

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

**DIREITO AUTORAL E MÍDIAS DIGITAIS: O DIREITO DE AUTOR NA
ERA DO STREAMING.**

Priscilla Almeida Santos Miranda

**RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE**

Priscilla Almeida Santos Miranda

DIREITO AUTORAL E MÍDIAS DIGITAIS: O DIREITO DE AUTOR NA
ERA DO STREAMING.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

M672d Miranda, Priscilla Almeida Santos
Direito Autoral e Mídias Digitais: o Direito de Autor na Era do Streaming / Priscilla Almeida Santos Miranda. -- Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientador: Enzo Baiocchi.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. direito autoral. 2. novas tecnologias. 3. mídias digitais. 4. direito moral. 5. direito patrimonial. I. Baiocchi, Enzo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Priscilla Almeida Santos Miranda

DIREITO AUTORAL E MÍDIAS DIGITAIS: O DIREITO DE AUTOR NA
ERA DO STREAMING.

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 de Enzo Baiocchi.

Data da aprovação ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE

RESUMO

MIRANDA, P. A. SANTOS. Direito Autoral e Mídias Digitais: O Direito de Autor na Era do Streaming. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 2017.

O presente trabalho faz uma análise do direito autoral aplicado aos conteúdos fonográficos, estudando os direitos de autor e conexos, em suas vertentes morais e patrimoniais, demonstrando, ainda, os reflexos jurídicos e práticos causados pelo surgimento e desenvolvimento das mídias digitais e novas tecnologias na indústria musical, expondo a necessidade do Direito em acompanhar tais transformações.

Palavras-chave: Direito autoral; direitos conexos; direito moral; direito patrimonial; novas tecnologias; mídias digitais.

ABSTRACT

MIRANDA, P. A. SANTOS. Copyrights and Digital Medias: Copyrights in the Age of Streaming. Monography (Law Graduation) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 2017.

This paper analyses copyrights Law applied to phonographic content, considering author and related rights, on its moral and patrimonial aspects, in order to demonstrate the legal and practical reflexes caused by the emergence and development of digital medias and new technologies in the music industry, by exposing the need of the legislation to follow such transitions.

Key Words: Copyrights; related rights; moral rights; patrimonial rights; new technologies; digital medias.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| <u>1 PROPRIEDADE INTELECTUAL</u> | <u>12</u> |
| <u>1.1 Conceito</u> | <u>12</u> |
| <u>1.2 Propriedade Industrial e Direito Autoral.....</u> | <u>13</u> |
| <u>2 O DIREITO AUTORAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONTEÚDOS FONOGRAFÍCOS</u> | <u>16</u> |
| <u>2.1 Legislação Aplicável ao Direito Autoral</u> | <u>16</u> |
| <u>2.2 Direito autoral.....</u> | <u>20</u> |
| <u>2.3 Direito do autor e direitos conexos ao de autor.....</u> | <u>23</u> |
| <u>2.3.1 Direito do autor</u> | <u>23</u> |
| <u>2.3.2 Direitos conexos</u> | <u>24</u> |
| <u>2.4 Direito Moral e Patrimonial do Autor</u> | <u>26</u> |
| <u>2.4.1 Direito Moral</u> | <u>27</u> |
| <u>2.4.2 Direito Patrimonial</u> | <u>29</u> |
| <u>3 O DIREITO AUTORAL NO MERCADO FONOGRAFÍCO</u> | <u>32</u> |
| <u>3.1 O objeto do direito autoral no mercado fonográfico</u> | <u>32</u> |
| <u>3.2 Dos instrumentos jurídicos necessários a exploração dos conteúdos fonográficos.</u> | <u>33</u> |
| <u>3.2.1 Os contratos de cessão e licença de direitos.</u> | <u>33</u> |
| <u>3.2.2 As Creative Commons.....</u> | <u>37</u> |
| <u>4 O DIREITO AUTORAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS.....</u> | <u>40</u> |
| <u>4.1 Das mudanças no mercado fonográfico após a crise da pirataria</u> | <u>40</u> |
| <u>4.1.1. A evolução dos tipos de exploração diante das novas tecnologias</u> | <u>40</u> |
| <u>4.2 Da diversificação na exploração dos conteúdos fonográficos</u> | <u>42</u> |
| <u>4.3 Execução Pública.....</u> | <u>45</u> |
| CONCLUSÃO | 56 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 59 |

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual e seus sub-ramos permeiam diversos aspectos da vida moderna e do cotidiano popular, desde as atividades criativas até as industriais.

Com a ascensão do universo digital, inúmeras tecnologias foram sendo desenvolvidas a fim de estabelecer uma nova forma de ligação entre os titulares dos conteúdos e seus possíveis consumidores, fato este que acabou por revolucionar a relação entre os players dos mercados ligados a propriedade intelectual e como encaram seus negócios, bem como a relação entre os titulares dos direitos autorais destes conteúdos e o mercado de forma geral.

Antes desta revolução tecnológica trazida pelas mídias digitais surgir, por exemplo, o direito autoral regulava uma realidade em que não havia a possibilidade da aquisição de conteúdo – tais como fonogramas e videofonogramas – através de uma plataforma na internet por meio de download, tampouco a existência de uma plataforma online capaz de conter diversos fonogramas, os quais poderiam ser executados pelos consumidores a qualquer tempo e sem que fosse devida qualquer remuneração em retorno.

Tais alterações no comportamento e funcionamento dos mercados relacionados à distribuição e compartilhamento de conteúdo fazem com que seja necessária uma análise mais detida e substancial das transformações vividas até então nestes mercados, bem como do direito autoral brasileiro e das mutações sofridas por este a fim de atender a esta nova realidade.

Neste contexto, tem-se que dentre as principais atividades que envolvem o campo do direito autoral, o mercado da música se destaca por se fazer presente constantemente na vida de todos. Com isso, tem-se que a evolução e involução de seu mercado e de sua forma de distribuição afeta de maneira efetiva o cotidiano de terceiros, estejam eles ligados ou não à indústria musical, ainda que indiretamente.

É essencial, portanto, que haja um estudo dedicado à análise dos mercados ligados às mais diversas formas de produção, disponibilização, exibição, distribuição e transferência de conteúdo – especialmente, no mercado fonográfico.

O mercado fonográfico, antes dominante e pungente, sofreu durante os últimos anos significativos reflexos e modificações estruturais devido ao surgimento e estabelecimento das mídias digitais e novas tecnologias como mecanismo de acesso à informação e conteúdo em geral.

Tais modificações podem ser facilmente notadas ao percebermos, por exemplo, o surgimento e consolidação da pirataria virtual e as mudanças por ela geradas no mercado fonográfico e também na legislação autoral. Esta realidade de constante inovação desafia não somente o mercado fonográfico, como também o direito autoral e a sua capacidade de proteção das criações intelectuais neste novo cenário digital.

Tratando especificamente sobre os produtos fonográficos e videofonográficos – os quais, antes, monopólio de grandes gravadoras e principal fonte de grande parte da receita dos artistas –, diante da evolução de novas tecnologias, estes puderam ser disponibilizados por valores comparativamente menores aos originais e, apesar de disponibilizados ao público com qualidade notoriamente inferior, isto passou por afetar de forma definitiva a indústria fonográfica e sua maneira de enxergar as possibilidades de mercado.

A evolução da internet e o aumento do acesso aos computadores, agravou ainda mais a situação iniciada pelos “piratas”, permitindo o download gratuito de conteúdos por seus usuários, fato este que consolidou a crise, não apenas por alterar a forma de consumo de música, mas também por provocar tal alteração sem que o mercado tivesse formas legais de fornecer, até então, seus conteúdos nestes novos formatos recém desenvolvidos, à época.

No que tange estas inovações tecnológicas, tem-se como principal tecnologia utilizada como meio de troca de conteúdos uma modalidade denominada *streaming*, que significa a transferência de dados através da internet com o intuito de enviar informações de multimídia de servidores para clientes.

Essa modalidade, portanto, serve como um imenso acervo de dados e conteúdos disponíveis aos consumidores que estiverem interessados em ter acesso ao que lhes é ofertado e, ao contrário do download, transfere os arquivos de forma temporária para o terminal do usuário.

O estudo desta tecnologia à luz do direito autoral brasileiro se faz extremamente necessário, pelo que plataformas desta modalidade – como Spotify, Deezer, Youtube e Itunes – tem movimentado e liderado o mercado fonográfico mundial de forma representativa e palpável.

O desafio do direito autoral em conseguir manter os titulares de direitos protegidos diante destas mudanças aumentou significativamente, haja vista que, em função da imaterialidade de seus conteúdos, a reprodução, distribuição e alteração de obras e fonogramas foi indubitavelmente facilitada, sem que, no entanto, a devida autorização, retribuição e crédito aos titulares fossem feitos.

Infelizmente, nota-se que, até hoje, a proteção aos direitos autorais não progrediu na mesma proporção e rapidez das novas tecnologias, o que faz com que não haja controle efetivo sobre eventuais violações dos direitos dos autores dos conteúdos.

Observa-se que a indústria fonográfica, frente a tais dificuldades, busca se restabelecer e adaptar através da tentativa de diversificação de receita – como, por exemplo, sincronizações em filmes e campanhas publicitárias –, da adaptação de sua estrutura para a disponibilização digital de seus conteúdos através de parceiros de download e *streaming*, e, ainda, focando em áreas comumente antes negligenciadas, como a de execução pública.

Ainda assim, é preciso que a legislação de direito autoral seja capaz de acompanhar tais mudanças na mesma velocidade e proporção em que estas ocorrem, pois, ainda que os titulares de direitos se adaptem às modificações trazidas pelo avanço tecnológico e consolidação das mídias digitais, estes não terão como defender, controlar e pleitear seus direitos frente às novas e iminentes ameaças.

Neste sentido, o presente trabalho visa analisar a música pela perspectiva do direito autoral, ressaltando não apenas a proteção atual dada a esta, como também pesquisando de que forma a evolução da indústria fonográfica e o direito estão se comportando no atual cenário.

1 PROPRIEDADE INTELECTUAL

1.1 Conceito

A propriedade intelectual é o campo do direito que se dedica à proteção das criações de origem intelectual, sejam elas de carácter literário, artístico, científico e/ou industrial, de modo a possibilitar a exploração e proteção destas criações em um determinado período de tempo.

Não sendo pacífico entre a doutrina relacionada ao tema se a propriedade intelectual deve ser incluída no âmbito dos direitos reais ou dos direitos da personalidade, é cediço o entendimento de que esta pertence ao Direito Privado, pelo que, ainda que se inclua entre os direitos patrimoniais, ao se submeter às regras de transferência e circulação de bens, esta passa por se incluir também aos direitos da personalidade, quando analisado o aspecto moral do direito do autor.

A normatização dos direitos relativos às criações intelectuais confere a estas uma proteção sólida, resguardando não só suas formas de constituição, como também possibilitando a exploração daquelas por seu criador e, caso este assim o decida, sua transferência a terceiros.

De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a propriedade intelectual é o conjunto de direitos:

(...) relativos às obras literárias, artísticas e científicas, as interpretações do artista intérprete, aos fonogramas e a transmissão, as invenções em todos os domínios da atividade humana, as descobertas científicas, aos desenhos industriais, as marcas comerciais, de serviço, firmas comerciais e denominações comerciais, a proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes a atividade industrial, científica, literária ou artística¹. (Tradução nossa)

¹SUIÇA. Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intellectual Property Handbook, 2004. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf. Acesso em: 18 set. 2017.

Em função da abrangência dos objetos supramencionados, a proteção jurídica se torna imprescindível quando se busca dar expressão legal aos direitos morais e econômicos dos criadores sobre suas criações e dar ao público o direito de acesso a tais criações².

O direito à propriedade intelectual, desta forma, tem como objetivo central salvaguardar os criadores e produtores de bens e serviços intelectuais permitindo a estes um período razoável de controle exclusivo sobre tais produções. Sendo mister observar, tal proteção não se restringe a resguardar apenas o objeto físico no qual a criação está materializada, mas ainda, a criação intelectual em si mesma³.

1.2 Propriedade Industrial e Direito Autoral

É importante destacar que o termo “propriedade intelectual” abrange não somente os direitos de autor e os direitos conexos ao de autor, mas também os direitos ligados à propriedade industrial.

A propriedade industrial compreende as obras intelectuais de “caráter material, físico”⁴, gerando o direito às marcas, patentes, modelos de utilidade, e criando, ainda, regras de repressão a concorrência desleal e as falsas indicações geográficas.

O direito autoral, por sua vez, visa resguardar os direitos imateriais, abstratos e incorpóreos⁵. Neste espírito, Nehemias Gueiros Jr. preceitua:

² SUIÇA, loc. cit.

³ SUIÇA, loc. cit.

⁴ OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.13.

⁵ OLIVEIRA, loc. cit.

A propriedade intelectual é uma espécie de expressão holding, que preside e engloba tanto as criações intelectuais materiais, físicas, tais como invenções, equipamentos e obras de design e emprego útil, como também as obras imateriais, abstratas e incorpóreas, como a música, os textos literários, as peças teatrais e as obras de arte plástica. Sob a égide da propriedade intelectual encontramos os direitos industriais, que regulam e protegem as patentes de invenções e os engenhos de cunho utilitário, e os direitos imateriais (ou intelectuais), definidos e desenvolvidos, para proteger e defender todas as obras de característica estética criadas pelo homem⁶.

Todavia, ainda que o termo “propriedade intelectual” compreenda tanto a propriedade industrial quanto o direito autoral, é importante ressaltar que cada especialidade possui objetos distintos, bem como legislações próprias, sendo a Lei 9279/96 pela propriedade industrial no Brasil e a Lei 9610/98 responsável pela regulamentação do direito autoral brasileiro.

José Carlos Costa Netto, ao abordar a diferenciação dos campos da propriedade intelectual, destaca dois elementos essenciais:

- (a) o direito do autor decorre, basicamente, das obras intelectuais no campo literário e artístico;
- (b) o registro da obra intelectual, no campo do direito de autor, não constitui mas, apenas, presume autoria (ou titularidade originária do direito) ao contrário da “propriedade industrial”, em que a formalidade do registro válido importa na constituição – ou atribuição do direito ao titular (do invento, modelo industrial ou marca) em relação ao privilégio de seu uso. Naturalmente, o registro – no campo da propriedade industrial – para gerar o efeito constitutivo de direito (privilégio de uso) deve seguir a legislação e procedimento administrativos próprios⁷.

Conforme destacado acima, a propriedade intelectual é um campo abrangente do direito, o qual compreende tanto os direitos autorais, quanto os direitos de propriedade industrial, ficando claro, no entanto, que ainda que tenham como origem a criação intelectual humana, tem objetos e proteções jurídicas distintas.

⁶ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.42.

⁷ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. FTD: São Paulo, 2008, p 30.

Dessa forma, conclui-se que a propriedade intelectual se divide entre a propriedade industrial e os direitos autorais e conexos. A propriedade intelectual visa proteger os inventores – ou responsáveis pela produção do intelecto –, conferindo a estes o direito de obter, por determinado período de tempo, retorno financeiro pela própria criação, seja no domínio industrial, científico, literário ou artístico. O direito autoral, por sua vez, destina-se a garantir as criações relacionadas a obras intelectuais, artísticas ou ainda de cunho estético. No caso da propriedade industrial, a proteção conferida depende de registro – o qual é constitutivo de direito. A proteção conferida pelo direito autoral, por sua vez, independe de registro, sendo este facultativo. Enquanto o direito industrial protege a própria ideia da qual resulta a invenção, o direito autoral apenas protege a forma como se exterioriza a criação, não alcançando a ideia.

2 O DIREITO AUTORAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONTEÚDOS FONOGRÁFICOS

2.1 Legislação Aplicável ao Direito Autoral

Disciplinado ao nível internacional e nacional, o direito de autor se faz presente tanto em convenções internacionais e Constituições, quanto em leis ordinárias.

No que tange a esfera internacional da positivação do direito de autor, foram assinadas diversas convenções e acordos, a partir do século XIX, partindo, inicialmente, da proteção patrimonial do direito do autor, e evoluindo, posteriormente, para a previsão e instituição da ideia de direito moral.

Destacam-se no âmbito internacional a Convenção Universal de Genebra, formalizada em 1952, e as Convenções de Berna, assinada em 1886, ambas revistas em datas posteriores.

A Convenção de Berna e seus aditamentos foram responsáveis pela consagração do direito do autor em todo o mundo, sendo esta aderida e incorporada por diversos países, incluindo o Brasil, em que foi promulgada através do Decreto nº 75.699 de 1975.

Posteriormente à Convenção de Berna, destaca-se em nível internacional a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, assinada em 1952 e revista em 1971. Tal qual a primeira, esta convenção também foi aderida pelo Brasil, tendo sido promulgado o Decreto nº 76.905 de 1975.

Em relação à aderência do Brasil a acordos internacionais, Carlos Bittar destaca:

O Brasil aprovou, em seu Direito interno, vários textos das convenções internacionais, dentre as quais, as de Berlim (Decreto 15.330, de 21.06.1922), Roma (Decreto 23.270, de 24.10.1933), Bruxelas (Decreto 34.954, de 18.01.1954), Roma (Decreto 57.125, de 19.10.1965, de direitos conexos) e Paris (Decreto 79.905, de 24.12.1975), além das de Genebra (Decreto 48.458, de 04.07.1960), Convenção Universal, revisão de Paris (Decreto 76.905, de 24.12.1975 e Decreto 76.906 de 24.12.1975, de direitos conexos), e interamericanas, do Rio de Janeiro (Decreto 9.190, de 06.12.1911), Buenos Aires (Decreto 11.588, de 19.05.1915) e Washington (Decreto 26.675, de 18.01.1949). Aderiu, ainda, a outras convenções, como a que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), de Paris, de 14.07.1971 (Decreto 75.541, de 31.05.1975), e a sobre sinais emitidos por satélites de comunicação, de Bruxelas, de 21.05.1974 (Decreto 74.130, de 28.05.1974)⁸.

Outrossim, a Organização Mundial do Comércio (OMC) estabeleceu, em 1994, o acordo TRIPS⁹ acerca dos aspectos do direito da propriedade intelectual relacionados especificamente ao comércio.

Importante frisar que a responsabilidade pela proteção do direito do autor no plano internacional é feita pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra, na Suíça, sendo esta entidade internacional de Direito Internacional Público¹⁰.

Em relação à OMPI, cumpre ressaltar que durante a Conferência Diplomática de Genebra, em 1996, foram aprovados os chamados de “Tratados da Internet”: o tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas e o tratado sobre direito do autor.

⁸BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.59.

⁹TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Abr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994)

¹⁰ OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.19.

Estes tratados foram responsáveis por destacar o papel das novas tecnologias e novas mídias no mercado fonográfico, relacionando-as à proteção tida como tradicional dos direitos autorais. Contemplaram, além disso, a equiparação entre direito de autor e os direitos conexos¹¹.

No que tange o âmbito nacional, consagrado através da Constituição Federal de 1988, o direito exclusivo de utilização da obra pelo autor está elencado no Art.5º, entre os direitos fundamentais, que dispõe:

- IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;(…)
- IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;(…)
- XXII – é garantido o direito de propriedade;
- XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;
- XXIX – a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;(…)
- XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:
 - a) A proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
 - b) O direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e as respectivas representações sindicais e associativas¹²;

Na esfera infraconstitucional, temos a Lei 9610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA), a qual é responsável pela regulamentação do direito do autor no Brasil. Nela estão consolidados os conceitos, regras e período de proteção relacionados ao direito do autor no Brasil.

A LDA, contudo, por ter sido promulgada em 1996, ou seja, antes da concretização das mudanças trazidas pela internet – como, exemplificativamente, o upload ilegal de fonogramas pela internet, a tecnologia do download e, mais recentemente, o *streaming* – não foi capaz de antever suas consequências e seus reflexos, não contendo, portanto, toda a disciplina legal necessária para a efetiva resolução dos problemas decorrentes de tais evoluções tecnológicas.

¹¹ OLIVEIRA, loc. cit.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2017.

Por fim, no que tange o aspecto criminal da violação do direito de autor, o Código Penal brasileiro dispõe:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#) § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. [\(Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na [Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998](#), nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. [\(Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)¹³.

Em relação à previsão penal para a violação autoral, Costa Netto preceitua:

Adaptando-se, a exemplo da lei autoral de 1998, ao terreno das novas tecnologias e tornando-se mais rigoroso em relação às penas para certas modalidades de violação de direito autoral, especialmente por fortalecer o combate à denominada “pirataria” (reprodução e comercialização não autorizada, normalmente em longa escala, com fins de lucro, de produtos que contenham obras ou bens protegidos no campo da propriedade intelectual), a Lei 10.695, de 10/7/2003 alterou o caput e os parágrafos 1º, 2º e 3º e acrescentou o 4º ao artigo 184, revogou o artigo 185 e alterou a redação do art. 186 do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7/12/1949, que já havia sido alterado, com relação aos artigos 184 e 186, pela Lei 6.895, de 17/12/1980, e pela Lei 8.635, de 16/3/1993, que havia dado nova redação ao art.184 do Código Penal)¹⁴.

¹³ BRASIL. Código Penal (1940). Lei nº 10.695, de 1º.7.2003. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

¹⁴ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: 2008, p 72.

2.2 Direito autoral

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual indica como objeto do direito autoral toda a produção literária, científica e artística, independentemente do modo ou forma de expressão, desde que original¹⁵.

Destaca-se que para o direito autoral, ao contrário da propriedade intelectual, a ideia não precisa necessariamente ser original, mas sim a forma em que a mesma é exteriorizada e expressada. Não há de se falar em novidade, no entanto. A originalidade da forma deve ser entendida “de maneira subjetiva, tendo vista as características próprias à modalidade da obra intelectual”, enquanto a novidade deve ser interpretada objetivamente, entendendo-se como “requisito, principalmente, para obtenção de privilégios no campo da propriedade industrial” onde seus objetos devem trazer características inovadoras”¹⁶.

Ainda acerca da originalidade das criações, é primordial destacar que as criações podem ser derivadas de uma obra preexistente, como nos casos das traduções, arranjos, adaptações e transformações de obras previamente existentes, sem que violem o requisito da originalidade. Em tais casos, contudo, os direitos patrimoniais e morais do autor originário deverão sempre ser observados.

Nesse sentido, Luciana Freire atesta:

O direito de autor é uníssono em assegurar proteção à obra já materializada, não à ideia que a originou. Como já vimos, as razões são bastante claras e objetivas. O entendimento é de que não se pode privar uma pessoa de criar sobre uma ideia, porque outra o fez anteriormente; caso contrário, teríamos toda produção intelectual impedida de ser realizada. Outro ponto muito importante é que cada criador tem um modo distinto de decodificar a ideia, ou seja, quando a materializa o faz colocando suas características pessoais. E é exatamente o resultado materializado desta “decodificação” que o direito de autor protege¹⁷.

¹⁵ SUIÇA. Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intellectual Property Handbook, 2004. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

¹⁶ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: 2008, p 89.

¹⁷ RANGEL, Luciana Freire. Parecer 23/01/1995, sobre questão de plágio em método técnico-musical, p.7.

A Lei 9610/98 – Lei de Direitos Autorais –, por sua vez, compreende que o objeto do direito autoral são as “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”¹⁸, elencando, exemplificativamente, em seu Art.7º quais são as criações que estão sob sua proteção, sendo elas:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.¹⁹

Dentre as limitações relacionadas ao direito de autor, tem-se como a mais relevante a limitação temporal no exercício dos direitos patrimoniais do autor por seus sucessores.

Esta limitação está relacionada à “necessidade de composição entre o interesse privado do autor e o interesse público da coletividade em conhecer as obras intelectuais”, retirando do autor e seus sucessores “a exclusividade de exploração após o transcurso de determinado prazo e a obra cai em domínio público”²⁰.

¹⁸ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁹ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁰ OGAWA, Mariana Ueda. **Da temporalidade dos direitos patrimoniais do autor**. 2007. 67 fls. Monografia (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 67. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041013.pdf>. Acesso em: 10 out.2017.

A Lei de Direito Autoral, por exemplo, determina o prazo de setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória prevista no Código Civil.

Destaca-se que os direitos conexos também sofrem limitação temporal, atendendo ao mesmo prazo, conforme previsto no Art.96 da Lei 9610/98²¹.

No presente projeto, nos deteremos à análise da proteção dos conteúdos fonográficos e videofonográficos, ou seja, as composições musicais, as fixações destas em fonogramas²² e obras audiovisuais videomusicais.

Neste sentido, é relevante salientar que o direito autoral deve ser entendido não apenas como o direito do autor, mas também os que lhe são conexos²³, consistindo o primeiro na “atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas” aos respectivos autores, sendo o direito originário dos autores sobre suas obras, enquanto o segundo são “os direitos de artistas, intérpretes e músicos executantes, dos produtores de fonogramas e das entidades de radiodifusão”, ou seja, o direito de terceiros responsáveis pela disseminação e exploração das obras dos autores²⁴.

²¹ BRASIL. loc. cit.

²² 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 (BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 14 set. 2017.)

²³ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁴ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.46.

2.3 Direito do autor e direitos conexos ao de autor

2.3.1 Direito do autor

O direito autoral regula o direito subjetivo do autor sobre suas obras musicais, garantindo a este os direitos morais e patrimoniais sobre sua criação, assegurando o seu reconhecimento como criador da obra resultante de sua atividade intelectual, o direito de exploração econômica sobre aquela, entre outros²⁵.

Nehemias Gueiros Jr. acredita se tratar do direito imediato e diretamente decorrente da criação intelectual materializada, assegurando que no momento de criação da obra, nasce também um direito subjetivo para o autor, constituído por direitos morais e patrimoniais²⁶.

Os titulares originários de tais direitos intrínsecos à obra seriam os autores, compositores e artistas, pessoas físicas²⁷, não sendo possível a total dissociação entre o titular e a obra, ainda que por convenção expressa e formal a titularidade seja transferida a outrem, como por exemplo, na hipótese de transferência de titularidade de obra ou fonograma à editoras e/ou gravadoras, em que, ainda que haja a transferência dos direitos patrimoniais, o direito moral do autor permanece intransferível²⁸.

No que diz respeito à titularidade originária pertencer, obrigatoriamente, às pessoas físicas, Délia Lipszyc, defende que:

(...) o autor é o sujeito originário do direito de autor e o direito de autor nasce da criação intelectual. Uma vez que esta somente pode ser realizada pelas pessoas físicas, a consequência natural é que a titularidade originária corresponda à pessoa física que cria a obra²⁹.

²⁵ OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 21.

²⁶ GUEIROS JUNIOR, op. cit., p. 49.

²⁷ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: 2008, p 93.

²⁸ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.49.

²⁹ *Direitos Autorais, Aspecto Subjetivo. Criador e Titular de direito*. Pluralidade de autores. (Doc. OMPI/PI/JU/96/5 – outubro/96), p. 2.

2.3.2 Direitos conexos

Entende-se que não apenas os autores têm seus direitos protegidos quando se trata de direito autoral. A doutrina e legislação brasileira e estrangeira são uníssonas acerca da relevância da proteção dos direitos conexos ao de autor para que haja uma preservação completa e efetiva de direitos.

Relativamente aos direitos conexos ou “vizinhos”, Antônio Chaves esclarece:

Ao lado das autorais surgiram, aproximadamente nos anos vinte, outras prerrogativas aquelas relacionadas por determinados laços de similitude, e que se foram definindo e firmando com o correr do tempo, devido, em grande parte, as gravações e aos meios de comunicação eletrônica que lhes deram um realce nem sequer suspeitado anteriormente. São, em primeiro lugar, os direitos dos artistas de interpretação musical ou dramática (em termos amplos), como elaboradores já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as musicais que executam), mas de obras “conexas”, isto é, que criam a partir daquelas preexistentes, adquirindo, quando meritariamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras interpretadas, através de execuções “ao vivo” ou mediante gravações sonoras. Dão, assim, vida e cor a elaborações que de outra forma não sairiam do papel, inacessíveis ao grande público, exercendo função decisiva para que o compositor seja compreendido e divulgado, aquém e além das fronteiras de seu país, e oferecem, assim, similitudes e compatibilidades com o direito do autor, a tal ponto que, vencidas as resistências iniciais, a lei não mais hesita em protegê-las em sentido análogo³⁰.

Desse modo, em razão da necessidade de proteção aos direitos dos responsáveis pela disseminação e exploração das obras já protegidas através do direito de autor, fez-se a necessidade do surgimento da proteção dos direitos conexos, os quais abrangem, no caso do direito fonográfico, especificamente, o direito do intérprete, do músico acompanhante, do regente, do produtor fonográfico e das empresas de radiodifusão.

Cada um dos titulares tem, diante da proteção aos direitos conexos, um campo distinto a ser abrigado e contemplado. No caso dos artistas, são suas interpretações musicais; os produtores fonográficos correspondem à sua produção sonora; enquanto o organismo de radiodifusão, por exemplo, tem protegidos seus programas.

³⁰ CHAVES, Antonio. **Direitos Conexos**. São Paulo: LTR, 1999, p. 122.

O direito conexo, entretanto, diferentemente do direito de autor, surge somente a partir da fixação sonora da interpretação musical, o que, segundo Costa Netto, “ocorre na produção fonográfica, ao contrário da interpretação ou execução musical, estas com características mais próximas à criação intelectual”³¹.

Importante ressaltar que os titulares dos direitos conexos podem ser tanto pessoas físicas, como no caso dos intérpretes, músicos acompanhantes, regentes, como pessoas jurídicas, sendo essas últimas representadas pelos produtores fonográficos.

No que tange o mercado fonográfico, especificamente, o direito autoral se faz presente de ambas as formas – direito de autor e direito conexo –, pelo que as obras (letras e melodias presentes nos fonogramas) são interpretadas pelos artistas, executadas pelos músicos acompanhantes e fixadas pelos produtores fonográficos, não sendo possível, portanto, para a fixação dos produtos finais – fonogramas – seguir sem que tais elementos sejam cumpridos e respeitados.

Dessa forma, não há que se falar em exclusividade do fonograma pelo seu produtor fonográfico sem que o mesmo obtenha as devidas autorizações e cessões de direito firmadas com os demais titulares de direito de autor e conexos inclusos no fonograma.

Nesse sentido, Costa Netto confirma:

Normalmente, é o produtor de fonogramas, além das atividades artísticas e musicais que possa vir a exercer, quem organiza – operacional e tecnicamente – as criações intelectuais e demais atividades que irão constituir o fonograma. A partir daí – em relação a direito de terceiros – o produtor deverá estar munido documentalmente – de contratos ou termos de concessão ou cessão de direitos autorais de todos os titulares envolvidos na fixação fonográfica – para poder utilizá-lo regularmente, como um todo integrado, e controlar a sua reprodução, distribuição e, em sentido amplo, sua utilização por terceiros³².

³¹ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008, p 194.

³² *Ibid.*, p 197.

Neste sentido, fica evidente, desde já, que sem as devidas cessões de direito formalizadas por escrito pelos demais titulares de direito, o produtor fonográfico – que se encontra sempre limitado aos exatos termos das referidas autorizações, tendo em vista que de acordo com a legislação vigente, os negócios envolvendo direitos autorais devem ser interpretados de forma restritiva – não pode ser considerado titular exclusivo dos fonogramas que produzir.

2.4 Direito Moral e Patrimonial do Autor

Parte substancial dos doutrinadores dedicados ao estudo do direito de autor entende que a Teoria Dualista deve ser aplicada ao direito autoral.

Tal teoria defende que os direitos autorais apresentam características patrimoniais e morais, independentes entre si, sendo uma de natureza pecuniária e alienável, permitindo a exploração econômica das obras, e outra de natureza personalíssima, ligadas ao de direito da personalidade, inalienável e irrenunciável, de modo que nem mesmo seu titular possa abrir mão de tais direitos, mediante ou não pagamento.

Segundo Costa Netto, a teoria dualista foi adotada pela legislação brasileira vigente, onde os direitos de autor (morais e patrimoniais) coexistem, embora independentemente, sendo o direito moral prevalecente sobre o patrimonial uma vez que estaria relacionado à defesa da criação³³.

³³ COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008, p 78.

De acordo com Carlos Bittar, os direitos do autor:

São direitos unos e incindíveis quanto a respectiva textura, ou seja, enquanto componentes do acervo patrimonial do autor – caráter unitário do Direito do Autor – , podendo, no entanto, merecer divisão na medida do interesse do titular, sob o aspecto patrimonial, para efeito de possibilitar a circulação da obra e a percepção, por ele, dos proventos correspondentes, exatamente como se previu quando de sua consagração legislativa, como direito ligado a criação e não dependente de outorga da autoridade vigente no sistema dos privilégios. Daí porquê da identificação do direito moral (expressão criada por Merillot, em 1872) é que se pode chegar ao reconhecimento do então privilégio como categoria jurídica própria.

Com efeito, cada bloco de direitos cumpre funções próprias: os direitos de cunho moral se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação; já os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários³⁴.

Dessa forma, o direito do autor possui dois aspectos que se misturam e completam, constituindo um conjunto único, sendo o direito moral “base e o limite do direito patrimonial que, por sua vez, é a tradução da expressão econômica do direito moral”³⁵.

2.4.1 Direito Moral

A Convenção de Berna exige que seus países membros concedam aos autores o direito de reclamar a autoria de sua obra, bem como o direito de se opor a qualquer mutilação, distorção e/ou qualquer outro tipo de modificação ou ação derogatória à obra que possa vir a ser prejudicial à honra ou reputação do autor.

Tais direitos, chamados de direitos morais, são obrigatoriamente independentes dos direitos econômicos sobre a obra, devendo estes permanecer com o autor mesmo que haja transferência dos direitos patrimoniais a terceiros³⁶.

³⁴BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.96

³⁵Ibid., p.97

³⁶SUIÇA. Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intellectual Property Handbook, 2004. Disponível em:http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf. Acesso em: 04 out. 2017.

A Lei de Direitos Autorais indica como direito moral 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 causado³⁷.

Sabe-se que os direitos morais são fruto do reconhecimento do esforço e resultado criativo do autor, representando a “verdadeira externalização da personalidade do autor”³⁸.

Classificado como direito da personalidade por parte significativa da doutrina, o direito moral do autor, segundo Costa Netto, “a exemplo dos demais direitos da personalidade, são considerados indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, devido ao seu caráter de ‘essencialidade’”.

Nesta mesma lógica, Adriano de Cupis discorre:

De fato, qualquer valor concreto seria subtraído a personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa por fim a tais direitos por ato de vontade. Na verdade, a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por ato de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos da personalidade, tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável³⁹.

³⁷ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 15 set. 2017.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.97.

³⁹ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p.53. COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: 2008, p.135.

O direito moral, portanto, se apresenta como o reconhecimento definitivo e efetivo do “caráter psicológico de seu criador, manifestando-se no imediato instante de sua criação e passando a produzir efeitos ad aeternum, mesmo após o falecimento do autor”⁴⁰. Isto é:

Sob esse aspecto, fica a obra, indelével e inexoravelmente, ligada a pessoa do titular, mesmo depois de sua morte (e no domínio público), governando a respectiva trajetória, inobstante sob usos diferentes e diversa titularidade possam estar os vários direitos de ordem patrimonial (assim, por exemplo, em música editada por uma empresa, gravada por outra, inserida em filme, reproduzida em videofonograma)⁴¹.

Em suma, o direito moral, em função de sua natureza personalíssima e em decorrência da legislação vigente, é considerado pessoal, inalienável, irrenunciável, impenhorável, imprescritível e perpétuo.

2.4.2 Direito Patrimonial

Em contrapartida aos direitos morais ora explicitados, que cuidam da vinculação entre autor e obra, os direitos patrimoniais dizem respeito à possibilidade de exploração econômica das obras produzidas pelo autor em todos os meios e modos técnicos possíveis.

Ressalte-se que a exploração econômica de uma obra é uma prerrogativa exclusiva do autor, o que faz com que qualquer exploração econômica da obra só seja considerada legítima mediante obtenção de prévia e expressa autorização deste.

Carlos Bittar, na mesma seara, dispõe:

Com isso, impõe-se a prévia consulta ao autor para qualquer uso econômico da obra, que só se legitimará sob sua autorização expressa. Isso significa, pois, que, pelos vínculos que o mantém unido a obra, mesmo depois de comunicada sob qualquer forma, tem o direito de interferir em qualquer outra modalidade não contratada ou surgida depois com a evolução tecnológica...⁴²

⁴⁰ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.57.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.97.

⁴² Ibid., p.100.

Neste espírito, a Constituição Federal de 1988 estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”⁴³.

De acordo com Nehemias Gueiros Jr.:

Os direitos patrimoniais são aqueles relativos à comunicação e à circulação das obras intelectuais no grande mercado, aqueles que podem ser objeto de exploração econômica através de todos os processos técnicos existentes, ou que venham a ser inventados no futuro. Podem ser resumidos, em suma, como os direitos decorrentes da comunicação da obra, além do espectro de seu criador, com finalidade econômica⁴⁴.

A LDA delimita nos Artigos 28 a 45 objetivamente os limites do viés patrimonial do direito de autor. Carlos Bittar, contudo, destaca que os direitos previstos em tais artigos podem ser resumidos em direitos de representação e de reprodução da obra.

O primeiro refere-se à comunicação direta da obra, como nos casos de apresentação pública, difusão por qualquer procedimento, por exemplo. O segundo, por outro lado, decorre da comunicação indireta da obra através da sua fixação material – gravação mecânica ou em outros meios possíveis, presentes ou futuros⁴⁵.

Sendo de representação e/ou reprodução, estes podem coexistir ou separar-se de acordo com os interesses do titular originário, o qual possui a prerrogativa de ceder e/ou licenciar tais direitos a terceiros, caso julgue pertinente e oportuno.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 out. 2016.

⁴⁴ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.59

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.102.

Sabe-se que os direitos autorais são considerados, para efeitos legais, bens móveis⁴⁶. Tal fato faz com que esses direitos obedeçam às regras de circulação, transferência e alienação – parcial ou total, temporária ou definitiva – dos bens móveis, cabendo exclusivamente ao autor, contudo, optar ou não por sua exploração econômica.

Neste sentido, os direitos patrimoniais sobre a obra, quais sejam o direito de exploração, uso e gozo econômico por parte do autor, nada mais são do que um direito constituído sobre a fixação da obra “em um suporte qualquer que, ao ser reproduzida, passa a representar um valor econômico distinto da coisa sobre a qual ela recai, o suporte sem a obra intelectual”, ou seja, a partir da publicação, a obra rompe “seu estado original de ineditismo”, adquirindo valor econômico⁴⁷.

Formalmente, podem-se caracterizar os direitos patrimoniais, a contraponto dos direitos morais, bens móveis, alienáveis, temporários⁴⁸, penhoráveis e prescritíveis.

Agregam-se a tais características a divisibilidade e independência, tendo em vista que o autor pode, a seu exclusivo critério, ceder parcialmente determinado direito patrimonial a terceiros, “coexistindo titulares derivados diversos para cada modalidade negociada”⁴⁹.

Em decorrência da razão acima descrita, é primordial ressaltar que as contratações e instrumentos contratuais envolvendo direitos autorais devem, conforme determinado na LDA, ser interpretados restritivamente, motivo pelo qual todos os direitos objeto da relação contratual devem ser discriminados de forma específica e exaustiva, sob pena de permanecerem com o seu titular originário.

⁴⁶ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 03 set. 2017.

⁴⁷ OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.32.

⁴⁸ Temporários em decorrência do domínio público que afeta tão somente o viés patrimonial, não tendo qualquer ingerência quanto aos direitos morais que permanecem intactos mesmo após a obra cair em domínio público.

⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.100.

3 O DIREITO AUTORAL NO MERCADO FONOGRAFICO

3.1 O objeto do direito autoral no mercado fonográfico

Tem-se como principais conteúdos objeto de exploração no mercado da indústria fonográfica, basicamente, três: a obra, o fonograma e o videofonograma.

A obra está presente em todas as formas de exploração do mercado, pelo que se trata da composição musical – letra e melodia –, o que a torna indispensável à exploração nos mais diversos formatos.

O fonograma, como já destacado, consiste na 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”⁵⁰. O videofonograma, por sua vez, é a fixação não apenas dos sons da execução, interpretação e outros sons, como também da imagem destes.

Por meio dos referidos conteúdos se dão as mais diversas formas de exploração, desde as mais tradicionais, como a comercialização através de LPs, CDs e DVDs, até as mais recentes, como a comercialização de produtos em formatos digitais através dos novos meios e mídias tecnológicas.

Entretanto, a variedade de exploração de conteúdos musicais não se restringe apenas à fabricação e distribuição de produtos contendo as obras/fonogramas/videofonogramas, podendo o titular, ainda, gerar receita através da execução pública da obra/fonograma, associando seus produtos às marcas, e sincronizando seus fonogramas em filmes, campanhas publicitárias, novelas, dentre outros.

⁵⁰ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

O autor e os interpretes dos fonogramas, no entanto, possuem a faculdade de permitir que terceiros atuem em tais explorações, podendo optar pela cessão dos direitos patrimoniais sobre as obras e fonogramas/videofonogramas:

Com efeito, normalmente o criador não dispõe do aparato próprio para a comunicação e a consequente utilização de sua obra; daí por que contrata com as entidades do setor (editoras, produtoras de discos, de fitas, videofitas, produtoras de cinema, ou de televisão)⁵¹.

3.2 Dos instrumentos jurídicos necessários à exploração dos conteúdos fonográficos.

3.2.1 Os contratos de cessão e licença de direitos.

As obras intelectuais possibilitam a utilização de uma vasta gama de instrumentos para a viabilização de seus negócios jurídicos:

Dentre as formas contratuais utilizadas, algumas decorrem do Código Civil (como a empreitada, locação de serviços; a doação) – e, quando há vínculo de emprego, contrato de trabalho, CLT, arts. 442 e seguintes – e outras são específicas de Direito de Autor (como a edição; a representação; a cessão de direitos; a produção; a gravação e outros introduzidos pela prática)⁵².

Quando da opção pelo titular pela exploração de sua obra através de terceiros, tais direitos são transferidos às editoras e/ou gravadoras através da assinatura de contratos específicos.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.109.

⁵² Ibid., p.144.

Os autores e intérpretes cedem seus direitos, então, através de instrumentos particulares de cessão ou licença, parcial ou total, temporária ou definitiva, os quais devem especificar com exatidão os termos da negociação ajustada entre as partes e, principalmente, o tipo (cessão ou licença), o período de exploração – nos casos em que a cessão não é definitiva –, o território, as mídias, meios e formatos, bem como a remuneração a ser devida pela editora/gravadora ao autor/intérprete por tal cessão/licenciamento.

Estes instrumentos, que devem, em todas as hipóteses, ser firmados de forma escrita e expressa, por força da LDA, serão interpretados de forma restritiva, sendo certo que os direitos que não estejam expressamente previstos e discriminados contratualmente permanecerão sob a posse de seu titular originário.

Neste espírito, a cessão expressa de direitos se faz, de fato, imprescindível, pelo que sua ausência faz com que cada novo uso acabe por exigir uma “remuneração própria, que deve ser satisfeita quando da autorização autoral”⁵³, inclusive nos casos de obras encomendadas. Isto é, nos casos em que não haja cláusula de cessão de direitos, cada uso da obra deverá ser remunerado novamente, não bastando apenas à remuneração inicialmente pactuada e ajustada entre as partes.

O tema supramencionado se torna particularmente expressivo em relação aos produtores musicais, músicos acompanhantes, fotógrafos e designers gráficos, os quais, usualmente, são contratados por grandes empresas para prestarem seus serviços. Na hipótese de seus contratos não contemplarem de forma efetiva e expressa a cessão de direitos explicitada acima, cada novo uso das obras encomendadas e contratadas deverá ser novamente autorizado e remunerado por quem os contratou.

⁵³ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.116.

Em decorrência da interpretação restritiva dos negócios envolvendo direitos autorais e em resposta às eventuais dificuldades práticas geradas por isto, os titulares de direitos conexos derivados – mais especificamente, as gravadoras – buscam assinar seus contratos contendo cláusulas de direitos bastante abrangentes, principalmente em relação aos intérpretes.

Isto se dá a fim de que estas possam adquirir de forma efetiva a propriedade e livre disposição dos fonogramas e/ou videofonogramas produzidos durante a vigência de seus contratos, mesmo após o término deste, bem como de seus suportes materiais e/ou digitais, podendo para todos os fins e por todos os meios produzir e ceder a qualquer título os fonogramas e/ou videofonogramas, efetuar remasterizações, remixagens e/ou quaisquer processos que existam ou venham existir e que determinem melhoria/alteração da qualidade sonora dos fonogramas/videofonogramas, fabricar, divulgar, vender os produtos contendo os fonogramas e/ou videofonogramas cedidos, sem limitação de quantidade, assim como autorizar terceiros para fazê-lo sob qualquer meio, mídia, marca e/ou formato, dentre outras, assegurando ao intérprete o recebimento de determinada retribuição⁵⁴.

Carlos Bittar aduz que “a remuneração dos criadores depende dos negócios realizados e dos respectivos contratos, prevendo-se sistemas de pagamento de valor fixo ou de valor relacionado à vendagem da obra”⁵⁵, sendo estes últimos chamados de royalties.

Para que haja a comercialização e exploração de qualquer fonograma/videofonograma, são necessárias uma série de formalizações, autorizações e pagamentos prévios ao lançamento dos mesmos. Neste sentido, considerando que determinado fonograma seja lançado através de uma gravadora, esta, primeiramente, deverá ajustar junto ao titular originário dos direitos conexos, no caso, o intérprete do fonograma, um contrato específico a fim de formalizar tal cessão/licença.

⁵⁴ OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 35.

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.115.

Superado este passo inicial de celebração do instrumento contratual cabível, o titular derivado – gravadora –, o qual adquiriu tais direitos através da assinatura do citado instrumento, deverá obter autorização e ajustar os termos para pagamento junto ao autor ou editora detentora dos direitos sobre a obra literomusical a ser fixada por meio do fonograma em questão.

Entretanto, cabe ressaltar que não basta a obtenção de autorização somente dos intérpretes e autores daquele fonograma. É preciso, ainda, que se obtenha autorização daqueles que possuem direitos relacionados ao fonograma, como, por exemplo, dos músicos acompanhantes, do produtor musical, do fotógrafo cuja foto será utilizada no material gráfico do produto a ser comercializado, bem como de um eventual designer responsável pela criação gráfica do referido material.

Cada lançamento de produto, portanto, envolve uma grande cascata de direitos a serem regularizados, formalizados e obtidos pela gravadora, a fim de que haja a exploração legítima e correta de seus produtos resultantes.

Nos casos dos videofonogramas, especificamente, sua comercialização envolve, também, a liberação de uso de imagem do local onde ocorreram as gravações, os direitos do diretor responsável pelo projeto, bem como a cessão da gravação feita pela produtora audiovisual contratada para realização do referido videofonograma.

Cumprido ressaltar, ademais, que adicionalmente às autorizações supramencionadas, no Brasil, há a obrigatoriedade de cadastro das obras audiovisuais junto à Agência Nacional de Cinema, a qual recolhe a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica (CONDECINE), e por fim, do cadastro junto ao Ministério da Justiça, o qual será responsável pela estipulação da classificação indicativa dos produtos a serem lançados.

3.2.2 As Creative Commons

Em decorrência da ascensão de novas tecnologias envolvendo, primordialmente, a consolidação e fortalecimento das mídias digitais, algumas propostas alternativas e mais flexíveis, em comparação com as tradicionais, de compartilhamento de obras e conteúdos foram se desenvolvendo. Dentre as mais populares e usuais, há os Creative Commons, que seriam:

Nada mais que licenças públicas predefinidas pelo autor no momento de criação de sua obra, seja ela literária, musical, audiovisual ou artística, podendo o autor logo de antemão licenciar direitos a qualquer um, seja para usar, distribuir, copiar ou até mesmo recriar a partir de determinada criação intelectual⁵⁶.

Com isto, criou-se a possibilidade de uma instrumentação jurídica alternativa para que o autor ou determinada entidade formalizasse a licença para terceiros, sem que houvesse a necessidade de inúmeras consultas, celebração de autorizações individuais, e a declaração de que determinada obra é “livre para distribuição, cópia e utilização”⁵⁷. Tais licenças:

(...) criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles⁵⁸

No caso das licenças de Creative Commons, ao contrário das licenças tradicionais, propõe-se aos autores, logo com a criação da obra, a manutenção apenas do direito patrimonial que este deseja manter e dispor, propondo a alteração metodológica dos tradicionais “todos os direitos reservados”, para “alguns direitos reservados”⁵⁹

⁵⁶ *Um Panorama Atual Sobre O Direito Autoral Na Internet E As Licenças Autorais Alternativas*, 2012, p. 27-28. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/18021/1168255/Concurso+de+Monografias+Pr%C3%AAmio+Ot%C3%A1vio+Afonso++3+lugar+Douglas+Cohen.pdf/e94f4c90-b9ae-48e6-aaab-f80e74b065fc>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁵⁷ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 83. Disponível em: http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/livro_DireitoTecnologiaCultura_RonaldoLemos.pdf Acesso em: 17 out. 2016.

⁵⁸ LEMOS, loc. cit.

⁵⁹ *Um Panorama Atual Sobre O Direito Autoral Na Internet E As Licenças Autorais Alternativas*, 2012, p. 27-28. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/18021/1168255/Concurso+de+Monografias+Pr%C3%AAmio+Ot%C3%A1vio+Afonso++3+lugar+Douglas+Cohen.pdf/e94f4c90-b9ae-48e6-aaab-f80e74b065fc>. Acesso em: 07 out. 2017.

As Creative Commons permitem, portanto, que os autores cedam suas obras a terceiros sob seus próprios termos, respeitados os limites estabelecidos na licença, sem que estes fiquem engessados pelos moldes tradicionais, “conservando seu direito autoral ao mesmo tempo em que também está permitindo certos usos para sua obra”⁶⁰, sem que seja necessária a elaboração de uma autorização específica para tanto.

Importante frisar que as Creative Commons devem sempre atender à legislação do país em que são firmadas, sob pena de nulidade das licenças. As autorizações, entretanto, se enquadram em cinco categorias fundamentais, quais sejam:

- a) Atribuição (CC BY) – Esta é a licença mais abrangente presente no modelo de Creative Commons. Às obras atribuídas essa licença é permitida a distribuição, remix, adaptação, cópia e criação de obras derivadas até mesmo para fins comerciais, contanto que seja dado crédito pela criação original.
- b) Atribuição – Compartilhamento pela mesma Licença (CC BY SA) – Por meio desta modalidade de licença também será permitido que terceiros distribuam, remixem, copiem e criem obras derivadas ainda que para fins comerciais, contanto que o crédito seja atribuído ao autor e que essas obras sejam licenciadas sob os mesmos termos. Costuma-se comparar essa licença aos efeitos do software livre, no sentido de que todas as obras derivadas devem ser licenciadas sob os mesmos termos desta, logo, as obras derivadas também poderão ser usadas para fins comerciais.
- c) Atribuição – Não a Obras Derivadas (BY ND) – Trata-se de licença bastante flexível por vedar somente a criação de obras derivadas. Desta forma, terceiros poderão redistribuir a obra e utilizá-la para fins comerciais e não comerciais, desde que a autoria da obra seja atribuída ao autor e a obra seja redistribuída de maneira completa e imodificada.
- d) Atribuição – Uso não comercial (BY NC) – O escopo desta licença é a proibição ao uso comercial da obra. Por outro lado, continua sendo permitido que terceiros adaptem e criem obras derivadas, desde que mencionem o autor como criador da obra
- e) Atribuição – Uso não comercial – Compartilhamento pela mesma licença (BY NC SA). Por esta licença o autor permite que terceiros modifiquem, adaptem e criem obras derivadas sobre a obra de sua autoria, desde que não haja uso comercial sobre a obra e contanto que atribuam crédito ao autor e licenciem as novas criações sob os mesmos termos. Assim terceiros poderão fazer downloads e redistribuir uma obra, alterá-la ou adaptá-la e depois licenciá-la a terceiros, desde que sob a mesma licença, mencionando a autoria do original e ficando proibido o uso comercial.
- f) Atribuição – Uso não comercial – Não a obras derivadas (BY NC ND) – Esta é a licença mais restritiva no modelo de Creative Commons. Ela veda o uso comercial da obra assim como a criação de obras derivadas sobre a criação original. Por esta licença, terceiros poderão somente fazer o download da obra e redistribuí-la, sempre dando a devida autoria a obra, de maneira que a exploração comercial da obra fica resguardada exclusivamente ao autor⁶¹.

⁶⁰ SANTOS, Manuella Silva dos. *Direito Autoral na era digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 2008. 229 fls. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p 159.

⁶¹ *Um Panorama Atual Sobre O Direito Autoral Na Internet E As Licenças Autorais Alternativas*, 2012, p. 27-28. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/18021/1168255/Concurso+de+Monografias+Pr%C3%AAmio+Ot%C3%A1vio+Afonso+-+3+lugar+Douglas+Cohen.pdf/e94f4c90-b9ae-48e6-aaab-f80e74b065fc>. Acesso em: 17 out. 2017

No âmbito do mercado fonográfico, especificamente, as Creative Commons permitem os mais diversos usos, dentre eles o livre acesso a terceiros das obras e fonogramas ao público, respeitadas as bases de cada licença, sendo certo que já há, hoje, inclusive, sites que disponibilizam conteúdos especificamente liberados através das citadas licenças.

Cabe ressaltar, neste contexto, que as Creative Commons servem apenas como uma ilustração desta tendência do mercado, o qual tem buscado, diariamente, inovar a maneira como o compartilhamento de conteúdo e obras ocorre no universo digital.

4 O DIREITO AUTORAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS

4.1. Das mudanças no mercado fonográfico após a crise da pirataria

4.1.1 A evolução dos tipos de exploração diante das novas tecnologias

Tradicionalmente, a exploração de fonogramas, antes limitada aos restritos formatos existentes, era feita através de LPs (long play). Com sua evolução, surgiram as fitas K7 e, posteriormente, o CD, DVD e Blu-Ray, nesta ordem.

Ocorre que, com o desenvolvimento e estabelecimento das mídias digitais trazidas pela evolução tecnológica, o formato mais utilizado ao redor do mundo para acesso e consumo de conteúdo se tornou o formato digital, incluindo, mas não se limitando a, downloads e *streamings*.

A evolução tecnológica não somente possibilitou a criação e desenvolvimento de novos formatos com qualidade de áudio e imagem superiores aos anteriormente existentes, mas também a popularização do acesso a estas novas tecnologias por uma parcela relevante da população mundial.

Contudo, o acesso democrático às novas tecnologias não trouxe apenas benefícios ao mercado fonográfico, tendo em vista que facilitou de forma considerável a reprodução e comercialização ilícita e não autorizada de conteúdos em grande escala, inicialmente em formatos físicos, e posteriormente, em escala ainda maior, com o surgimento dos formatos digitais.

Neste espírito, Manoel dos Santos explicita:

Não obstante, existem legítimos interesses adversamente afetados com essas mudanças. Como o acesso à produção humana em qualquer dos domínios do conhecimento ou da arte tornou-se extremamente fácil, pois a circulação dessas criações passou a ser feita rapidamente e a custo insignificante, sem limitação de fronteiras e quase sem barreiras técnicas, os produtores de conteúdo consideram existir uma ameaça de esvaziamento do direito autoral⁶².

A pirataria – termo utilizado para casos de reprodução, comercialização e disponibilização não autorizada de conteúdos fonográficos – se tornou o principal desafio de toda a cadeia produtiva do mercado fonográfico, pelo que não apenas as grandes gravadoras e editoras sofrem de forma direta com seus reflexos, como também todos os autores, compositores, intérpretes e detentores de direitos pertencentes a esta cadeia.

Neste caso específico, o desafio se torna ainda maior, pois, ainda que a legislação vigente discorra a respeito das eventuais consequências civis e criminais decorrentes da violação do direito autoral, conforme pontuado anteriormente, tanto a legislação como o mercado não possuem mecanismos práticos e efetivos para a coibição desta violação, fato este que se torna ainda mais agravante devido à velocidade da evolução das novas formas de exploração e disponibilização ilegal de conteúdo.

Como forma de tentativa de superar a grave crise que se abateu no mercado fonográfico, “surgiram diversas iniciativas visando coibir o que geralmente se domina abuso no exercício da liberdade de comunicação”⁶³. Contudo, o mercado não apenas buscou tal coibição, como também, como forma de reação, tentou diversificar seu objeto, procurando novas formas de exploração de suas obras/fonogramas/videofonogramas.

Dentre as formas encontradas pelo mercado fonográfico como resposta a tais mazelas trazidas pelas novas tecnologias, pode-se destacar as que seguem:

⁶² SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **O controle on-line para coibir violações de direitos autorais**. 2ª ed. São Paulo: Forum. 2013, p 235.

⁶³Ibidem, p. 230.

- a) Download/fulltrack: a transferência completa de fonogramas e/ou conteúdos audiovisuais para um computador pessoal, dispositivo móvel e/ou aparelho de telefonia celular, a partir de um servidor/banco de dados, através do acesso a um website na internet, aplicativo, ou qualquer outra forma disponível para tal finalidade;
- b) Truetones: Toque musical para aparelhos de telefonia móvel definido como codificação eletrônica de fonogramas e/ou trechos de fonogramas contendo obras musicais e/ou literomusicais;
- c) Videotones: Codificação eletrônica total e/ou parcial de obras musicais e/ou literomusicais, sincronizadas juntamente com imagens, que em conjunto são caracterizados como toques de chamadas diferenciadas de telefone móvel celular;
- d) Ringback tones/vídeo back tones: Codificação eletrônica total e/ou parcial de obras musicais e/ou literomusicais, contidas ou não em fonogramas e/ou produções audiovisuais, podendo ser sincronizadas juntamente com imagens, caracterizadas por toques de chamadas diferenciadas de telefone móvel celular selecionados pelo usuário para ser ouvido por quem lhe telefona; e
- e) Streaming: Sistema de disponibilização de áudio digital, conjugado ou não com imagem, que resulta na criação de arquivo fixo no disco rígido do computador do usuário, e que requer uma conexão ativa simultânea com a fonte de transmissão digital.

4.2 Da diversificação na exploração dos conteúdos fonográficos.

Além de todos os novos formatos surgidos diante da necessidade imediata da indústria fonográfica em se reerguer e reagir às mudanças de distribuição e consumo do mercado, este direcionou seu enfoque à diversificação de receitas e à exploração de áreas que, apesar de sempre terem estado disponíveis, nunca haviam antes sido exploradas de maneira adequada e intensa.

Isto se dá visto que, no contexto desta nova realidade mercadológica, apenas a venda de produtos físicos não seria o suficiente para a manutenção e compensação dos lucros pungentes perdidos pelos titulares ante a realidade da pirataria virtual.

Com isso, buscou-se o crescimento de ações junto a marcas, não apenas através da associação destas em conteúdos promocionais, os chamados *product placements*, como também o aumento do número de sincronizações de fonogramas em novelas, campanhas publicitárias, jogos de vídeo game, trilhas sonoras de filmes, televisão, dentre outros, o que no ano de 2016 já representava 2% (dois por cento) da receita global da indústria fonográfica, segundo o IFPI⁶⁴.

Ademais, pode-se notar algumas modificações no comportamento da indústria, como, por exemplo, a geração de receita a partir de conteúdos antes considerados apenas promocionais, como o caso dos videoclipes.

Tem-se, ainda, a chamada monetização, criada através do número de visualizações em websites como o Youtube, a qual é responsável pelo incremento da receita de *videostreaming* da indústria fonográfica, fato este que faz com que conteúdos antes utilizados apenas com cunho promocional do fonograma ou produto em que estivesse incluído, passasse a fazer parte do que, no último ano, representou 45% (quarenta e cinco por cento) da receita de todo o mercado⁶⁵.

Ademais, as gravadoras, que nunca tiveram qualquer ingerência sobre as apresentações musicais dos intérpretes com os quais tinham contrato vigente, passaram a enxergar a possibilidade de gerar receita diante do repasse de determinados percentuais sobre os shows de seus artistas.

Tendo em vista que se trata de medida relativamente recente, entretanto, ainda há divergências acerca deste tipo de exploração por parte das gravadoras, o que faz com que parte dos artistas e titulares de direitos não aceitem tais argumentos e estas novas formas de exploração do conteúdo.

⁶⁴ SUIÇA. IFPI – Global Music Report, 2016, p. 9. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁶⁵ Ibid. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf> Acesso em: 16 out. 2017.

Muitos acreditam que estas medidas representam uma ameaça ao direito autoral, haja vista que, conforme já explicitado, qualquer nova utilização que não esteja devidamente amarrada contratualmente pode vir a representar uma lacuna de direito, tendo o titular total legitimidade para reclamá-lo.

As gravadoras, por outro lado, argumentam que todo o marketing empregado na promoção dos fonogramas interpretados por estes, incrementa, ainda que indiretamente, a receita decorrente de shows dos artistas e seu lucro final, recebido através da distribuição de royalties.

Nessa lógica, o repasse de shows seria benéfico não apenas para as gravadoras que incrementariam suas receitas podendo investir quantias maiores no marketing de seus produtos, mas também aos artistas, pelo que se beneficiariam do investimento despendido.

Os reflexos destas mudanças também perpassam a diversificação dos contratos celebrados com os artistas, os quais são fruto da modificação ocorrida na indústria musical. Antes baseados essencialmente na cessão ou licenciamento de direitos para produção, distribuição, comercialização, promoção e marketing de mídias físicas, os contratos, hoje, não devem se restringir meramente aos CDs e DVDs.

Atualmente, tem-se que as próprias gravadoras atuam, em alguns casos, como meras distribuidoras de conteúdo digital. Seu diferencial em relação aos demais distribuidores é apenas a agregação do seu know-how aos conteúdos distribuídos através de ações de marketing digital e promoção.

Neste sentido, a vantagem seria mútua, uma vez que não somente os artistas se beneficiam com o conhecimento já consolidado das gravadoras, como estas podem utilizar estas distribuições digitais como uma espécie de incubadora de novos artistas, escolhendo, conforme o desempenho comercial dos produtos, com quais artistas firmarão contratos mais complexos.

Finalmente, a execução pública, já prevista na LDA e em legislações anteriores, se tornou receita imprescindível e essencial a todos os titulares do mercado fonográfico, perfazendo no último ano um total de 14% (quatorze por cento) da receita global do mercado de música⁶⁶, receita esta que demonstra quão substancial e significativa é a contribuição da música em mercados como os de rádio, televisão e serviços.

4.3 Execução Pública

A execução pública é conceituada na LDA, em seu Art. 68, conforme segue:

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica⁶⁷.

A utilização de obra intelectual acarreta o pagamento da justa parcela de direitos autorais decorrentes daquela invenção, na medida em que (i) o artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição da República, assegura “o direito exclusivo do autor à utilização e à publicação ou à reprodução de suas obras”⁶⁸; e (ii) “à exclusividade do Direito do Autor, corresponde, como face simétrica, a necessidade de todo interessado obter autorização prévia do titular para poder utilizar a obra”⁶⁹.

⁶⁶ SUIÇA. IFPI – Global Music Report, 2016. P.9. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁶⁷ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 05 out. 2017.

⁶⁸ FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional II – Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum. 1ª edição, 2017, p. 239.

⁶⁹ Excertos dos votos proferidos pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI Nº 5.062/DF e da ADI Nº 5.065/DF.

Para que o *titular*⁷⁰ do direito possa efetivamente auferir este benefício econômico, é necessário que se identifique onde a obra está sendo reproduzida, para que se possa quantificar a incidência de direitos autorais.

Como o exercício individualizado desse controle apresentava inexoráveis dificuldades, ainda mais em um país de proporções continentais como o Brasil, promoveu-se a criação de uma entidade apta a realizar, coletivamente, este papel – o ECAD. Pragmaticamente, o modelo de gestão coletiva de direitos autorais implementado no país teria – em tese – o mérito de minimizar as dificuldades operacionais subjacentes à cotitularidade das obras e aos custos de monitoramento de sua execução⁷¹.

Há, atualmente, uma gama de oito associações às quais os titulares podem se afiliar a fim de receber este repasse das quantias provenientes de execução pública, quais sejam:

- a) Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS);
- b) Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR);
- c) Associação de Intérpretes e Músicos (ASSIM);
- d) Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM);
- e) Sociedade Independente Compositores e Autores Música (SICAM); Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO); e
- f) União Brasileira de Compositores (UBC).

⁷⁰ Sobre a titularidade, confira-se, novamente, a lição de Carlos Alberto Bittar, para quem a titularidade divide-se em originária – pertencente ao autor da obra – e derivada pertencente a “outras pessoas [que] podem vir a encartar-se, por via derivada, no sistema autoral, seja na circulação jurídica da obra (por força de contratos próprios firmados pelo titular, como os de edição em que se transferem os direitos de reprodução, divulgação e comercialização da obra; ou de cessão, em que podem ser transmitidos um, alguns ou todos os direitos patrimoniais, seja por vínculo sucessório (por laços de parentesco).” (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2a edição, 1994, p. 31).

⁷¹ “Ao reunir autores, tornam-se mais simples a identificação e a negociação do licenciamento dos direitos. Ao mesmo tempo, viabiliza-se que uma mesma estrutura de fiscalização e cobrança seja utilizada por diferentes titulares, diluindo os custos de manutenção pela presença de economias de escala. (...) Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a aperfeiçoar o mercado na direção socialmente eficiente. (...) Vê-se, portanto, que a gestão coletiva de direitos autorais envolve um trade-off socialmente relevante. Por um lado, ela viabiliza a própria existência do mercado ao reduzir os custos de transação decorrentes da cotitularidade e da imaterialidade da propriedade intelectual. Por outro, ela confere poder de mercado aos titulares de direito, em especial às entidades de gestão coletiva, ao induzir a precificação conjunta das obras intelectuais. Em um regime democrático, encontra o ponto adequado de equilíbrio nesse dilema é um desafio que se apresenta de tempos em tempos a diferentes gerações.” (FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II – Cidadania e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 1ª edição, 2017, pp. 240/241)

Acerca da necessidade de instituições responsáveis pela gestão coletiva de direitos, Antônio Chaves assegura:

Dada a rapidez com que se organizam e movimentam os modernos meios de comunicação é-lhes praticamente impossível pedir, de cada vez, a permissão de quantos tomaram parte, por exemplo, na confecção de um disco: autores da letra e da música, da adaptação, músicos acompanhantes, eventualmente chefe e componentes de uma orquestra ou de um coro, e tornando-se verdadeiramente insolúvel o problema quando alguns deles tenham falecido sem que se saiba ao certo se, quantos e onde deixaram herdeiros.

Por isso mesmo é que nos países mais adiantados autores e artistas se reúnem em associações que a todos representam e defendem, organismos indispensáveis – já tivemos oportunidade de consignar – para o exercício do direito de execução e de representação, suprindo as inevitáveis deficiências dos interessados no que diz respeito a controle e cobrança das públicas execuções e representações de trabalhos protegidos, especialmente musicais. A complexidade das relações da vida moderna impõe aos titulares de direitos de autor, nacionais e estrangeiros, que se façam representar por uma entidade encarregada de conceder tais licenças, e de receber e repartir as quantias decorrentes do exercício do direito⁷².

A associação dos titulares e o recolhimento da execução pública é prevista na LDA, a qual estabelece:

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. ([Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013](#))

§ 1º O exercício da atividade de cobrança citada no caput somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal, nos termos do art. 98-A. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))

§ 2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))

§ 3º **Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))**

§ 4º **A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))**

§ 5º As associações deverão tratar seus associados de forma equitativa, sendo vedado o tratamento desigual. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))

§ 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras. ([Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013](#))

⁷² CHAVES, Antônio, *Direitos autorais na radiodifusão (rádio e TV)*. Revista Forense, v.284, out/nov/dez/1993, p.448.

§ 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações. [\(Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013\)](#)

§ 8º Mediante comunicação do interessado e preservada a ampla defesa e o direito ao contraditório, o Ministério da Cultura poderá, no caso de inconsistência nas informações mencionadas no § 6º deste artigo, determinar sua retificação e demais medidas necessárias à sua regularização, conforme disposto em regulamento. [\(Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013\)](#)

§ 9º As associações deverão disponibilizar sistema de informação para comunicação periódica, pelo usuário, da totalidade das obras e fonogramas utilizados, bem como para acompanhamento, pelos titulares de direitos, dos valores arrecadados e distribuídos. [\(Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013\)](#)

§ 10. Os créditos e valores não identificados deverão permanecer retidos e à disposição dos titulares pelo período de 5 (cinco) anos, devendo ser distribuídos à medida da sua identificação. [\(Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013\)](#)

§ 11. Findo o período de 5 (cinco) anos previsto no § 10 sem que tenha ocorrido a identificação dos créditos e valores retidos, estes serão distribuídos aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados e na proporção de suas respectivas arrecadações durante o período da retenção daqueles créditos e valores, sendo vedada a sua destinação para outro fim. [\(Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013\)](#) (...) ⁷³

A cobrança da remuneração é feita através do sistema forfetário:

(...) ou de compreensão global, em que se reúnem, na cobrança, os direitos de todos os titulares existentes, baseado em valores aproximados, recolhidos, muitas vezes, por amostragem, entre nós, à luz de diversos mecanismos instituídos e que compreendem exame no local, gravação de programas de rádio, escutas e fiscalizações diretas nos locais de exibição e outras modalidades de aferição, em que se fazem as “pontuações” para a posterior apuração dos direitos autorais, consoante percentuais previstos em tabela própria e que abrangem autores, editores, intérpretes, produtores de fonogramas, executantes, enfim, todos os titulares reconhecidos no setor (direitos de autor e conexos, estes sobre os discos ou fitas, as interpretações, as orquestrações, os arranjos) ⁷⁴.

Conforme exposto, o ECAD opera através do sistema forfetário, isto é, a cobrança conjunta dos direitos de todos os titulares existentes, e que abrangem todos os titulares reconhecidos,

“baseado em valores aproximados, recolhidos, muitas vezes, por amostragem à luz de diversos mecanismos instituídos e que compreendem exame no local, gravação de programas de rádio, escutas e fiscalizações diretas nos locais de exibição e outras modalidades de aferição, onde se fazem as pontuações para a posterior apuração de dos direitos autorais, consoante percentuais previstos em tabela própria” ⁷⁵

⁷³ BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.113.

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2a edição, 1994, p. 60.

Em apertada síntese, o ECAD é uma associação privada constituída pelas associações representativas de direitos autorais⁷⁶ – as quais, por sua vez, são mandatárias dos titulares de direitos autorais musicais –, cujo principal objetivo é centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais referentes à execução pública musical. Em outras palavras, a função prática do ECAD é controlar a utilização das obras musicais, de forma a garantir que os titulares recebam a parcela devida de seus direitos autorais patrimoniais.

Portanto, o ECAD é essencialmente um intermediador entre os usuários de obras musicais e os titulares dos direitos autorais, tornado necessário pela dificuldade de controle adequado da execução pública das referidas obras. Como se vê, as entidades de gestão coletiva (v.g., o ECAD) possuem uma natureza meramente instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo a propriedade intelectual, máxima diante das mazelas operacionais subjacentes ao segmento dos direitos autorais⁷⁷.

À época de sua criação, e seguindo o modelo de outros países, como a França, o ECAD foi parte de um avanço que ajudou a garantir o desenvolvimento da indústria fonográfica e a valorização do trabalho criativo, tornando possível a difusão do uso das obras musicais, facilitando o contato com os interessados e obtendo mais facilmente a satisfação dos direitos dos titulares.

Em outro ponto, a regulação brasileira sobre direitos autorais estabelece que a distribuição dos royalties pela utilização das obras fonográficas aos titulares dos direitos autorais delas decorrentes depende da forma com que a obra é disponibilizada ao público. Com efeito, podemos dividir a arrecadação de direitos em dois sistemas básicos: o *institucional*, no qual existem os mecanismos oficiais de autorização, arrecadação e distribuição de direitos; e o *contratual*, em que as partes definem, em cada caso, as condições de uso e a remuneração correspondente.

⁷⁶ Este sistema institucional consiste em substituir o autor, mediante a concessão de autorização, por entidade associativa que, congregando vários titulares, negocia e outorga permissão de utilização da obra, recebendo os direitos autorais correspondentes, para posterior distribuição aos titulares, descontando a sua taxa de administração.

⁷⁷ FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional II** – Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum. 1ª edição, 2017, p. 249.

Explique-se: se a utilização da obra se afigurar *comunicação ao público*⁷⁸, na modalidade de *execução pública*⁷⁹, então o controle, a precificação e a arrecadação de direitos autorais serão realizados pelo ECAD; se, por outro lado, entende-se que a transmissão configura *distribuição*⁸⁰ ou *reprodução*⁸¹, então os titulares dos direitos podem exercê-los de forma individualizada, mediante *verbi gratia*, licenciamento comumente facultado aos produtores.

Aproximadamente até os anos 2000, a utilização das obras funcionava sob essa sistemática. Ocorre que, com o desenvolvimento da internet e das tecnologias de transmissão de dados, a música ganhou novas formas de transmissão que, em princípio, escapam à letra fria das definições legais sobre *distribuição, reprodução e execução pública*.

Dentro dessa evolução, surgiram, por exemplo, lojas virtuais que disponibilizam as obras singularizadas, isto é, sem que o consumidor precise comprar um álbum completo para ter acesso a apenas uma música. Nas lojas virtuais, o consumidor consegue acesso e posse da obra por meio de download. Quando do surgimento dessas lojas, o entendimento jurídico que predominou sobre as invenções ali disponibilizadas foi de que não se tratava de *execução pública* – visto que, embora à disposição do público, o acesso era feito de modo individualizado, semelhante a uma loja física de discos –, o que afastava a gestão coletiva pretendida pelo ECAD e ensejava somente a gestão individualizada dos direitos autorais nelas inseridas.

Agora, a questão torna-se ainda mais controversa a partir da utilização de tecnologias de *streaming* para a transmissão de obras musicais.

⁷⁸ Conforme artigo 5º, V, da Lei de Direitos Autorais, comunicação ao público é “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”.

⁷⁹ Conforme artigo 68, §2º, da Lei de Direitos Autorais, execução pública é modalidade de comunicação ao público considerada como “a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica”.

⁸⁰ Conforme artigo 5º, IV, da Lei de Direitos Autorais, distribuição é “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”.

⁸¹ Conforme artigo 5º, VI, da Lei de Direitos Autorais por reprodução entende-se “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”.

No Brasil, contudo, o impacto das plataformas virtuais de *streaming* na indústria fonográfica dependerá, em grande parte, de como as atividades comerciais de tais empreendimentos tecnológicos serão interpretadas à luz das modalidades de disponibilização previstas em nossa já empoeirada LDA.

Adiante-se, neste momento: a prevalecer o entendimento de que há *execução pública* nas atividades das plataformas digitais, então os direitos autorais decorrentes delas serão arrecadados pelo ECAD⁸², segundo suas normas. Ad exemplum, hodiernamente o Regulamento de Arrecadação do ECAD e a tabela de preços⁸³ por ele fixada prevê que as plataformas de *streaming* terão que pagar 4,5% (quatro por cento e cinco décimos) da sua receita bruta a título de direitos autorais.

Desse valor, o ECAD prevê a distribuição de direitos nas seguintes proporções: (i) 82,5% (oitenta e dois e meio por cento) a serem repassados aos titulares filiados às sociedades de gestão coletiva musical; (ii) 5,36% (cinco por cento e trinta e seis centésimos) a serem destinados às associações, para cobrir suas despesas operacionais; e (iii) 12,14% (doze por cento e quatorze centésimos) restantes a serem retidos pelo próprio ECAD para pagamento de suas despesas administrativas.

Do valor efetivamente repassado aos titulares filiados às sociedades de gestão coletiva musical, no caso da música mecânica, 2/3 (dois terços) são repassados ao titular dos direitos patrimoniais do autor (autores, cessionários e usufrutuários) e 1/3 ao titular da parte conexa (destes, 41,7% para os intérpretes, 16,6% para os músicos executantes e 41,7% para os produtores). Nesta hipótese, a relação econômica conta com 3 (três) atores, quais sejam: a plataforma digital, o ECAD, e os detentores de direitos autorais. Se, do contrário, entender-se que se trata de *distribuição/reprodução*, a arrecadação será feita individualmente, respeitando os contratos firmados para tal fim.

⁸² Sobreleva notar que a arrecadação de Direitos Autorais pelo ECAD nesse segmento (*streaming*) terá como consequência imediata afetar a relação entre usuários e titulares, que precisam garantir que o aproveitamento econômico sobre a circulação de sua criação não seja dificultada pela imposição de preços inadequados.

⁸³ ECAD. Tabela de Preços. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/servicos-ao-usuario/tabela-de-precos/Paginas/Tabela-de-precos.aspx>. Acesso em: 25.06.17.

Os contratos de distribuição acordados no âmbito da indústria fonográfica contêm cláusulas que, em média, direcionam entre 10 e 20% (dez e vinte por cento) ao artista e 80% (oitenta por cento) aos produtores. Estes últimos, por sua vez, podem firmar contratos para ceder diretamente as obras de seu portfólio para as plataformas digitais mediante remuneração livremente ajustada entre as partes envolvidas. Aqui, portanto a relação econômica tem apenas 2 (dois) agentes: a plataforma digital e os detentores dos direitos autorais.

Com relação ao tema, o RESP N° 1.559.264 foi interposto pelo ECAD contra acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do TJRJ (“Acórdão Recorrido”), na ação ordinária nº 0174958-45.2009.8.19.0001, originalmente movida pelo ECAD em face da OI FM.

O Acórdão Recorrido havia decidido que: (i) as modalidades de *simulcasting* e *webcasting* configuram execução pública; (ii) a transmissão da obra por *simulcasting* não ensejaria novos pagamentos aos titulares de direitos autorais, visto que se trata do mesmo conteúdo simultaneamente difundido pela internet; (iii) o *webcasting*, por sua vez, constituiria nova *execução pública* da obra, ensejando portanto novo recolhimento de direitos autorais ao ECAD; e (iv) o valor da contribuição pela *execução pública* de obra musical caberia exclusivamente ao ECAD, não podendo haver interferência do poder público em seu arbitramento.

Em suas razões recursais, o ECAD aduziu, em síntese, que: (i) o Acórdão Recorrido incorreu em contradição ao rejeitar o pedido de novo pagamento pelas transmissões via *simulcasting*; (ii) a modalidade de transmissão via *webcasting* constitui *execução pública*; (iii) as transmissões via *simulcasting* possuiriam natureza autônoma; (iv) há necessidade de autorização própria e específica dos autores para cada utilização por *execução pública* de obra via *simulcasting* e *webcasting*; e (v) o ECAD é a entidade legítima para fixar o valor da contribuição dos direitos autorais decorrentes da *execução pública*.

Admitido o referido recurso e “considerando-se que o tema é novo no direito pátrio, possui características técnicas singulares e relevantes para a identificação do significado, do sentido e do alcance dos conceitos e das disposições da Lei de Direito Autoral”, o relator designado, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (“Relator”) entendeu por bem em afetar a discussão à 2ª Seção do STJ.

Por ocasião do julgamento do RESP Nº 1.559.264, o Ministro Relator apresentou o voto vencedor (“Voto Vencedor”), que, ressalvada a solitária divergência do Ministro Marco Aurélio Bellizze, foi seguido pelos demais membros do órgão julgador.

Embora a questão jurídica subjacente ao RESP Nº 1.559.264 estivesse adstrita ao regime arrecadatório incidente sobre o *simulcasting* e o *webcasting*, o Relator expandiu-se para definir o regime de distribuição de direitos autorais para todo o gênero de *streaming*, incluindo, portanto, o *streaming* interativo das plataformas digitais de música. A linha mestra de argumentação do Voto Vencedor gravita em torno da ideia de que a execução pública, nos termos do artigo 68, parágrafo 2º, da Lei de Direitos Autorias exige apenas que o local de utilização da obra seja considerado um *local de frequência coletiva*⁸⁴.

À luz dessa premissa teórica, o Relator concluiu que a internet é, de fato, local de frequência coletiva. Para tanto, considerou que, a despeito da interatividade, “o que importa é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá a qualquer momento acessar o acervo ali disponibilizado”.

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2017. “Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

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

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

Em suma, o Relator concluiu que: (i) o *webcasting* o *simulcasting* configuram modalidades de execução pública de conteúdo, e, por isso, ensejam cobrança de direitos autorais pelo ECAD; (ii) o *simulcasting* ostenta natureza autônoma da transmissão original, afastando, portanto, a hipótese de cobrança dúplice; e (iii) os valores referentes aos direitos autorais em casos de execução pública das obras cabem ao ECAD, não podendo o Poder Judiciário interferir em sua fixação.

Discordando de tais conclusões, o Ministro Marco Aurélio Bellizze defendeu que o *webcasting* não configura execução pública. Considerando a multiplicidade dos locais da internet e as características de interatividade disponíveis nas plataformas digitais, não haveria que se falar das plataformas como *locais de frequência coletiva*, mas apenas como de reprodução individual.

Nas palavras do Ministro Bellizze, “a ausência de um local de frequência coletiva e de simultaneidade e a execução individualizada da música afastam a caracterização de comunicação ao público por execução pública na execução via streaming na modalidade *webcasting*⁸⁵.”

Quanto ao *simulcasting*, entendeu o Ministro Bellizze que o fato gerador da cobrança do ECAD definido pela LDA é o ato concreto de executar publicamente obras autorais, independentemente da plataforma eleita para realização da transmissão. Ou seja, seria possível o uso de mais de uma plataforma de transmissão e apenas uma arrecadação ao ECAD – pelo ato concreto de executar publicamente obras autorais.

Desse modo, o Ministro Bellizze entende que, embora a transmissão por *simulcasting* constitua *execução pública*, não enseja novo pagamento de direitos autorais para cada plataforma utilizada – visto que isso constituiria *bis in idem* (cobrança duplicada).

⁸⁵ Aditamento ao Voto, MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, RESP Nº 1559264/RJ, p.4.

Por fim, tem-se que o entendimento majoritário do TJRJ, exarado em algumas oportunidades, é de que a execução via *streaming* não configura *execução pública*, pois não configura *transmissão coletiva simultânea* – aspecto que o tribunal estadual elegeu como essencial para o conceito de *execução pública*.

Nas palavras do Desembargador Cleber Ghelfenstein, integrante da 14ª Câmara Cível do TJRJ, no voto proferido Apelação Cível nº 0176131-07.2009.8.19.0001:

“A transmissão ou exibição pública pressupõe a simultaneidade de disponibilização do conteúdo da obra a diversas pessoas. Ou seja, a música precisa ser tocada ao mesmo tempo para diversas pessoas, sem que estas tenham escolha individual sobre a obra exibida ou sobre o momento de seu início”.

Tem-se, portanto, que o entendimento do TJRJ mantém-se, até o momento, divergente do exarado pelo Acórdão do STJ. É necessário que haja a uniformização da jurisprudência, reconhecendo o fato de que esta exerce forte influência sobre os tribunais locais no sentido de que estes tendem a replicar o entendimento do Acórdão do STJ.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto neste trabalho, conclui-se que as novas tecnologias e a pirataria foram apenas o estopim de uma mudança muito mais profunda e significativa, não apenas no que tange o mercado fonográfico e suas finanças, mas também na forma através da qual fonogramas são acessados, consumidos e protegidos.

Conforme aqui estudado, verifica-se que desde o seu início a internet trouxe consigo um elevado grau de instabilidade e insegurança aos direitos autorais. Diante deste novo contexto, aponta Fragoso que, para alguns, a internet representa mais do que uma simples extensão do campo das manifestações artísticas, científicas e literárias; representa um verdadeiro novo Direito a se desenvolver. Para outros, o Direito Autoral já existente tem plena capacidade para acobertar todas as novas situações trazidas por este novo e complexo ambiente digital⁸⁶.

A evolução tecnológica, que inicialmente acarretou uma crise no mercado musical, acabou por representar um fomentador da indústria e do mercado fonográfico de modo geral, motivando reações de sobrevivência tanto de seus consumidores, quanto de fornecedores, alterando, assim, as formas de consumo.

Hoje, tem-se que as músicas não são só consumidas através de mídias físicas, que antes limitavam a experiência ao acesso de um aparelho que fosse capaz de ler a mídia já adquirida. A música, atualmente, pode ser consumida sem qualquer limitação, tendo o usuário acesso a todo o conteúdo disponibilizado pelos serviços, em qualquer lugar, a qualquer tempo, o que faz com que toda a experiência dos consumidores com a música tenha mudado e se intensificado ainda mais.

⁸⁶ BRANCHER, Paulo. Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação ao abuso de poder. São Paulo: Singular, 2010, p. 244 – 245. 80 pp. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 385.

Do ponto de vista jurídico, esta crise, em um primeiro momento, acarretou no aumento das demandas criminais relacionadas ao direito de autor, tendo em vista a tentativa desesperada de frear a pirataria, causando uma crescente necessidade de mudanças no aspecto cível, fato este que culminou na promulgação da Lei 9610/98 e sua posterior alteração através da Lei 12.853/13.

Com o advento da Lei 9610/98, os direitos morais e patrimoniais foram melhor delineados, regulamentando o direito do autor e conexos à luz das garantias trazidas na Constituição de 1988.

A velocidade com a qual novas tecnologias se desenvolvem, todavia, é ainda maior do que quando a crise primeiro se instaurou, fato este que exige uma constante atualização e manutenção da legislação, de modo que esta seja capaz de atender às novas necessidades e demandas dos autores e dos titulares de direitos conexos.

Exemplo disto é a mais recente discussão a respeito da execução pública. A LDA, ao estabelecer seu conceito, previa a incidência nas execuções em locais de frequência coletiva, no entanto, o conceito de frequência coletiva não é mais suficiente para definir se as mídias digitais, por exemplo, estão nela abrangidas, uma vez que a interatividade, como nos casos do *streaming*, pode alterar todo o cenário dentro das mídias digitais. Enquanto não há respostas legislativas efetivas, os conceitos vêm sendo delineados através da jurisprudência, caso a caso.

Há uma demanda permanente por respostas legislativas e legais a fim de que se defina e flexibilize regras do direito autoral, fato este que acaba por provocar iniciativas alternativas, como a criação de licenças com base na Creative Commons, conforme explicitado.

Além disso, tais alterações acarretaram na revolução da forma como as contratações ligadas a titulares de direitos autorais e conexos se dão no mercado fonográfico. Os instrumentos jurídicos tiveram de ser adaptados a esta nova realidade digital, fato este que fez com que os contratos se tornassem cada vez mais exaustivos, a fim de especificar de modo claro e expresso as cessões e licenças de direitos concedidas, bem como os meios e mídias autorizados em cada uma destas contratações.

Tendo em vista a premissa de direito autoral da interpretação textual mais restritiva possível, fez-se necessária a reorganização das minutas contratuais de modo que o texto das cláusulas que envolvem cessão e licença de direitos pudesse abranger com precisão mídias e meios digitais muitas vezes ainda não inventados e/ou consolidados no mundo. Dessa forma, as contratações teriam a capacidade de permanecer válidas e eficazes mesmo frente ao desenvolvimento acelerado de novas tecnologias relacionadas ao mercado digital.

O desafio da indústria fonográfica e dos titulares de direitos autorais, neste contexto, está relacionado à manutenção e preservação de suas criações e conteúdo de forma efetiva.

O direito autoral ainda tem um longo caminho até se adequar, de fato, às novas tecnologias. Enquanto aguardamos, o bom senso e a aplicação das regras já existentes por analogia parecem ser a melhor saída para a resolução dos conflitos a serem enfrentados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito de autor**. 6ª ed. Brasil: Ed. Forense, 2015.

BRANCHER, Paulo. **Direito da Concorrência e propriedade intelectual**: da inovação ao abuso de poder. São Paulo: Singular, 2010, p. 244 – 245. 80pp.

BRASIL. Código Penal (1940). Lei nº 10.695, de 1º.7.2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Lei 9610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em:

CHAVES, Antônio. *Direitos autorais na radiodifusão (rádio e TV)*, Revista Forense, v.284, out/nov/dez/1993, p.448.

CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. São Paulo: LTR, 1999.

COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p.53.

ECAD. Tabela de Preços. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/servicos-ao-usuario/tabela-de-precos/Paginas/Tabela-de-precos.aspx>

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 385

FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional II** – Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum. 1ª edição, 2017.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber, volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/livro_DireitoTecnologiaCultura_RonaldoLemos.pdf. Acesso em: 17 out. 2016

LIPSZYC, Délia. *Direitos Autorais: Aspecto Subjetivo. Criador e Titular de direito. Pluralidade de autores*. (Doc. OMPI/PI/JU/96/5 – outubro/96), p. 2.

MOREIRA, Douglas Cohen. **Um panorama atual sobre o Direito Autoral na Internet e as licenças autorais alternativas**, 2012. p. 27-28. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/18021/1168255/Concurso+de+Monografias+Pr%C3%AAAmio+Ot%C3%A1vio+Afonso+-+3+lugar+Douglas+Cohen.pdf/e94f4c90-b9ae-48e6-aaab-f80e74b065fc>.

OGAWA, Mariana Ueda. **Da temporalidade dos direitos patrimoniais do autor**. 2007. 67 fls. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041013.pdf> Acesso em:

OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. **Da violação do direito autoral em obras musicais na internet**. 2009. 75 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

RANGEL, Luciana Freire. *Parecer 23/01/1995, sobre questão de plágio em método técnico-musical*, p.7.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **O controle on-line para coibir violações de direitos autorais**. 2ª ed. São Paulo: Forum. 2013.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito Autoral na era digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 2008. 229 fls. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 159.

SUIÇA. IFPI – **Global Music Report**, 2016. Disponível em: <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf>. Acesso em:

SUIÇA. Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intellectual Property Handbook, 2004. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf. Acesso em:

Excertos dos votos proferidos pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI N° 5.062/DF e da ADI N° 5.065/DF

Aditamento ao Voto, MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, RESP N° 1559264/RJ, p.4.