise de outro fundamento positivo do Direito de Autor, o direito internacional público convencional.

²⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014.p.35

O Brasil é signatário de algumas convenções que regulam matéria de Propriedade Intelectual, em especial, o Direito Autoral, tais tratados se multiplicam hoje em dia, acompanhando os progressos da globalização e a maior dinâmica entre os países, servindo também de verdadeira tradução da política de dominação econômica das grandes potências, pois apresentam uma uniformização do direito pelo padrão e interesses destas potências.

Os tratados internacionais, por muitas vezes, acabam incluindo em seu texto, cláusulas que versam sobre os direitos intelectuais. Ocorre que os tratados em geral são muitas vezes superados em importância, ao menos em matéria de Propriedade Intelectual e Direito Autoral, por aqueles que tenham origem nas grandes organizações internacionais deste domínio, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre estes acordos, destacam-se o acordo ADPIC, ou TRIPS, de 1994, sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio, que é anexo ao tratado que instituiu a OMC, e os tratados da OMPI de 1996, um sobre o Direito de Autor, e outro sobre Artistas Intérpretes ou Executantes e Produtores de Fonogramas.²⁶

Estes tratados realizam a integração dos direitos sobre bens informáticos no Direito de Autor. Passam a prever a proteção dos programas de computador e das bases de dados por um Direito do Autor. Os tratados da OMPI regulam também o direito de colocar a obra a disposição do público, estendendo a proteção autoral à disponibilização de obras na internet.

Embora todos estes instrumentos sejam importantes, hoje em dia o acordo ADPIC é o mais decisivo, pois a OMC se tornou a entidade central reguladora dos direitos autorais, porque condiciona a participação no comércio internacional à aceitação ao ADPIC. Os países deixaram assim de ter a capacidade de ponderar sobre as vantagens e desvantagens intrínsecas àquele acordo, e portanto de ratificar ou não consoantes as respectivas conveniências, pois se quiserem intervir no comércio internacional, com o estatuto beneficiado de membro da OMC, tem de aceitar as disposições de tal acordo. Com isso os Direitos Autorais passaram a ser acessórios do comércio, consumando-se a mercantilização do direito de autor.

²⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo*, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014.p.36

Em virtude da atual maior relevância do acordo TRIPS, vamos focar nesta convenção, o ADPIC regula de forma efetiva o Direito de Autor, incorporando disposições substantivas das Convenções de Berna e de Roma, contendo garantia institucional do direito do autor e seus conexos, tal proteção realiza-se pela outorga de direitos exclusivos, estando os signatários deste acordo obrigados à esta outorga.

Constitui portanto uma importante fonte do Direito Autoral, posto que, vincula os estados signatários, dentre eles o Brasil, entretanto tal fonte não pode ser considerada absoluta, pois está vinculada a vigência de uma norma, de uma convenção, logo, se a legislação internacional mudar, ou se o Brasil deixar de ser signatário, o Direito Autoral passaria a ser mera opção do legislador nacional.

2.6.3 O fundamento da imposição da natureza jurídica da propriedade

Este é outro pretense fundamento, que toma ponto de partida da qualificação dos direitos autorais exclusivos enquanto propriedade, a partir daí tiram-se conclusões, deduzidas da natureza jurídica que se afirmou.

A propriedade é todo direito patrimonial, Confunde-se afinal com patrimônio, deste modo, quando se outorga a garantia constitucional da propriedade, todos os direitos patrimoniais tem garantia. Ora, o direito intelectual é um direito patrimonial, que tem uma função social e que não pode ser desapropriado sem justa indenização. Mas esse direito (o direito do autor) está sujeito ao regime concreto que a lei estabeleceu para o direito real de propriedade?

O direito de propriedade é absoluto, da mesma forma que os direitos exclusivos o são, mas nenhuma das regras aplicáveis às “propriedades-direito real” se aplica aos direitos intelectuais, isso porque a disciplina dos direitos de propriedade é a disciplina dos direitos reais sobre coisas, que se distingue completamente de bens incorpóreos, como aqueles que são objeto do Direito Autoral.²⁷

²⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, 1 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014. P. 38

Ora, qualificar então o Direito de Autor enquanto propriedade é um erro, muitos dos que assim o qualificam, fazem uma qualificação motivada por interesse, e não pelo rigor da análise, por exemplo, tal qualificação fora utilizada durante a Revolução Francesa, onde aboliram todos os privilégios, inclusive os poucos atribuídos aos escritores. Mas aí surgiu uma mutação ideológica, buscando-se salvar os incipientes direitos dos escritores, qualificou-se o Direito do Autor como propriedade, e ainda por cima “a mais sagrada das propriedades”, nas palavras de Ascensão: “Trocou-se a condenação à morte pela canonização em vida”.²⁸

Esta ideologia persistiu, ainda hoje tenta-se atribuir ao Direito de Autor característica de direito absoluto de propriedade, ora, a propriedade é absoluta, oponível *erga-omnes*; mas não ilimitada.

“Os bens intelectuais não são nem podem ser objeto de propriedade. A propriedade atribui coisas raras. Os bens intelectuais não são raros. Todos podem gozar, simultaneamente até, sem alterar em nada o gozo do bem. Por isso, se me tiram a cadeira de que sou dono, não me posso sentar; mas se alguém viola o meu direito intelectual, o meu poder de uso mantém-se tal qual.”²⁹

Portanto, a qualificação que se faz do direito autoral enquanto propriedade é errada.

2.6.4. Qual o fundamento?

Qual seria então o fundamento do Direito Autoral?

Ora, todos os fundamentos anteriormente abordados tem sua contribuição na formação do Direito do Autor, mesmo aquele que já se demonstram superados, pois fazem parte de uma evolução histórica que nos trouxe ao ponto de entendermos que hoje tais afirmações e ideologias já não se aplicam, mesmo a noção de direito de autor enquanto propriedade, anteriormente criticada, tem seu valor, pois faz parte de uma evolução histórica que culminou do *Droit D’auteur* francês, que hoje é um norte para nosso sistema, em contraponto ao *copyright* inglês e americano.

²⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, 1 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014.p.45

²⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, 1 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014. P.46

Mas diante da necessidade de se apontar um fundamento do Direito do Autor, a saída mais útil que se demonstra hoje é a simples *ratio legis*, temos de se buscar o fundamento no direito legislado, analisando sempre a razão da proteção outorgada. Esta noção não pode nunca deixar de observar que o Direito Autoral tem fundamento também no interesse público, um exemplo disso está no fato de a proteção e garantia dos direitos autorais patrimoniais e exclusivos não é perpétua, entretanto, deve-se entender até mesmo a exclusividade conferida como parte de um interesse público, pois é ele que garante ao autor, aos produtores, e aos intérpretes, uma remuneração que garanta a eles o sustento que possibilite a contínua produção de bens culturais.

É de interesse público a informação, a comunicação, a difusão, a cultura, e tantos outros, e quantos seriam plenos não fossem os diversos detentores de direitos autorais exclusivos que se remuneram de uma exploração patrimonial que os possibilite?

Portanto, se partirmos para uma simples fundamentação positiva, chegaremos a conclusão de que o Direito Autoral é protegido porque assim a lei preceitua, mas não a uma conclusão do porque a lei o tem de proteger, se partirmos para uma fundamentação transcendental, teríamos muita dificuldade em justificar o caráter patrimonial do direito, mesmo tendo sido este o real motivo pela instituição da proteção ao autor. Se partirmos para a questão do Direito Autoral enquanto propriedade, teríamos consequências precárias, pois como vimos, tal instituto em nada tem a ver com o direito real de propriedade.³⁰

Em qualquer caso, o direito autoral é um direito exclusivo, que deve ser fundado não em apenas um, mas em todo o ordenamento, fazendo a *ratio legis* e buscando sempre o interesse público nela, encontramos o seu fundamento.

2.7. Direitos patrimoniais e direitos morais e direitos conexos

Conforme pudemos observar na evolução histórica e nos fundamentos do Direito de Autor estudados anteriormente, este ramo do direito é formado fundamentalmente por dois

³⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, e. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2014.p.53

tipos de direitos exclusivos, de natureza distinta entre si, quais sejam os de natureza moral do autor as de natureza patrimonial.

Tais naturezas, embora distintas, encontram-se ligadas, caracterizando o direito autoral como um direito *sui generis*, que acabam por formar um “conjunto característico em relação à obra como tal e à sua exploração econômica através de diversas modalidades de utilização”.³¹

Por mais difundido e recorrente que tenha se tornado, referir-se a tais prerrogativas como direitos patrimoniais e direitos morais é, segundo José de Oliveira Ascensão, impróprio, preferindo ele referir-se à estas “modalidades do direito autoral” enquanto faculdades pessoais e faculdade patrimoniais do autor de uma obra intelectual.³²

Neste sentido, discorre José de Oliveira Ascensão:

“A lei e os autores falam antes em direitos ou faculdades morais do que num direito pessoal. Mas por mais generalizado, o qualificativo “moral” é impróprio e incorreto. É impróprio, pois há setores não-éticos no chamado direito moral e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. (...) Também merece referência a terminologia direitos patrimoniais, direitos morais. Estranhar-se-á em primeiro lugar que um direito tenha por conteúdo direitos(...)”³³

De maneira a simplificar a compreensão do presente trabalho, por mais relevantes que sejam os ensinamentos do ilustre doutrinador, faremos uso das expressões direitos morais e direitos patrimoniais, uma vez que, são essas as denominações utilizadas na lei 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais.

Passemos então à análise destas prerrogativas do Direito do Autor.

2.7.1 Os direitos morais

³¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

³² ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

³³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P.129-130.

Os direitos morais do autor, dizem respeito, basicamente, aos direitos ligados à personalidade do autor, de maneira que possuem como características fundamentais a pessoalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

Como observamos anteriormente, estes são as únicas “modalidades de direitos do autor”, que podem encontrar fundamento em critérios transcendentais, como a dignidade, o direito natural, e os direitos humanos.

Atualmente, os direitos morais do autor encontram-se elencados nos artigos 24 a 27 da LDA, resumindo-se ao direito de paternidade (por paternidade entende-se o direito de ser sempre identificado enquanto o autor de sua obra), o direito à integridade da sua obra, o direito de retirá-la de circulação, e o direito de mantê-la inédita. Observemos as disposições do texto legal *in-verbis*:

“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.”

O direito a paternidade, observado nos incisos I e II do Art. 24 da LDA, visa a proteção do autor, quanto a exploração abusiva de sua obra por terceiros. Tal direito se manifesta a partir da reivindicação do autor diante de esbulho de terceiro sobre sua obra, podendo determinar que lhe seja conferida a devida indicação de sua autoria, e determinar o uso não autorizado de sua obra.

Como acontece com todos os direitos morais, este também não pode ser renunciado. De toda forma o autor pode expressar sua vontade em limitá-lo, de modo que poderá convencionar em omitir a autoria de sua obra. Tal acordo, vale a ressalva, tem mera eficácia obrigacional, não atingindo a sua posição de autor, podendo, a qualquer momento, reivindicar o apontamento da autoria³⁴, de início pode-se não encontrar aplicação prática em tal possibilidade de afastamento da previsão do Inc. II do Art 24 da LDA, mas observemos então sob a ótica do direito ao esquecimento, pensemos num autor que tenha feito, em co-autoria, obra musical que, para certa vertente religiosa seja considerada ofensiva, e após muitos anos esse autor se converta, e não tenha mais interesse em ter seu nome relacionado à obra, este seria um caso, em que visando o seu próprio interesse, o autor poderia pedir para deixar de ter seu nome ou pseudônimo relacionado à obra que é de sua autoria.

Quanto ao direito à integridade da obra, este tem por intuito, coibir a ação de terceiros que tenham objetivo de modifica-la, alterando a sua configuração original, evitando assim, que alguém possa, ao simplesmente modificar a obra de outrem, sem autorização, criar nova obra sem que depois seja conferido o devido crédito ao autor original, garante-se portanto a devida proteção ao autor e a sua obra, no caso de eventuais alterações à mesma.

³⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pag. 141.

Quanto aos direitos facultados ao autor, de manter a obra inédita e retirá-la de circulação. Com o advento da lei 9.610/98, as prerrogativas do autor para retirada de circulação de sua própria obra foram diminuídas, principalmente ao analisarmos a atual legislação frente à anterior, datada do ano de 1973, atualmente só é cabível o pleito pela retirada de circulação da obra, após ter sido dada autorização para a sua publicação, caso a obra venha a afrontar a imagem e a reputação do autor.³⁵ Ressaltamos que não há conflito entre esta afirmação e a anterior, onde afirmamos que um autor pode requerer o afastamento da indicação de sua autoria para proteger sua imagem, posto que, co-autores decidem por maioria, logo, caso seja interesse de apenas um autor a não publicação de uma obra, este não poderá fazê-lo, podendo requerer apenas que não seja identificado e relacionado a obra que o ofenda.

Já o direito ao inédito, se demonstra de importância secundária, uma vez que, apenas com o seu não-exercício, uma obra passa a ter publicidade. Há quem entenda que está é uma proteção ao não esbulho da obra, evitando que alguém, sem autorização do autor coloque sua obra à disposição do público, mas ocorre que, uma vez posta em circulação, a obra deixa de ser inédita, logo, nestes casos, não é evento de se buscar a aplicação do inciso III do art. 24 da LDA, mas sim o de buscar a retirada de circulação da obra, caso o convenha.

Segundo Bittar, os direitos morais podem ser compreendidos como vínculos permanentes que unem o criador a sua obra, apresentando-se como a defesa jurídica de sua personalidade e dos componentes mais íntimos da estrutura psíquica do autor.³⁶

2.7.2 Os direitos patrimoniais

Ao lado dos direitos morais do autor, estão os direitos patrimoniais, que como vimos, foram a real motivação da atribuição de direitos exclusivos ao autor e os detentores dos direitos conexos, não fosse pela necessidade de uma proteção patrimonial da propriedade intelectual dos autores e dos editores, não haveria Direito do Autor.

³⁵ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade a Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Tais direitos, dizem respeito ao exercício econômico e veiculação da obra, sendo características e prerrogativas de cunho pecuniário, que só terão nascimento e produzirão efeito com a comunicação da obra ao público, com a sua exploração comercial.

Os direitos patrimoniais do autor, estão fundados no direito exclusivo de utilização e exploração da obra, conforme disposto no artigo 28 da LDA.

“Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Fragoso entende tal direito como extenso, oponível *erga omnes* e representado pelas faculdades de usar, fruir e dispor da obra. Assim, a autorização prévia do autor se torna ato imprescindível para que terceiros venham a fruir rendimentos a partir de sua obra, de modo que os direitos patrimoniais do autor apresentam as características de transmissibilidade, temporariedade, equiparação aos bens móveis por determinação legal, penhorabilidade, prescritibilidade e disponibilidade.

Eduardo Vieira Manso resume os direitos patrimoniais do autor a duas modalidades genéricas: direito de reprodução e direito de representação ou comunicação. Cuidando o direito de reprodução das inúmeras maneiras de se multiplicar a obra intelectual. O direito de representação, por sua vez, consiste na faculdade de levar a obra ao conhecimento do público³⁷.

Direitos patrimoniais, são portanto aqueles que se incumbem da proteção pecuniária da obra, uma vez que, com a concessão da exclusividade de exploração comercial da obra ao seu autor, está se conferindo proteção à sua obra enquanto seu bem, que só ele pode explorar para auferir lucro.

2.7.3 Os direitos conexos

Esta é a vertente do direito autoral que talvez seja a mais importante para o nosso trabalho, uma vez que nos dispomos a discutir aqui, conceitos de modalidade de uso e suporte, tal discussão não teria sentido, não fosse pela participação dos titulares dos direitos

³⁷ MANSO, Eduardo José Vieira, O Que É Direito Autoral, São Paulo: Brasiliense, 1992

conexos ao do autor, que tem total relevância na produção cultural e manutenção de um sistema retroalimentar que possibilite aos autores conferir ganho com suas obras.

Tais pessoas, sejam físicas ou jurídicas, tem participação direta e de grande importância neste sistema, são elas os artistas intérpretes, os produtores fonográficos, músicos executantes, etc.

Os Direitos Autorais não abrangem portanto apenas o direito do autor em si, mas todos aqueles que lhe são conexos, assegura-se portanto direitos exclusivos àqueles que de alguma forma participem da produção e acrescentem valor a obra, seja através de sua interpretação, da fixação da obra em fonograma, da distribuição, enfim, conferem-se direitos exclusivos à aqueles que, embora não sejam autores, trabalham a obra e possibilitam ao autor a plena exploração comercial.

Aos artistas intérpretes e executantes, a lei assegura, exclusivamente, o direito de autorizar ou proibir sobre as suas representações ou execuções, a sua fixação, reprodução, execução pública, locação, radiodifusão, coloca-las a disposição do público em geral, e a sua execução. Estendendo-se a suas vozes e imagens, quando estas estiverem associadas as suas interpretações, cabendo também à estes o direito moral de integridade e paternidade de suas interpretações, podemos observar então, que os direitos conexos conferidos aos artistas intérpretes e executantes, se assemelha em muito aos direitos do autor.

No que diz respeito aos direitos dos produtores fonográficos, esses tem os mesmos direitos conferidos pela lei aos editores, haja vista suas funções serem da mesma natureza, o editor da obra tem a função de reproduzir e divulgar a obra, cuidando de sua exploração e trabalhando para que a sua distribuição ocorra, de forma a garantir a rentabilidade da obra, garantindo assim o sustento do autor. Cumpre ao produtor fonográfico as mesmas obrigações, mas não relacionadas à obra, e sim ao fonograma, sendo o produtor portanto a pessoa responsável por operacionalizar a fixação da obra em fonograma e por efetivar a exploração econômica deste fonograma.

A função desses atores do mercado, os editores e produtores, é então cuidar da exploração comercial, utilizando-se de sua estrutura para garantir uma plena distribuição, seja

da obra ou do fonograma, garantindo assim a operacionalidade do mercado cultural, e o pleno acesso do público, às obras e fonogramas por eles administrados.

2.8 Os contratos de transmissão de direitos patrimoniais autorais

Os contratos que tenham por objeto a transmissão dos direitos patrimoniais autorais, são típicos, regulados pela lei 9.610/98, devendo obrigatoriamente seguir a forma prevista por esta lei.

Existem duas principais categorias nas quais podem ser enquadradas as transmissões de direitos, sendo elas a cessão e o licenciamento de direitos patrimoniais autorais, mas no que elas se diferem e qual é mais relevante para a nossa análise?

O licenciamento de direitos autorais não se difere da cessão desses direitos por seu objeto, mas sim pela natureza do negócio jurídico, o licenciamento é por natureza uma autorização de uso por prazo determinado, podendo esta autorização ser concedida com exclusividade de uso, isto é, apenas o autorizado poderá efetuar a exploração comercial das obras objeto do contrato. Em se tratando de uma licença com exclusividade, nem mesmo o próprio licenciante poderá explorar as obras durante a vigência da licença. Os direitos de utilização só voltam ao domínio do licenciante com o fim do prazo da licença.

A Licença é negócio jurídico não translativo, não há uma transferência do direito patrimonial sobre a obra ou o fonograma, há apenas uma autorização de exploração por prazo determinado.

Já uma cessão se opera de forma diferente, ela tem caráter total, exclusivo, definitivo, irrevogável e irretratável com relação ao seu objeto, isto é, uma vez operada regularmente, a cessão transfere de forma definitiva os direitos patrimoniais autorais. Uma vez efetuada, os direitos passam a ser de titularidade do cessionário, por todo o prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais, isto é, enquanto existir o direito exclusivo de exploração das obras ou fonogramas, havendo portanto uma real translação do direito patrimonial de autor, há uma mudança na titularidade do direito.

Mas afinal, qual a modalidade é de maior relevância para o presente trabalho?

Como nosso trabalho busca evidenciar as diferenças dos conceitos “modalidade de uso” e “suporte”, destacando os problemas decorrentes de uma má aplicação destes conceitos, devido à uma restrição constante na LDA (referente a transmissão de direitos para modalidades de uso inexistentes à data de assinatura do contrato) a modalidade contratual de maior relevância é a de cessão, isto porque, devido ao fato de a licença se operar num espaço de tempo curto, dificilmente durante este prazo, surgirá um novo suporte ou nova modalidade capaz de suscitar uma discussão sobre a validade ou não da exploração por tais inovações, e mesmo que ocorra, por ser autorização prazo determinado, as partes contratantes costumam ter uma relação mais próxima, o que facilita uma resolução de uma eventual dúvida ou conflito de interesses sem que seja necessária a propositura de uma ação.

O objeto de estudo do presente trabalho se aplica as duas modalidades de transmissão de direitos patrimoniais autorais, mas vamos aqui nos referir principalmente a uma delas, a cessão, pelas razões acima explicitadas, sendo importante ainda destacar que os problemas aqui trabalhados e as soluções aqui propostas são aplicáveis a ambas as modalidades, seja a cessão ou o licenciamento.

3 MODALIDADE E SUPORTE

Chegamos então à discussão que é o centro de nosso trabalho, a diferença entre os conceitos de “modalidade de uso” e “suporte”. Tal diferenciação terá relevância, principalmente sobre os direitos exclusivos conferidos aos produtores fonográficos, isso porque, a relevância de tais conceitos ganha força exatamente com o surgimento do mercado fonográfico, pois como vimos, antes dessa verdadeira revolução tecnológica, não fazia muito sentido a discussão a cerca deste tema, posto que havia apenas um suporte possível para a obra, qual sejam, as representações gráficas da obra, através da partitura, no caso das obras musicais.

Portanto, foi apenas com o advento do fonógrafo que observamos a real necessidade de distinção entre tais conceitos. Não é estranho que, principalmente hoje, conceito de “modalidade” seja confundido com o conceito de “suporte”, afinal, a reprodução e distribuição das obras, principalmente as mais populares, como por exemplo as músicas, os

romances e os filmes, estavam até muito pouco tempo, confinadas à sua fixação em suportes fixos, como os CDs, os livros e os DVDs.

Ocorre que a vinculação de uma determinada modalidade com a forma material através da qual a obra é publicada pelo autor, não é adequada, principalmente, quando consideramos os avanços tecnológicos conquistados pelo homem, que hoje nos permitem publicar e divulgar obras artísticas nas mais variadas formas e meios. Afinal, qual é a diferença entre a forma de utilização possibilitada por um suporte digital de uma música (forma incorpórea) à possibilitada por um suporte físico (forma corpórea)? Ambas consistem na mesma modalidade de uso, a de reprodução.

Portanto, ainda que intimamente ligados, não há como negar que “modalidade” e “suporte” são conceitos distintos no contexto do direito autoral, como observaremos a seguir.

3.1. Exteriorização e materialização

Dentre os diversos elementos apontados pela doutrina como essenciais para que uma obra seja objeto de proteção autoral, é unânime que a obra tem de ser uma criação original (ainda que de não de forma plena, como vimos) e que ela seja, de alguma forma exteriorizada, por qualquer meio.

De fato, como determina a LDA em seu Art. 7º, uma obra protegida deve ser expressa por qualquer meio, ou fixada em qualquer suporte. Isso porque, como vimos, uma interpretação não exteriorizada permanecerá no plano das idéias, que por sí só, não são passíveis de proteção autoral. Por isso, a idéia deverá ser necessariamente externada de alguma forma, para que ela possa ser perceptível pelos sentidos³⁸, seja de forma tangível ou intangível.

Assim sendo, uma obra musical poderá ser exteriorizada através da sua fixação em uma partitura, da fixação de sua interpretação em um CD (formas tangíveis), ou mesmo através de uma execução ao vivo (forma intangível).

³⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar 1997, pag. 30.

No entanto, a proteção autoral conferida à obra não está vinculada ao meio pela qual ela foi divulgada. Afinal, uma vez conhecida pelo público, ainda que se destruam todos os suportes físicos da obra, esta ainda poderá ser posteriormente reproduzida pelo próprio autor ou por terceiros³⁹.

A esse respeito, vale destacar a famosa estátua de bronze chamada “Discóbolo”, ou “O Lançador de Discos”, criada pelo escultor grego Míron, entre os anos de 470 e 440 A.C.⁴⁰. Apesar de a estátua original ter se perdido ao longo dos séculos, tem se conhecimento da criação de Míron por relatos históricos e reproduções que resistiram ao tempo. Portanto, ainda que a pedra de mármore esculpida tenha sido destruída, o “Discóbolo” é até hoje conhecido como uma obra original da autoria de Míron.

Logo, apesar da exteriorização da obra depender as vezes da sua materialização, a proteção legal recai sobre a criação em si e não sobre o suporte ou o meio através do qual a obra é divulgada ao público.

3.2 Formas de exteriorização: suporte e meio

Não existem limites para a imaginação do ser humano. Por esse motivo, a LDA, de forma acertada, não delimitou as formas de exteriorização para cada tipo de obra. Pelo contrário, a lei conferiu proteção de forma abrangente àquelas obras intelectuais, tal qual exposto no Art. 7º da LDA:

“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(…)”

No entanto, não há definição expressa do que seria um “meio” ou um “suporte”. Eles são sinônimos? Ambos poderão ser tangíveis e intangíveis?

³⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar 1997, pag. 31.

⁴⁰ BRITISH MUSEUM. *Highlights*. Londres, Disponível em <
http://www.britishmuseum.org/research/collection_online/collection_object_details.aspx?objectId=8760&partid=1&searchText=discobolus&page=1>

Apesar de não haver uma resposta direta para essas dúvidas, a LDA nos dá alguns elementos para que possamos propor uma definição simples e satisfatória. Para tanto, vejamos algumas definições constantes no seu Art. 5º:

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

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

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;

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;

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;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

VIII - obra:

(...)

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;”

Nos mesmos moldes do Art. 7º, o inciso VIII, alínea i, do Art. 5º da Lei 9.610/98, estabelece a dicotomia entre “meio” e “suporte” quanto às formas genéricas de exteriorização da obra audiovisual. Em razão disso, podemos depreender que tais expressões não são sinônimas.

No que diz respeito ao emprego do termo “suporte”, a LDA comumente associa tal forma de exteriorização à fixação da obra no mesmo. Esse entendimento fica evidente pelo uso dos conceitos jurídicos de “propriedade e posse” no inciso IV do Art. 5º, que nos leva a entender que a “distribuição” é a transferência de um suporte, tangível ou não, no qual a obra está fixada.

Podemos então definir “suporte” como o objeto, seja ele tangível ou intangível, no qual a obra é inserida, e através do qual ela pode ser distribuída ao público. São exemplos o CD, o DVD, o vinil, o papel, o quadro, e porque não o arquivo MP3?.

Por sua vez, o termo “meio”, quando usado pela LDA para designar as formas de exteriorização, é frequentemente relacionado à distribuição direta ou imediata da obra ao público por processos e canais tecnológicos, como deixa claro a definição de “transmissão e emissão” (inciso II do Art 5º). Nesse mesmo sentido, o inciso V do Art. 5º estabelece claramente uma distinção entre “meios e procedimentos” e “exemplares”, indicando que o conceito de “meios”, para o fim de “comunicação ao público”, exclui as formas de exteriorização tangíveis.

Logo, o “meio” pode ser definido como todo canal ou processo de comunicação, intangível, tecnológico ou não, através do qual um suporte intangível é distribuído ao público, tais como representações e execuções humanas (apresentações transmitidas ao vivo), ondas sonoras, ondas de radiofrequência, sinais ópticos e elétricos, etc.

Por fim, é importante destacar que, apesar de intangíveis, os meios tecnológicos dependem de um dispositivo físico de captação e emissão dos sinais e ondas, como por exemplo os aparelhos de rádio e televisão. Sendo que alguns desses dispositivos físicos poderão ser utilizados, não só como meros dispositivos de captação, mas também como um aparelho que possibilite a reprodução de suportes intangíveis, transmitidos a eles por algum “meio”. São os casos do computador e do celular, através do qual é possível armazenar tais

suportes para sua posterior reprodução, sendo tais aparelhos uma verdadeira materialização de um suporte intangível.

3.3 Modalidade de uso

Apesar de a LDA não fornecer um conceito genérico para “modalidade de uso”, o Art 29 dispõe uma lista exemplificativa, isto é, não exaustiva, dos seus diversos tipos, conforme podemos observar a seguir:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

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

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

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

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

É interessante observar que todos os incisos acima são iniciados por um substantivo derivado de verbo⁴¹, o que nos leva a concluir que as modalidades de uso são caracterizadas por uma ação.

Apesar de a prática dessas ações depender da exteriorização inicial da obra pelo autor, o exercício de uma modalidade não depende necessariamente de uma determinada forma de exteriorização. Um desenho poderá ser reproduzido de diversas maneiras, seja em um livro, um filme, ou um mural.

Logo, podemos definir “modalidade de utilização” como a ação passível de ser praticada sobre a obra, independentemente do meio pelo qual ela é divulgada/distribuída ou do suporte no qual ela está inserida.

4 DOS PROBLEMAS DECORRENTES DE UMA MÁ DISTINÇÃO ENTRE ESTES CONCEITOS

Mesmo recebendo tratamento diferenciado pela legislação, ainda há muita confusão entre modalidade de uso e suporte. Como exemplo de tal problema, podemos citar a ação ordinária 0842031-91.2010.8.21.0001, que tramitou na 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, ajuizada contra a empresa de telecomunicação Telet S.A. sob a alegação de que a ré, cessionária dos direitos autorais patrimoniais sobre obra fixada em fonograma, teria utilizado a obra como *ringtone*, sem indicação do devido crédito, o que teria ferido a integridade e a paternidade da obra.

Ao longo de seu voto, o juiz faz menção, por diversas vezes, à “modalidade de ringtone”, quando na verdade *ringtone* não consiste em uma modalidade, mas sim num formato de fonograma, destinado especificamente para ser utilizado como toques de celular.

Vejamos alguns trechos da decisão:

⁴¹ BECHARA, Evanildo. Gramática Escolar da Língua Portuguesa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004, pag. 516.

“Dessa feita, não houve qualquer irregularidade por parte da demandada e da denunciada da permissão de destinação e utilização da obra na “modalidade de *ringtones*”

(...)

Ademais não houve comprovação efetiva de que a obra musical objeto da lide tenha ficado descaracterizada na “modalidade de *ringtones*”⁴²

Na decisão citada, a confusão de conceitos não interferiu em todo no mérito da ação, posto que, o autor pleiteava também indenização por não ter a empresa cuidado para que lhe fosse dado crédito por sua obra, ferindo portanto o direito a paternidade da obra (o que entendemos ser um pleito justo, e que a decisão foi acertada neste sentido), e no que diz respeito ao pleito pela integridade da obra, o juiz tenha reconhecido que a obra tenha sido descaracterizada. No entanto, a ausência de diferenciação entre estes dois termos, pode levar a uma má interpretação dos contratos e da própria lei, o que veremos a seguir.

4.1. A validade da cessão para suportes não existentes

Uma vez estabelecidos os conceitos de “modalidade” e “suporte”, volta-se a atenção para uma questão que ainda hoje divide opiniões, qual seja, a validade da cessão de direitos autorais para suportes não existentes à época da assinatura do contrato.

A Lei de Direitos Autorais em vigor no Brasil determina expressamente que a cessão somente será válida para as modalidades já existentes à data da assinatura do contrato, tal vedação está expressa no inciso V do Artigo 49 da referida lei. No entanto, não existe qualquer vedação neste sentido para os suportes (que como visto não se confundem com modalidade). Se assim quisesse o legislado, ele teria previsto expressamente a mesma limitação para os suportes, o que não ocorreu. Portanto, em regra geral, a cessão de direitos autorais para todos os suportes existentes e que venham a existir no futuro é válida.

De forma a ilustrar o posicionamento proposto, imaginemos um contrato de cessão de direitos autorais patrimoniais sobre determinado fonograma, em que um produtor fonográfico

⁴² Ação Ordinária 0842031-91.2010.8.21.0001, 6ª Vara Cível do TJRS – Data do julgamento 28/10/2010

e os intérpretes, cedem a fixação de determinada obra em fonograma (já autorizada pelo autor) à uma empresa de produção fonográfica, para a modalidade de reprodução. Sendo que o suporte de fixação usual para a época de assinatura do contrato era o vinil.

Ocorre que com a evolução tecnológica, surgiu um novo suporte, o CD, então a produtora fonográfica, cessionária dos direitos patrimoniais dos fonogramas resolve fazer a distribuição do fonograma neste suporte.

Pelo que observamos, não temos qualquer dificuldade em observar, que a distribuição no suporte de CD é válida, mesmo com o fato de tal suporte não existir à época da cessão. Não houve qualquer inovação na modalidade de uso da obra fixada em fonograma, ocorrendo apenas uma ampliação nas formas dentre as quais a modalidade de reprodução pode ser praticada, qual seja o CD. Portanto, independente do suporte a ser escolhido pelo cessionário, é fato que o direito da exploração da obra na modalidade de reprodução foi cedida integralmente, pelo autor, os intérpretes e o produtor originário.

Agora imaginemos o mesmo caso, só que com uma diferença, ao invés de a evolução tecnológica ter possibilitado a distribuição através de um novo suporte físico, ela tenha tornado possível a sua distribuição através de um suporte digital, um arquivo MP3 por exemplo. Trata-se da mesma dinâmica, não tendo havido qualquer inovação no que diz respeito a modalidade de utilização do fonograma e da obra, tendo havido apenas uma inovação com relação ao suporte de distribuição, que deixa de ser físico, e passa a ser digital (intangível).

Ocorre que este não é o entendimento da jurisprudência majoritária, isso por uma simples má interpretação do texto legal, ocasionada por uma confusão conceitual dos termos “modalidade de uso” e suporte.

Vejamos o caso da Apelação Cível N° 0163118-43.2006.8.19.0001, que tramitou na 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O autor é um fotógrafo, que ajuizou ação de indenização por danos morais e patrimoniais contra a Sony Music, pela utilização “não autorizada” de uma de suas fotografias como capa de um álbum, distribuído no formato de CD, alegando que a violação se deu, por a

cessão através da qual a gravadora se utilizou para a inserção da obra fotográfica no CD, fora concedida em 1977, e embora tivesse o mesmo álbum como objeto, não poderia ter validade, pois na data da cessão não havia a “modalidade de CD”, havendo apenas a “modalidade de LP”.

Ora, como pudemos observar, não há qualquer irregularidade, pois não se tratou de uma nova modalidade de utilização, mas sim uma fixação em novo suporte, não havendo qualquer vedação legal para tal. Ocorre que não apenas a decisão de primeira instância deu procedência ao pedido, como a Câmara confirmou a procedência do pedido. Vejamos a seguir a transcrição de alguns trechos desta controvertida decisão:

“No Art. 29 da Lei 9.610/98 estão elencadas as diversas hipóteses de utilização das obras, as quais constituem rol meramente exemplificativo ante a constante evolução tecnológica da qual se originam novas possibilidades de sua utilização, resultando em maior complexidade dos negócios jurídicos.

(...)

Por sua vez, o art. 49, V do mesmo diploma legal, determina que a cessão dos direitos de autor somente ocorrerá com relação às modalidades existentes ao tempo da contratação.

Assim, mesmo na presença de contratos que estendam a cessão dos direitos autorais a todos os meios de utilização pelo produtores, existentes ou que venham a existir, referida cláusula traz inserta nulidade implícita por dispor diversamente do que explicita a lei.

Daí resulta que a autorização para determinado uso de obra não se estende automaticamente a outra modalidade de uso.

(...)

Com base nesses dispositivos, conclui-se que a autorização dada pelo Apelante à Apelada, de utilização das fotografias de sua autoria para ilustrar a capa do *Long Play* “Verde Que Te Quero Verde” não se estende ao *Compact Disc* com o mesmo título.”

Como podemos observar, o trecho destacado acima torna evidente a confusão conceitual feita pelo relator, Apesar de o objeto do litígio ser a inclusão da fotografia no suporte CD, a decisão foi toda fundamentada no dispositivo da LDA que veda a cessão para modalidades não existentes à época da assinatura do contrato. Mas ora no caso em tela não vislumbramos a utilização de obra através de modalidade inexistente à época da cessão, apenas a fixação em suporte inovador, não havendo qualquer vedação legal para tal.

A pior constatação, é a de que tal interpretação errônea, não se trata de um caso isolado, há diversas outras decisões embasadas numa interpretação errada da lei. A 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seguiu esse mesmo entendimento na Apelação Cível 0041745-60.1997.8.19.0001⁴³. Segundo o relatório do acórdão do recurso em questão, o autor e intérprete Bezerra da Silva ajuizou, em 1997, ação ordinária contra a produtora fonográfica detentora dos direitos patrimoniais de seus fonogramas, pedindo a condenação da Ré ao pagamento de royalties pelas vendas de CDs e fitas cassetes, bem como indenização decorrente de uma suposta violação contratual, alegando que a forma de remuneração pela distribuição deste tipo de material não estaria especificada no contrato e que a quantidade de exemplares vendidos havia sido informada a menor, de forma a causar prejuízos ao autor.

Por sua vez, a empresa ré, defendeu-se alegando que a remuneração devida pela comercialização dos CDs e das fitas cassetes havia sido devidamente paga, tendo sido tal pagamento feito de acordo com os critérios estabelecido nos casos de comercialização de LP, e que o contrato deixava expresso que a cessão se operava para “toda e qualquer forma existente ou que venha existir, apta à reprodução de um fonograma”, e por isso, a cessão teria se operado de pleno direito, não apenas para os LPs, mas também em relação aos CDs e fitas cassetes.

De acordo com o relatório, o douto julgador da primeira instância entendeu que “deve se considerar como disco vendido, todo aquele que for vendido, seja em qualquer suporte material, ou seja, fita cassete, disco de vinil, ou CDs, conforme definição contratual. Deste modo, o pedido, em primeira instância, foi parcialmente provido, pois entendeu-se que houve uma remuneração a menor, pois o relatório prestado pela empresa não continha o número

⁴³ Apelação Cível 0041745-60.1997.8.19.0001, 11ª Câmara Cível do TJRJ –Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares – Data do julgamento 29/06/1991

correto de exemplares devidos, condenando a ré ao pagamento pela comercialização das obras do autor em CD, pelo mesmo percentual estabelecido para o LPs.

No entanto, o tribunal entendeu de forma distinta, alegando que devido ao fato de o contrato não prever expressamente o suporte CD, este não estaria coberto pelas condições contratuais, uma vez que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente, não sendo válidas as cláusulas gerais da cessão. Por esse motivo, o pagamento devido pela ré não poderia ser calculado pelos percentuais estabelecidos no contrato, mas sim pelo preço real de venda por atacado, vejamos alguns trechos desta decisão:

“Não se pode olvidar que o contrato é lei entre as partes, na forma do *pacta sunt servanda*, nestas condições, vemos que a cláusula quinta, parágrafo quinto, estabelece que sempre que os fonogramas produzidos em decorrência do cumprimento do contrato forem publicados mediante a utilização de suportes materiais outros que não o disco fonográfico (LP), tais como “tapes”, “cartuchos”, “cassetes”, etc, a remuneração devida em razão da venda de tais cópias será igual aquela que seria devida pela venda de disco fonográfico que reproduzisse os mesmos fonogramas, observadas, ainda, as normas contidas nos diversos parágrafos desta cláusula.

Tal estipulação não abrange o pagamento dos “royalties” relativos aos “compact disk”, sendo certo que os direitos autorais são personalíssimos, merecendo interpretação restritiva, conforme o art. 4º da lei 9610 de 10 de fevereiro de 1998, que na lei anterior correspondia ao seu art. 3º

(...)

Resta nos evidente, que a referida cláusula, enumerou os suportes materiais passíveis da publicação dos fonogramas, descartando os CDs, que destacamos, na época existia, embora em menor escala.

As expressões tais como e etc, contidas na avença não possuem eficácia vinculante, posto que conferem interpretação ampla e abrangente, vedada em lei específica.

Ora, se não foi autorizada a divulgação da obra na forma de CDs, é óbvio, não se vislumbra qualquer acordo de vontade entre as partes, que exteriorize o valor da remuneração dos direitos autorais acerca desta modalidade de divulgação.”⁴⁴

Como visto nas decisões citadas, a jurisprudência majoritária entende que, caso os suportes não estejam especificamente singularizados no contrato, eles não seriam cobertos pela cessão acordada, mesmo que o contrato traga de forma expressa dispositivo que preveja a cessão para todos os suportes, que existam e que venham a existir, sob o argumento de que o contrato deve ser interpretado restritivamente (art. 4º da LDA). Assim, seria necessário novo contrato de cessão para os suportes não expressamente previstos.

No entanto, não se pode confundir “interpretação restritiva” com “previsão literal”. No caso dos contratos de cessão de direitos autorais, a regra do art. 4º da LDA deve ser aplicada, precipuamente, nas hipóteses de omissão ou imprecisão contratual, afastando-se a possibilidade de presunção da vontade do autor.

Imaginemos o seguinte exemplo: um autor cedeu os direitos autorais de uma obra audiovisual para uma emissora de televisão aberta. Porém, por omissão das partes, o contrato não prevê os suportes através dos quais o filme poderia ser disponibilizado ao público. Nesse caso, o contrato deverá ser interpretado restritivamente, no sentido de que a cessão cobre apenas transmissão por televisão aberta, em razão da natureza do negócio da cessionária, não podendo se presumir por exemplo que a cessão se estende à televisão fechada.

Em outro cenário, imaginemos que o autor ceda os direitos autorais sobre o seu filme para a mesma emissora, agora cobrindo transmissão em televisão aberta e fechada, bem como reprodução em DVD. Nesse caso, o contrato está vinculando às modalidades “transmissão” e “reprodução”, para meios e suportes especificamente definidos, não estando o cessionário autorizado a reproduzir o filme em BD, por exemplo.

Agora, se o autor ceder todos os direitos patrimoniais sobre o filme, para qualquer meio ou suporte existente ou que venha a existir no futuro, não há aqui omissões ou presunções da

⁴⁴ Apelação Cível 0041745-60.1997.8.19.0001, 11ª Câmara Cível do TJRJ –Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares – Data do julgamento 29/06/1991

vontade do autor, que foi clara e expressamente manifestada no contrato, ainda que de forma abrangente e generalizada.

Por outro lado, nem todo suporte será necessariamente compatível com determinada modalidade. É o caso de um CD para a modalidade de “comunicação ao público” (Art. 5º, V da LDA). Nessa hipótese, ainda que houvesse a cessão para esta modalidade, cobrindo todo e qualquer suporte existente ou que venha a existir, não estaria aí incluídos os suportes físicos, tendo em vista a sua incompatibilidade com a modalidade cedida.

Seja qual for o cenário, o princípio da autonomia da vontade das partes deve prevalecer, ainda que o contrato esteja sujeito à interpretação restritiva. Como bem destaca Silvio Rodrigues:

“As partes podem usar da liberdade que lhes reconhece a lei, para recorrer a um contrato atípico, ou para combinar várias espécies de contratos, a fim de regular o eventual conflito entre seus interesses⁴⁵.”

Portanto, não havendo vedação legal, não há razão para impedir que as partes contratantes negociem a cessão de uma modalidade de uso existente para todo e qualquer suporte que exista ou venha a existir no futuro, desde que sejam compatíveis com a modalidade cedida e que haja uma remuneração adequada à abrangência da cessão. Isso porque, as partes contratantes precisam de espaço para adotar certo grau de generalização inerente a toda elaboração contratual.

Caso contrário, até que ponto será exigida a singularização dos suportes autorizados para que a cessão seja válida?

4.2 Distinções entre nova modalidade e novo suporte

A confusão entre “nova modalidade” e “novo suporte” advém provavelmente do fato de que a evolução tecnológica possibilita o surgimento tanto de um quanto de outro, muitas vezes simultaneamente

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 16.

Para ilustrar essa situação, imaginemos a época em que não existiam dispositivos de gravação de áudio. No século XIX única possibilidade de comunicação ao público de uma obra musical era por execução pública ao vivo. No entanto, nos meados deste mesmo século, foi inventado o fonógrafo, que passou a permitir a comercialização das obras fixadas em fonogramas gravados nos cilindros dos fonógrafos. Assim, essa evolução tecnológica possibilitou o nascimento de uma nova modalidade, a de reprodução do áudio por fixação em suporte executável (reprodução).

Daí em diante, a evolução tecnológica foi apenas aperfeiçoando os tipos de suporte: Discos de 78 rpm, LPs, fitas cassete, CDs, DVDs, BDs, suportes digitais, etc. Independentemente dos suportes que venham a ser desenvolvidos no futuro, isso não significa que uma nova modalidade esteja sendo inventada. Pois em todos esses casos, a modalidade é a mesma: reprodução da obra mediante fixação em suporte executável.

Outra evolução tecnológica que acabou por criar uma nova modalidade de uso, foi a invenção da radio transmissão, desenvolvida durante a segunda metade do Séc. XIX⁴⁶. Com o surgimento desta nova tecnologia, o público tornou-se independente do suporte físico para ter acesso as obras musicais no conforto do seu lar. A música passou a ser comunicada diretamente através da transmissão por ondas eletromagnéticas. Assim, a nova tecnologia permitiu a exploração da obra musical através de uma nova modalidade a de transmissão da obra por radiodifusão.

Desde então, foram desenvolvidos inúmeros dispositivos, capazes de apresentar música, tais como: Walkman, Discman, MP3 Players, Celulares, etc. No entanto a invenção de cada um desses aparelhos não fez surgir uma nova modalidade, eles inovam apenas em relação aos suportes que executam.

4.3 A questão do desequilíbrio contratual causado pelo dinamismo do mercado

A alienação dos direitos autorais patrimoniais, em muitos casos, é feita em caráter total, exclusivo, definitivo, irrevogável e irretroatável. Uma vez feita essa cessão, o próprio autor não

⁴⁶ WIKIPEDIA, Radio, Disponível em <[https://pt.wikipedia.org/wiki/R%C3%A1dio_\(telecomunica%C3%A7%C3%B5es\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/R%C3%A1dio_(telecomunica%C3%A7%C3%B5es))> acessado em 10/11/2016.

mais poderá explorar a obra, cabendo a ele apenas a remuneração estipulada contratualmente, seja ela em quantia única ou por exemplar comercializado. Neste caso, a comercialização da obra poderá sujeitar-se a possíveis alterações nas condições mercadológicas em decorrência do surgimento de novos e modernos suportes que ultrapassam consideravelmente as características tecnológicas de seu antecessor.

Foi o caso da criação do CD em relação a fita cassete, que trouxe uma notável evolução na qualidade do som, assim como apresentava um processo de fabricação mais eficiente, o que possibilitou um aumento na produção, distribuição e, conseqüentemente, nas vendas das obras musicais.

Em casos como este, o autor não teria como razoavelmente prever, há época da assinatura do contrato, os impactos econômicos trazidos pelo surgimento de um suporte revolucionário. A consequência deste fato é a ocorrência de um desequilíbrio econômico na relação contratual, causando, nas palavras de Caio Mário:

“Uma onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado.”⁴⁷

Ao celebrarem um contrato, as partes baseiam-se nas condições econômicas ao momento da sua assinatura, prevendo razoavelmente os efeitos futuros, ainda que não ocorra o benefício esperado. No entanto, diante de uma modificação mercadológica, imprevista e imprevisível à data de sua execução, poderá uma das partes se encontrar em uma posição inesperadamente desvantajosa em decorrência dessas mudanças, caso em que caberá a parte prejudicada a possibilidade de revisão contratual.

A possibilidade de revisão contratual em razão dessas situações inesperadas baseia-se na chamada teoria da imprevisão, a qual foi adotada pelo Código Civil, em seus artigos 478 a 480. A esse respeito, disserta Silvio Venosa:

“Em sede de revisão e intervenção judicial, estas se justificam quando surge uma circunstância superveniente ao contratado, imprevista e imprevisível, alterando-lhe

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V III. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pg 162.

totalmente o estágio fático. Há uma consciência média da sociedade que deve ser preservada. Desequilibrando-se este estado, estarão abertas as portas da revisão.”⁴⁸

Portanto, na hipótese do contrato de cessão cobrir todos os suportes existentes ou que venham a existir no futuro, poderá o autor recorrer à teoria da imprevisão para solicitar a revisão contratual, caso sejam criados suportes inovadores que possibilitem uma vantagem economicamente excessiva ao cessionário e imprevisível à época da assinatura do contrato. A aplicação desta teoria prestigia os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, ao mesmo tempo em que se concede as partes ferramentas para restaurar possíveis desequilíbrios econômicos a que fiquem sujeitas em razão dos longos prazos de vigência das cessões de direitos patrimoniais autorais.

4.4 A relevância das mídias digitais para o mercado fonográfico atual

O mercado fonográfico está em constante evolução, isso desde os seus primórdios, desde a criação do fonógrafo há uma constante busca por novos suportes que aliem qualidade e fidelidade na reprodução sonora e/ou audiovisual, e que consigam ainda trazer para o produtor fonográfico uma diminuição nos custos de sua produção e facilidade na distribuição.

De início era muito mais trabalhoso cuidar da confecção e da distribuição dos cilindros fonográficos, isto porque por serem confeccionados com base na cera, eram também frágeis e suscetíveis ao desgaste com o uso, só permitindo a reprodução de um cilindro em no máximo 4 (quatro) vezes.⁴⁹ O cilindro de cera então evoluiu para o disco de cera e estanho, reproduzidos no Gramofone, que ainda tinham problemas de durabilidade, embora já apresentassem uma durabilidade e qualidade superior, além de evoluir no que diz respeito à produção, saindo de uma produção e gravação semi-artesanal no caso dos cilindros, para uma produção industrial, possibilitada pelos discos.

Os discos de cera evoluíram então para os de vinil, que trouxeram o máximo em durabilidade, fidelidade e qualidade na reprodução sonora, garantindo assim uma melhor experiência para o público, sendo rapidamente adotado como novo padrão da indústria, até o

⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. V II. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 496.

⁴⁹ A EVOLUÇÃO DAS MÍDIAS DE GRAVAÇÃO, Disponível em < <https://midiasdegravacao.wordpress.com/>> Acesso em 20/11/2016

advento do *walk-man*, lançado pela Sony na década de 80, que acabou por popularizar as fitas cassete, que por serem mais compactas, permitiam sua portabilidade em quaisquer situações, até mesmo ao andar na rua.

Até então todos os principais suportes pressupunham uma reprodução mecânica, invariavelmente deveria haver uma agulha que ao entrar em contato com o disco ou cilindro, produziria vibrações que seriam então transformadas em sons. Mesmo no caso das fitas cassete, a fita em si deveria estar em contato com uma peça do aparelho de reprodução, chamada “cabeça magnética”. O problema gerado por esse contato mecânico é o desgaste gerado pelo atrito, que com o passar do tempo faz com que se perca qualidade de áudio.

Eis que então surgiu uma nova forma de fixação de informações e de leitura das mesmas, a gravação e reprodução ótica, que culminou com a invenção do *Compact-Disc*, no final da década de 70, essa nova mídia representou uma verdadeira revolução, pois além de não eliminar o desgaste gerado pelo atrito, era um suporte muito mais compacto, quando comparado com os discos de vinil, e trazia além da portabilidade uma alta qualidade sonora, o que não ocorria com as fitas cassete, além de ter um custo de produção muito mais baixo, garantindo assim melhores retornos às empresas de música.⁵⁰

Tal aumento no retorno financeiro dos produtores fonográficos gerou, pela primeira vez, um certo desequilíbrio na relação produtores fonográficos x intérpretes e autores, isso porque a remuneração estabelecida nas cessões, levavam em conta uma realidade financeira que mudou completamente com o advento do *CD*, isso porque, o valor a ser pago fora estabelecido levando-se em conta um custo operacional (das produtoras fonográficas) que era mais alto, e com o *CD*, tal custo caiu, levando a um aumento considerável das receitas das gravadoras, sem que isso fosse repassado aos intérpretes e autores.

Mas como já vimos, tal desequilíbrio é facilmente solucionável com uma revisão contratual, que traga novamente equilíbrio financeiro à relação estabelecida.

⁵⁰ A EVOLUÇÃO DAS MÍDIAS DE GRAVAÇÃO, Disponível em < <https://midiasdegravacao.wordpress.com/> > Acesso em 20/11/2016

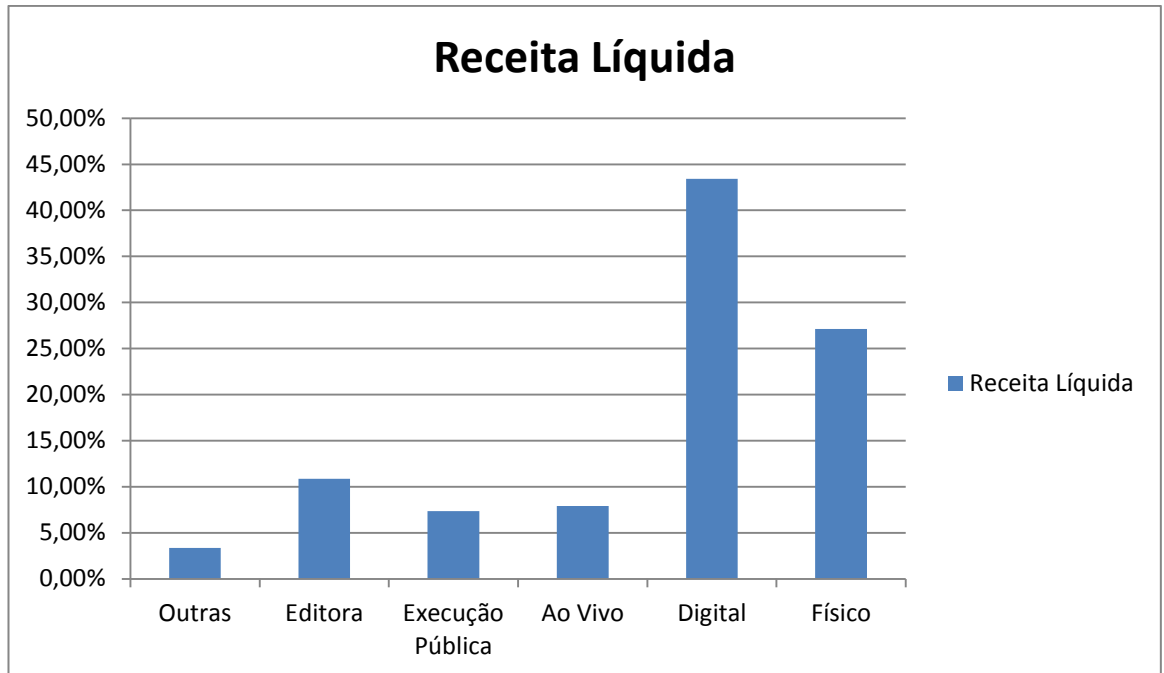
Até o *CD*, todos os suportes de reprodução foram, invariavelmente, tangíveis, mas isso começou a mudar no final da década de 90 e início dos anos 2000, ali começou uma verdadeira revolução tecnológica que levou não apenas a uma mudança nos suportes, mas em toda a dinâmica do mercado fonográfico, começava ali, a era da música digital.

Todos sabemos que tais modificações foram ocasionadas pela popularização da internet, que abriu uma nova gama de suportes através dos quais os fonogramas poderiam ser disponibilizados, gerando também novos problemas para a indústria, com o aumento significativo da contrafação, pois fora facilitada pela internet, através de programas que possibilitam o compartilhamento gratuito de arquivos, inclusive música. Hoje um a cada três *CDs* de música vendidos é pirata⁵¹.

Mas não vamos aqui nos debruçar sobre a questão da contrafação na internet, sendo mais importante para este trabalho analisar as mudanças positivas proporcionadas pela distribuição digital de música.

A era digital não trouxe apenas mudanças na forma como a música é distribuída, mas gerou principalmente uma completa mudança no mercado, com o constante declínio das vendas de suportes físicos, os produtores fonográficos tiveram que se reinventar, e hoje não são mais “gravadoras”, são verdadeiras empresas de música, diversificando o seu negócio para manter a competitividade, como podemos observar no gráfico abaixo:

⁵¹ CASTRO, Gisela. Pirataria na Música Digital: Internet, direito autoral e novas práticas de consumo. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pirataria-na-m%C3%BAAsica-digital-internet-direito-autoral-e-novas-pr%C3%A1ticas-de-consumo> > Acesso em 20/11/2016

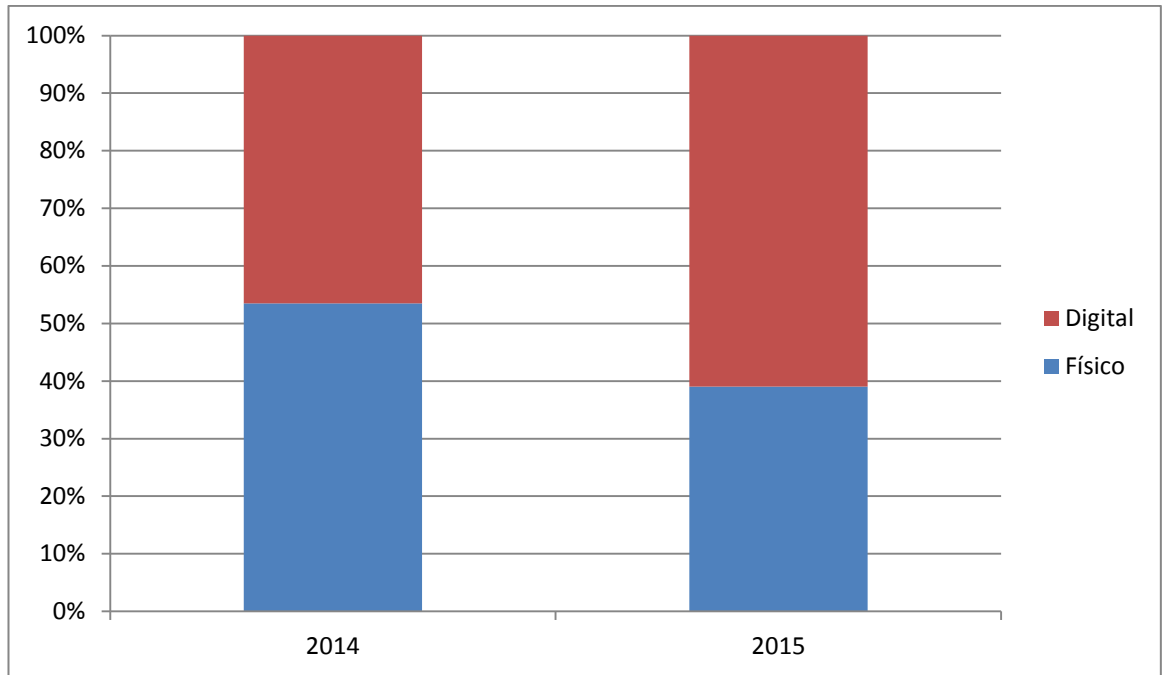


Fonte: Som Livre, resultado de 2015.

Como podemos observar, hoje os produtores fonográficos precisam diversificar suas receitas, caso contrário deixam de ser economicamente viáveis, e embora o digital represente a maior parte das receitas dessas empresas, não se pode deixar de lado os suportes físicos e os demais negócios, sob pena de se perder competitividade num mercado de grande dinamismo.

Como pudemos observar, hoje o digital representa a maior parte das receitas de uma produtora fonográfica, mas quando ocorreu essa mudança?

Vejamos o gráfico abaixo que mostra a evolução das receitas atreladas à comercialização em suportes físicos e digitais nos últimos anos:



(Fonte: ABPD, disponível em <http://www.abpd.org.br/home/numeros-do-mercado/>)

Como podemos observar, ao contrário do que muitos imaginam, as vendas dos suportes digitais só ultrapassaram as vendas dos suportes físicos em 2015, portanto devemos continuar com a produção e distribuição das mídias físicas por um bom tempo, o que é vital não apenas para os atores do mercado, mas principalmente para a sociedade.

Mas porque os suportes físicos são tão importantes para a sociedade?

Ora, o Brasil é um país onde apenas 54,4% das pessoas com mais de 10 anos tem acesso a internet⁵², logo, para cerca de 45,6% das pessoas com mais de 10 anos, não tem acesso aos suportes digitais, e num eventual desaparecimento dos suportes físicos, esta grande parcela populacional estaria impossibilitada de acessar importantes obras culturais, aumentando a exclusão cultural das classes menos favorecidas de nosso país, agravando o problema da desigualdade social que é muito sério em nosso País.

Ao evidenciarmos isso vemos a importância de garantir aos produtores fonográficos o pleno exercício de seus direitos de exploração comercial dos fonogramas, como forma de se garantir o interesse social, que é um dos pilares dos direitos autorais.

⁵² IBGE, PNAD 2014, disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acesoainternet2014/default_xls.shtm>, Acesso em 21/11/2016.

Muitos indagam, afirmando não ser necessário “privilegiar” os direitos das empresas de produção fonográfica, posto que os artistas intérpretes e autores hoje tem capacidade de fazer sozinhos, a distribuição e exploração de suas obras e fonogramas, através de editoras próprias e selos independentes.

Embora hoje já haja uma possibilidade real de os autores fazerem a administração de suas obras de forma direta, com editoras próprias sem que isso traga grandes prejuízos, quando analisamos a exploração patrimonial de fonogramas de forma direta pelos intérpretes verificamos que cai não apenas a quantidade de produtos produzidos, como também as formas de distribuição, restringindo assim o acesso do público aos canais oficiais de distribuição de fonogramas.

Podemos pegar como exemplo a dupla sertaneja Fernando & Sorocaba, que até o ano de 2014 tinham contrato com a gravadora Som Livre, que devido a necessidade de diversificação das suas receitas, lançava os produtos da dupla em todos os formatos e suportes possíveis, garantindo assim uma exploração máxima de seu catálogo fonográfico.

Ocorre que nesse ano, o contrato artístico que a dupla tinha com a gravadora expirou, e não foi renovado, por iniciativa dos próprios artistas, diga-se de passagem, e desde então, todos os álbuns da dupla vem sendo lançados exclusivamente em suportes digitais.⁵³ Mas porque os artistas intérpretes não fazem a exploração em todos os suportes?

Simples, o principal negócio do artista não é a venda de álbuns, mas sim as execuções ao vivo, os shows. Com isso, ele não está preocupado em efetuar uma distribuição ampla de seu produto, garantindo um acesso amplo do público a ele, o artista está preocupado apenas com a divulgação de seu material à um público específico.

Hoje, um artista sozinho, fatura mais anualmente, apenas com shows, que uma produtora fonográfica, mesmo com toda a diversificação de receitas que tem sido a tônica da sobrevivência dessas empresas. Logo, os artistas podem se dar ao luxo de simplesmente não lançar um álbum, ou se o fizerem, não distribuí-lo de forma ampla, pois esse não é o seu

⁵³ Fernando & Sorocaba. Discografia. Disponível em <<http://www.fernandoesorocaba.com.br/discografia>> Acesso em 01/12/2016.

negócio. A dupla Fernando & Sorocaba, por exemplo, ao não renovar com a Som Livre, assinou com a OneRpm, uma empresa especializada apenas da distribuição digital de fonogramas, deixando assim de possibilitar que o público que não tenha acesso à internet tenha acesso aos seus produtos através de canais oficiais, o que dá ensejo ao aumento da contrafação.

De forma contrária, é necessário para a sobrevivência das empresas produtoras fonográficas, as gravadoras, que elas diversifiquem suas receitas, fazendo com que a exploração e a distribuição de seu catálogo de fonogramas seja a mais ampla possível, garantindo assim um acesso amplo do público à essa forma de manifestação cultural.

Como nos ensina o professor Ascensão:

“(...) A questão que se coloca é se o interesse privado do autor contrapõe-se ao interesse público ou ao interesse do público. O exame desta matéria não se exaure no interesse direto do usuário, mesmo como um direito difuso, uma vez que é necessário considerar que a criação intelectual integra o patrimônio cultural do povo e, assim, há um interesse público não só na criação de obras para desfrute do usuário, mas também no acesso e na preservação do acervo intelectual.”⁵⁴

Portanto, garantir aos produtores o pleno exercício de seus direitos é uma forma de garantir o acesso da população à cultura, e ainda de garantir a manutenção do sistema retroalimentar que é garantido pela lei de direitos autorais.

⁵⁴ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo*, 1 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Pag. 69.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos apresentar, mesmo que de forma enxuta, toda uma evolução que leva ao nosso problema, qual seja, a confusão nos conceitos de modalidade de uso e suporte, e em como isso afeta as empresas produtoras fonográficas, o mercado e a própria sociedade.

Vimos aqui as origens do direito autoral, e que seu fundamento está calcado no direito positivo e na própria necessidade de se regular a exploração comercial das obras e fonogramas, e não em fundamentos transcendentais, como os direitos humanos, por exemplo, e que não podemos atribuir aos direitos de autor a natureza de propriedade, pois este não tem as características do direito real. Entendemos que a proteção aos direitos patrimoniais e seus titulares, todos eles, é a origem e o fim à que se presta o Direito Autoral.

Conseguimos observar, que o surgimento do fonograma, constituiu uma verdadeira revolução neste ramo do direito, posto que, antes de tal, a dicotomia “modalidade de uso” e “suporte”, praticamente não existia, uma vez que a forma de exteriorização da obra, seja ela qual fosse, estava sempre atrelada a um único tipo de suporte que se prestava a uma única modalidade de uso.

Entendemos que o Direito do Autor, é subdividido em três grandes campos, sendo os direitos morais, os direitos patrimoniais e os direitos conexos, e que os direitos conexos são aqueles atribuídos, dentre outros, àquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que são agentes diretos do mercado fonográfico, os artistas intérpretes, executantes e produtores fonográficos, sendo esses de grande relevância para a produção cultural, assim como o autor e os editores, não havendo uma escala de maior importância para um ou para os outros, sendo todos fundamentais ao funcionamento do sistema retroalimentar, que garante aos autores, editores, artistas e produtores, meios para que consigam continuar com a produção cultural, e a garantia do atendimento ao interesse social por trás do direito do autor.

Vimos aqui como devem ser analisados e aplicados os conceitos Modalidade de Uso e Suporte, vimos que a ideia de suporte está relacionada à forma de exteriorização da obra, e a modalidade de uso diz respeito a forma de exploração desta obra, sendo portanto conceitos completamente distintos, não podendo ser confundidos, sob pena de, devido à algumas

disposições da lei 9.610/98, estarmos, ao confundir estes conceitos, cerceando direitos dos produtores fonográficos.

Com todo esse pano de fundo, chegamos a conclusão de que tal cerceamento de direitos, ocasionado pela confusão entre modalidade de uso e suporte, prejudica não só os produtores, como todo o mercado fonográfico e principalmente, o público, pois ao restringir a plena utilização dos catálogos das empresas produtoras fonográficas, estamos prejudicando o seu negócio e a sua possibilidade de sobrevivência num mercado de extremo dinamismo, posto que, com o advento da internet, é fundamental para estas empresas que elas diversifiquem suas receitas, se tornando verdadeiras empresas de música, e não mais apenas gravadoras. Não cabendo o argumento de que a evolução dos suportes pode gerar um desequilíbrio na relação estabelecida entre empresas produtoras fonográficas, intérpretes e autores, uma vez que a revisão contratual é plenamente capaz de resolver eventuais desequilíbrios, não sendo necessário nem proporcional, restringir os direitos de exploração dos produtores para proteger um eventual desequilíbrio futuro.

Evidenciamos aqui o desinteresse dos artistas em manter uma ampla distribuição de suas interpretações ao público, pois o negócio destes não é esse, sendo para eles interessante apenas as formas de distribuição mais simples e que deem mais retorno, mas não o verdadeiro acesso de todos ao seu produto, pois eles não dependem disso para sobreviver em seu mercado.

Portanto, é fundamental, para que atendamos ao interesse social que calca o Direito do Autor, garantirmos aos produtores fonográficos, o pleno exercício de seus direitos, sob pena de aumentarmos a exclusão cultural de uma considerável parcela da população brasileira, que não tem meios para acessar os suportes digitais, estando portanto impossibilitadas de ter acesso à essa fundamental expressão cultural, que é a música. Garantir os direitos dos produtores é portanto privilegiar os interesses da própria sociedade.

6 OBRAS CITADAS

AÇÃO ORDINÁRIA 0842031-91.2010.8.21.0001, 6ª Vara Cível do TJRS – Data do julgamento 28/10/2010

APELAÇÃO CIVEL 0041745-60.1997.8.19.0001, 11ª Câmara Cível do TJRJ –Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares – Data do julgamento 29/06/1991

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 1997.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, 1 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

COPINGER, Walther Arthur. The Law of Copyright (1870-reprint). New Jersey: The Law Book Exchange, 2008

CURTISS, George Ticknor. A Treatise on The Law of Copyright (1847 – reprint). New Jersey: The Law Book Exchange, 2005

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009

GANDELMAN, Henrique, De Gutenberg à Internet: direitos autorais das origens à era digital. 5 ed. Rio de Janeiro: Record 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V III. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

SALINAS, Rodrigo Kopke. Introdução ao Direito Autoral. In: CRIBARI, Isabella (org.). Produção cultural e propriedade intelectual. Recife: Massangana, 2006.

THOMPSON, Clive. How The Phonograph Changed Music Forever, 2016. Disponível em: <<http://www.smithsonianmag.com/arts-culture/phonograph-changed-music-forever-180957677/?no-ist>>. Acesso em 08/10/2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. V II. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005

WARFIELD, Patrick, John Phillip Sousa And The Manace of the Mechanical Music, 2009.

Disponível em

<<http://drum.lib.umd.edu/bitstream/handle/1903/12871/11b.%20JSAM.pdf;jsessionid=FA931E54C640872AF7CBF7AF747E284D?sequence=1>> Acesso em 08/10/2016.

9 OBRAS CONSULTADAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 1997.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, Fundamento do Direito Autoral Como Direito Exclusivo, 1 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 2 ed. São Paulo: FTD, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos autorais das origens à era digital. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SANTOS, Manuella Silva dos Santos. Direito Autoral na Era Digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.