

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Rafael Destri Krás Borges

**A legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de
streaming de música**

Florianópolis

2021

Rafael Destri Krás Borges

**A legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de
streaming de música**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Prof. Orientador: Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Borges, Rafael Destri Krás

A legalidade na cobrança de direitos autorais por
execução pública nas plataformas de streaming de música /
Rafael Destri Krás Borges ; orientador, Mikhail Vieira de
Lorenzi Cancelier, 2021.

66 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Streaming de música. 3. Direitos
Autorais. 4. Execução Pública. I. Vieira de Lorenzi
Cancelier, Mikhail . II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Rafael Destri Krás Borges

**A legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de
streaming de música**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 14 de maio de 2021.

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
Orientador(a)
UFSC

Tobias Pereira Klen
Avaliador
PPGD/UFSC

Guilherme Coutinho Silva
Avaliador
Membro Externo

Dedico à minha sobrinha, Aurora, que, enquanto eu escrevia esse trabalho, veio ao mundo para trazer amor.

AGRADECIMENTOS

Aprender sobre um assunto pelo qual se tem paixão é um enorme prazer. A música está presente na minha vida há muito tempo, o mais longe que minha memória me leva. Guardo com muito carinho lembranças da minha mãe dando bom dia para mim e minha irmã com seu violão, na maior animação; do meu pai, também músico, tocando e cantando para dormirmos; e, ao longo da minha vida, dos diversos momentos em que a música serviu como fonte de inspiração ou até mesmo um consolo. Portanto, à música sou grato pelas grandes emoções que juntos vivemos (e com certeza continuaremos vivendo).

Falando em grandes emoções, é difícil colocar em palavras a gratidão e amor que sinto pelos meus pais, Silney e Fernanda, que além de estimularem em mim o amor pela música, me deram todo o apoio e carinho para que, em cada fase da minha vida, eu me desenvolvesse e me tornasse quem sou. Ao longo da minha jornada universitária não foi diferente e somente por isso foi possível passar por todas as experiências incríveis que essa fase me proporcionou. Obrigado, pai e mãe! Em nome de vocês, agradeço também à toda a minha família pelo apoio incondicional.

Os 5 anos na universidade foram intensos. Conheci pessoas incríveis e participei de projetos fantásticos, o que seria impossível de colocar aqui nesses breves agradecimentos. Alguns, contudo, merecem destaque.

Gostaria de agradecer, na pessoa do meu amigo Tobias Klen, que foi quem me convenceu a participar do projeto e um forte parceiro durante a jornada, à Locus Iuris, Empresa Júnior de Direito da UFSC. Ali vivi meus mais intensos anos de universidade e aprendi, sobretudo, o valor de se ter um grupo de pessoas extraordinárias ao seu lado, especialmente quando se sonha alto. Eternamente, sou Locus e sou louco!

No fim, tudo é sobre pessoas. E são elas que, com certeza, tornaram minha jornada universitária inesquecível. João Antônio, Vitor Cardoso, Inácio Dapper, Henrique Gaertner e Pedro Guerreiro, sou grato pela nossa amizade que ano a ano vem se fortalecendo. Em nome de vocês, estendo minha gratidão a todos amigos que fiz ao longo da minha formação no curso de direito.

A graduação trouxe consigo ainda mais uma surpresa. Foi ali que conheci a pessoa que se tornou minha maior parceira, incentivadora, amiga e amor. Ana Luíza, você tornou tudo mais leve e feliz! Eu sinto muita gratidão no meu coração por ter encontrado você!

Por tudo isso, agradeço os anos que passei na UFSC, no curso de Direito, de onde levarei muitas memórias positivas e saudades!

“A vida é como a música. Deve ser composta de ouvido, com sensibilidade e intuição, nunca por normas rígidas.”

(Samuel Butler)

RESUMO

Este trabalho, através do método dedutivo, tem como objetivo avaliar a legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming* de música no Brasil. Buscou-se analisar a evolução dos meios de propagação de música, especialmente a partir do século XX, até o *streaming*, que hoje é o canal mais utilizado para consumo de música no mundo. Por esse motivo, o *streaming* e suas modalidades também foram analisados em profundidade. Além disso, a evolução internacional e nacional da matéria de direitos autorais foi analisada, explorando-se principalmente o seu aspecto patrimonial, com enfoque nas possíveis modalidades de utilização que ensejam, ao autor, retribuição financeira. A partir da apreciação desses dois conhecimentos, adentramos na sua conexão, analisando a jurisprudência e a doutrina nacional referente a direitos autorais e plataformas de *streaming* para alcançar o objetivo desse trabalho. Concluiu-se que, sob a atual interpretação da lei, é legal a cobrança de direitos autorais por execução pública, mas o autor divergiu quanto à essa interpretação em relação às plataformas não-interativas, que não deveriam ser enquadradas dentro da modalidade de execução pública. Ao final, sugeriu-se pesquisas mais aprofundadas para compreender o real impacto prático dessa conclusão para os entes envolvidos na cadeia, bem como comparações sobre a matéria com a legislação internacional aprofundamento.

Palavras-chave: Streaming de música. Direitos Autorais. Execução pública.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze if it's legal to collect public performance royalties from music streaming platforms through the deductive method. The means of propagating music through history was analyzed, specially from the 20th century until streaming came up, which is the most used mean to consume music nowadays. For this reason, streaming and it's modalities was deeply studied. Besides that, the international and brazilian evolution of Copyright Law was reviewed, exploring mainly it's economics aspects, focusing in it's posible types of utilization, which give the author the right to remuneration. After that, the connection of both subjects (streaming and Copyright Law) is made by analysing Brazilian jurisprudence and doctrine, trying to answer this monograph's proposal. It was concluded that, under the current interpretation of the law, it's legal to collect public performance royalties from music streaming platforms in Brazil. However, the author disagreed regarding this interpretation in relation to non-interactive platforms which should not be framed within the public execution modality. In the end, it was suggested that further research on the subject be done to understand the real impact of this conclusion for the *players* involved. In addition, it was suggested that a compartive research to other country law about the subject be done.

Keywords: Music streaming. Copyright. Public Performance.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Fonógrafo feito em casa por Edison	17
Figura 2 – Réplica de Gramofone	18
Figura 3 – Disco de Vinil	19
Figura 4 – Uma fita cassete do tipo "Dinâmica"	20
Figura 5 – A imagem mostra a parte do CD que é lida pelos lasers de um dispositivo	20
Figura 6 – Gráfico da receita global da Indústria Fonográfica desde 2001.....	24
Figura 7 – Valor pago por reprodução nas plataformas de streaming de música.....	25
Figura 8 – Cadeia produtiva da música antes da internet.....	31
Figura 9 – Cadeia produtiva da música depois da internet.....	31
Figura 10 – Linha do tempo da evolução dos Direitos Autorais internacionalmente.	36
Figura 11 –Linha do tempo da evolução dos direitos autorais no Brasil.....	37
Figura 12 – Formas de coletar e distribuir direitos autorais na indústria da música.....	46

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ECAD Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

IFPI International Federation of the Phonographic Industry (Federação Internacional da Indústria Fonográfica)

LP *Long Plays*

OMPI Organização Mundial da Propriedade Intelectual

WIPO World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE PROPAGAÇÃO DA MÚSICA E A INDÚSTRIA MUSICAL	15
1.1 DO GRAMOFONE AO IPHONE.....	15
1.2 <i>STREAMING</i> : ALIADO OU INIMIGO?	20
1.3 A estrutura e evolução da Indústria Musical no século XX e XXI.....	26
2 DIREITOS AUTORAIS – TEORIA E PRÁTICA	31
2.1 A evolução histórica dos direitos autorais	31
2.2 Aspectos relevantes sobre os Direitos Autorais.....	37
2.3 Como e por quem é feita a cobrança pelos direitos autorais?.....	43
3 A LEGALIDADE NA COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS POR EXECUÇÃO PÚBLICA NAS PLATAFORMAS DE <i>STREAMING</i> DE MÚSICA.....	46
3.1 A dificuldade em determinar a modalidade de utilização correta	46
3.2 O Leading Case no REsp 1559264/RJ - STJ	49
3.3 A situação atual das plataformas de <i>streaming</i> de música	55
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A sociedade, nos últimos 30 anos, modificou consideravelmente diversos aspectos do seu cotidiano, sobretudo em virtude da maior rede de comunicação já desenvolvida na história: a internet. As tecnologias digitais, conectadas à rede mundial de computadores, permitiram que conhecimentos, conteúdos, serviços, produtos e pessoas chegassem a locais antes inacessíveis, levando à destruição de antigos paradigmas e à construção de novos.

Dentro do contexto digital, uma categoria especial de produtos sofreu fortes modificações: aqueles que podem ser transmitidos por via audiovisual. É o caso, principalmente, de textos, vídeos e áudios, que, se antes precisavam viajar longos percursos para alcançar um destinatário, hoje estão disponíveis em questão de milissegundos nos computadores pessoais.

A música encontra-se nessa categoria de produtos. Por conseguinte, sua forma de consumo, em que pese já tenha passado por grandes modificações no século XX, sofreu impactos ainda maiores com a digitalização do século XXI. Recentemente, uma tecnologia está chamando a atenção pela sua rápida consagração como principal canal para ouvir música pelo mundo: o *streaming*.

Se por um lado a internet vem trazendo diversos benefícios para a massificação da informação por meio de conteúdos digitais, por outro, suas aceleradas transformações geram perguntas no âmbito jurídico que não conseguem ser respondidas facilmente. Isso cria, constantemente, um vácuo entre a realidade e as normas jurídicas.

O Direito Autoral, por tratar de obras criadas pelo intelecto humano e que, muitas vezes, abrangem os produtos digitais audiovisuais, está continuamente sem fôlego, correndo atrás das inovações.

Frustrante, ainda, é o fato de que mesmo que o direito tente acompanhar a tecnologia, muitas vezes ele erra. Afinal, a tecnologia muda muito rapidamente e ninguém consegue entender exatamente o que está acontecendo com o mundo. De qualquer forma, é necessário tentar.

Nessa seara, o presente trabalho adentra no universo digital das tecnologias de *streaming* de música e dos direitos autorais, buscando entender a sua relação.

Os direitos autorais, em seu aspecto patrimonial, geram ao seu titular o direito de autorizar a utilização da sua obra e receber recompensa financeira por isso. Existem diversas possibilidades de utilização de uma obra, como se pode imaginar, as quais são independentes entre si.

O advento do *streaming* trouxe consigo a pergunta sobre quais seriam as modalidades de utilização incidentes sobre ele. A resposta dessa pergunta, apesar de parecer simples, traz como consequência a determinação da quantia que deve ser paga pela plataforma e quem deve ser seu destinatário, dentro da cadeia de titulares de direitos autorais e conexos.

Uma modalidade de utilização gerou, no cenário nacional, especial dúvida sobre a possibilidade de sua incidência nas plataformas de *streaming*: a execução pública, referente a utilização da obra em locais de frequência coletiva, gerida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

A pergunta culminou em diversos processos judiciais do ECAD contra plataformas de *streaming*, com destaque para o REsp 1559264/RJ, no STJ, onde ficou decidido que, sim, as plataformas de *streaming* devem pagar direitos por execução pública.

Este trabalho surgiu, após análise da decisão, com o questionamento se, de fato, essa cobrança é legal. Como dito, suas consequências práticas adentram diretamente na esfera patrimonial dos entes envolvidos, quais sejam: titulares de direitos autorais e conexos, plataformas de *streaming* e intermediários no processo.

A preocupação de que a referida decisão pudesse acarretar excesso de onerosidade às plataformas de *streaming*, o que com certeza recairia sobre o consumidor final, bem como as frequentes demonstrações de insatisfação dos titulares de direitos autorais com as plataformas, devido às ínfimas quantias recebidas pelo seu trabalho, levaram ao autor o desejo de explorar o assunto.

Como objetivo do trabalho, buscou-se responder se, de fato, existe legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming*. Partiu-se da hipótese básica de que a cobrança seria legal somente nos casos em que não houvesse acordo direto entre as plataformas de *streaming* e os detentores de direitos autorais para distribuição de royalties, sob pena de cobrança *bis in idem*.

A pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo, através de pesquisa bibliográfica acerca do assunto. Foram analisados tratados internacionais, legislações nacionais, jurisprudência, doutrina, bem como artigos relacionados na internet.

Os objetivos específicos do trabalho cingiram-se a: (i) no capítulo 1, analisar a evolução dos meios de propagação de música e da indústria musical, a fim de compreender o contexto em que o *streaming* se insere e suas peculiaridades; (ii) no capítulo 2, estudar a construção internacional e nacional dos direitos autorais e suas especificidades, especialmente no que se refere ao direito autoral patrimonial e às modalidades de utilização de obras autorais, com objetivo de entender suas hipóteses de incidência; e (iii) no capítulo 3, analisar a

percepção jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto levantado nessa pesquisa, bem como apresentar a atual situação do *streaming* de música no Brasil.

1 A EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE PROPAGAÇÃO DA MÚSICA E A INDÚSTRIA MUSICAL

Mais do que nunca, a música está presente no nosso dia a dia. O avanço tecnológico dos meios de reprodução nos permite ouvir, a todo momento, milhares de músicas diferentes. Seja com nossos amigos, através das poderosas caixinhas de som portáteis, conectadas aos nossos *smartphones* por *bluetooth*; no nosso carro, a caminho do trabalho, escolhendo entre as diversas opções de rádios; ou até mesmo diretamente nos nossos fones de ouvido, em privacidade. O fato é que o acesso à música e sua difusão nunca foi tão amplo quanto nos tempos atuais.

Em que pese a música remontar aos primórdios da vida humana, na pré-história, quando os homens primitivos procuravam reproduzir os sons que ouviam da natureza através de seus corpos e artefatos (CAVINI, 2011), a sua divulgação em massa só foi possível a partir do fim do século XIX, com a criação dos primeiros equipamentos de gravação e reprodução.

Conforme explica Silva (2015, p. 3), ouvir música, até o século XX, era uma atividade majoritariamente coletiva. A reprodução ao vivo por meio de intérpretes era a única maneira de produzir sons musicais e comunicá-los aos ouvidos do público. Assim, sua propagação, ao longo da história, ocorreu, entre outros, por meio de rituais religiosos de povos, festas nas cortes reais e contratações privadas da burguesia. A questão é que a música, por muito tempo, foi unicamente desfrutada em ambientes coletivos, interpretada em tempo real por artistas.

A facilidade de colocar uma música de *sua* escolha para tocar nos *seus* fones de ouvido carrega uma intensa história de evolução tecnológica, artística e empresarial, perpassada principalmente no século XX até os dias atuais. Portanto, analisaremos, a seguir, como ocorreu a mudança de paradigma da música interpretada ao vivo para a música mecânica (gravada) e a evolução da indústria musical na nossa sociedade.

1.1 DO GRAMOFONE AO IPHONE

Conforme dissemos anteriormente, o consumo em massa e globalizado da música só foi possível com a criação dos primeiros aparelhos de gravação e reprodução de som, tornando dispensável a presença do artista intérprete.

Isso não quer dizer, contudo, que as apresentações musicais ao vivo se tornaram insignificantes com a eclosão das tecnologias de reprodução mecânica. Pelo contrário, conforme explicam Raju e Zhang (2011, pp.24 e 25), os shows ao vivo viraram a principal fonte de renda dos artistas. Enquanto antigamente um artista realizaria turnês para promover

seus discos, hoje existe uma demanda de público querendo vê-los ao vivo, principalmente por já terem escutado suas músicas anteriormente.

Destarte, é fato que a apresentação ao vivo possui uma óbvia limitação de alcance de público. É por isso que as tecnologias de gravação foram responsáveis por, na linguagem empresarial, “escalar o negócio”, ou seja, aumentar o alcance sem um aumento proporcional de custos, consequentemente melhorando os resultados financeiros.

Além de “pai da lâmpada”, o inventor Thomas Edison foi responsável pela criação do primeiro equipamento de gravação e reprodução sonora da história, em 1877, chamado Fonógrafo. O equipamento era constituído de agulha, diafragma, corneta, parafuso de rotação, cilindro e outros acessórios. Apesar de inovador, era simples, constituído de tecnologias já conhecidas à época, conforme explica Gomes (2014, p. 73).

Figura 1 Fonógrafo feito em casa por Edison



Fonte: <https://simple.wikipedia.org/wiki/Phonograph>

O funcionamento do fonógrafo era 100% mecânico. Para gravar, era necessário aproximar o som da boca da corneta, que projetava as ondas sonoras para o diafragma que, por sua vez, movimentava a agulha para “desenhar” a gravação no cilindro de cera. Para reproduzir a gravação, realizava-se o caminho contrário (EDISON... 2012)

O fonógrafo, no entanto, possuía uma limitação que impediu a reprodução em massa de músicas:

Outro problema crucial que de início limitou o fonógrafo foi o fato de as gravações em cilindro não poderem ser replicadas. Somente com o advento do disco a replicação em massa tornar-se-ia possível e a indústria fonográfica começaria a decolar, tornando-se imediatamente internacional, uma vez que uma gravação poderia ser realizada em um local e transportada para outro para ser produzida e comercializada em massa. (GOMES, 2014, p. 74)

Apesar disso, o fonógrafo e seu inventor merecem os devidos méritos pela criação do primeiro equipamento capaz de gravar e reproduzir sons, o que foi decisivo para impulsionar a indústria fonográfica.

Uma década depois da invenção do fonógrafo, em 1887, o alemão Emile Berliner patenteou o Gramofone. Conforme explica Gomes (2014, p.75), “dentre suas principais

inovações, o gramofone trouxe a introdução dos discos de sete polegadas e 78 rotações em substituição aos cilindros, e a possibilidade de duplicação das gravações.” Tornou-se, então, possível gravar um disco e realizar cópias, sendo o primeiro passo para artistas distribuírem em massa os seus fonogramas (músicas gravadas).

Figura 2 Réplica de Gramofone



Fonte: <https://br.pinterest.com/pin/519673244507132771/>

O gramofone, no entanto, também possuía suas limitações. A mais marcante é em relação à duração da gravação. O disco compatível permitia gravações limitadas a 3 minutos em cada um dos lados. (GOMES, 2014)

Curioso como, até hoje, consideramos uma duração média normal de uma música o tempo de 3 minutos. Pois foi o advento do gramofone e a limitação do primeiro tipo de disco a 3 minutos por lado que levaram os artistas, desde aquela época, a produzir músicas com esse tempo, a fim de compatibilizá-las com o equipamento.

Consagra-se, assim, uma primeira revolução na história da música com o gramofone: a possibilidade de reproduzir cópias e a fixação do tempo de 3 minutos como referência para artistas até os dias atuais.

Na década de 1940, surgiram os discos de vinil. Esses, por sua vez, eram capazes de armazenar entre 20 e 30 minutos de música em cada lado, o que causou uma nova mudança de paradigma para o mercado musical:

A introdução dos discos de vinil no mercado fonográfico, no final da década de 1940, representou uma nova mudança de paradigma na indústria musical. Com uma maior qualidade sonora e uma capacidade de armazenamento de aproximadamente quarenta minutos de música (vinte minutos em cada lado), os *Long Plays* (LPs), como também são denominados, possibilitaram a suplantação dos antigos discos de goma-laca de 78 rotações, com média de três minutos de reprodução em cada face.[...]

Uma vez lançado, o LP foi um sucesso instantâneo no mercado da música erudita. Em um curto período de tempo, a ideia de trocar o disco a cada três ou quatro minutos, e continuar a sofrer as constantes interrupções, tornou-se insuportável. Com os discos de vinil, superou-se a limitação técnica de gravação de apenas duas

canções por disco e gerou-se a possibilidade de se produzir discos com maior extensão e quantidade de canções, e também a possibilidade de se gravar as peças do repertório erudito, em geral mais extensas. Tal possibilidade encontra-se diretamente relacionada ao advento e ao estabelecimento da cultura do álbum conceitual, que se tornou o carro-chefe da indústria fonográfica, principalmente no final dos anos 60 até meados dos anos 70, e foi responsável pela gradual perda de popularidade do formato *single*. (GOMES, 2014, p. 77)

Conforme podemos observar, o aumento do limite de tempo de gravação mudou o paradigma musical, ao estimular artistas a criarem álbuns conceituais, com músicas que se conectassem, em contrapartida aos *singles*.

O disco de vinil foi o principal meio de gravação sonora nos anos seguintes, ganhando alguns competidores, como a fita cassete, mas sendo o meio majoritário de gravação de música até o advento dos CDs digitais.

Figura 3 Disco de Vinil



Fonte: <https://pngimg.com/image/82665>

A fita cassete foi inventada na década de 1930, mas sua real propagação ocorreu na década de 60. Em relação ao disco de vinil, apresentava um ponto positivo e um negativo:

Em meados da década de 1960, surge então uma questão nova: a intervenção do consumidor na organização do conteúdo da fita de acordo com as suas preferências.[...]

O maior problema da fita K7 era o nível de ruído branco muito elevado causado pelo atrito com o cabeçote do gravador. (CROWL, 2009, p. 147)

As fitas cassetes, portanto, ganharam a preferência do público por permitirem uma seleção de músicas que seriam gravadas de acordo com a escolha do ouvinte. Essa característica também elevou a utilização de fitas cassetes pelas rádios e emissoras de televisão, que visavam a diversidade de músicas não proporcionadas por um disco.

Por outro lado, o ruído branco ao fundo das fitas cassete eram um desestímulo ao consumidor que desejava ouvir músicas com maior qualidade sonora, o que manteve o disco de vinil competitivo.

Figura 4 Uma fita cassete do tipo "Dinâmica", produzida pela TDK entre a década de 1970 e 1980.



https://pt.wikipedia.org/wiki/Fita_cassete

O disco compacto (CD) foi a primeira tecnologia digital de reprodução de som, difundindo-se rapidamente e ganhando o mercado do disco de Vinil.

Surgidos em meados do início da década de 1980 com uma capacidade de armazenamento bem superior à de um disco de vinil e um pouco menor que a de uma fita-cassete de noventa minutos, o CD (*Compact Disc*) apresentou a possibilidade de execução contínua de até 79 minutos de áudio com níveis de ruídos e distorção praticamente desprezíveis, embora o grau de fidelidade das gravações armazenadas nesse tipo de mídia, em relação às mídias analógicas como o vinil, seja ainda hoje discutível. (GOMES, 2014, p. 78-79)

Além disso, Crowl (2009) elucida que a manutenção dos aparelhos de reprodução analógica se tornou mais cara e difícil do que os equipamentos de reprodução digital, que possuem durabilidade mais longa, o que também corroborou para o sucesso dos CDs.

Apesar de diferirem quanto ao meio físico de reprodução musical, os CDs mantiveram a cultura dos álbuns conceituais difundida pelos discos de vinil. Tal prática só começou a ser alterada com o advento do primeiro formato de propagação de música não físico: o MP3.

Figura 5 A imagem mostra a parte do CD que é lida pelos lasers de um dispositivo



Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Compact_disc

Em 1987, o alemão Karl-Heinz Brandenburg do Instituto de Circuitos Integrados Fraunhofer, começou a desenvolver a tecnologia MP3, que permite a compressão de arquivos digitais, tornando-os muito menores, sem perda de qualidade do som. (CROWL, 2009)

Na prática, o MP3 permitiu que arquivos armazenados nos CDs fossem comprimidos em até 12 vezes; ou seja, os arquivos caberiam em um espaço de armazenamento 12 vezes menor, com praticamente nenhuma perda de qualidade de som. Além disso, a tecnologia MP3 trouxe outra grande vantagem: a compatibilidade com diversos tipos de suporte sonoro, desde discos rígidos de computadores até celulares. Sua difusão tornou-o o formato padrão de rádios FM e rádios na internet. (CROWL, 2009)

A compatibilidade com computadores atrelada ao advento da internet levou a difusão de arquivos de MP3 pela rede, sendo possível realizar o *download* para consumo próprio.

Por um lado, a propagação de músicas tomou proporções vultosas, criando a possibilidade de qualquer fonograma em MP3 ser baixado em computadores por todo o mundo gratuitamente. O compartilhamento de arquivos na internet cresceu exponencialmente, mudando o paradigma de consumo de músicas pela sociedade. Grande parte da população

passou a realizar o *download* das músicas para seu computador no formato MP3 e utilizar dos diversos suportes sonoros para escutá-la:

Essas características proporcionadas pela imaterialidade do formato MP3 têm, ao longo dos últimos anos, transformado radicalmente os hábitos de consumo de música de ouvintes em todo o mundo, diminuindo drasticamente a venda de CDs e os lucros obtidos pela indústria fonográfica. Hoje é possível ter acesso, por um custo absolutamente nulo, a um grande acervo de canções disponíveis para *download* na rede mundial de computadores, que podem ser ouvidas numa diversidade cada vez maior de aparelhos portáteis desenvolvidos pelas empresas do setor de computação e telefonia, como *iPods*, *tablets*, telefones móveis, etc. (GOMES, 2014, p. 79)

Tal disponibilidade de músicas trouxe diversos benefícios, como a facilidade de criação, produção e divulgação de músicas, o contato com o público (fãs) e novas formas de monetização para artistas.

Por outro lado, a prática de *download* gratuito na internet é nítido descumprimento das leis de direitos autorais e desmerecimento do trabalho intelectual dos autores. A internet, através dessa nova forma de consumo de músicas, estimulou e continua estimulando, até hoje, a pirataria, o que levou a indústria fonográfica a um brusco declínio a partir da década de 90.

Em que pese os malefícios originados pela pirataria de músicas na internet, uma nova tecnologia da rede vem ganhando amplo espaço e mudando, mais uma vez, a forma como consumimos música, com força para ressuscitar a indústria fonográfica: o *streaming*.

1.2 STREAMING: ALIADO OU INIMIGO?

A tecnologia de *streaming* surge como uma alternativa para ouvir músicas digitais. Criada na década de 90, sua difusão iniciou-se na primeira década do novo milênio e apenas na segunda década é que as plataformas vêm “dominando o mundo”.

Enquanto o *download* de músicas importa o arquivo para dentro do seu computador/dispositivo e o armazena ali, o *streaming*, do inglês, “*stream*”, que significa fluxo, envia pacotes de dados para o seu dispositivo em um fluxo constante via internet, permitindo o **acesso** ao conteúdo, sem a necessidade de armazená-lo:

O streaming é uma tecnologia que consiste na distribuição online de dados, por meio de pacotes. Nesse caso, não há armazenamento de conteúdo por parte do destinatário dos dados, ou seja, este é reproduzido na medida em que o usuário o recebe. [...] Grosso modo, ao pagar para ter acesso ao streaming, o usuário está pagando por um serviço, enquanto o pagamento para realizar um download e obter um arquivo pode ser compreendido como uma aquisição de produto. (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 267)

Existem duas modalidades principais de *streaming*: interativo e não interativo. O *streaming* não interativo possui esse nome justamente pela impossibilidade do usuário de escolher aquilo que ele quer ouvir. Esse serviço é também chamado de *webrádio*, pois apresenta um conteúdo similar às rádios tradicionais: um **fluxo contínuo** de músicas e programações determinada pelo provedor do serviço, sem interação do usuário.

Conforme elucidam Francisco e Valente (2016), as *webrádios* podem ser programas exclusivamente na internet ou extensões de programas de rádios já existentes, nesse caso denominadas “*simulcasting*”. Ou seja, você ouve a mesma programação que você ouviria no rádio do seu carro, só que transmitida pela internet.

O *streaming* interativo, também chamado de *webcast on demand* (FRANCISCO; VALENTE, 2016), por sua vez, é aquele em que o usuário determina o que deseja ouvir, “ativando” o fluxo de dados para o seu aparelho mediante solicitação. Temos como principal exemplo, na indústria da música, o Spotify. A plataforma permite que o usuário escolha as músicas que deseja ouvir. Somente ao clicar para reproduzi-la é que o Spotify irá enviar o fluxo de dados referente à música solicitada. Além disso, o *streaming* interativo também permite a criação de *playlists*, compartilhamento de músicas e interação entre usuários.

Van Haandel e Johan Cavalcanti (2008, p. 268, apud FRANCISCO; VALENTE, 2016) explicam que a grande diferença entre as duas modalidades é o fato de que, no *webcast on demand*, o acesso à música é aleatório e assíncrono; o serviço é estático (sem fluxo de dados) até o momento em que o usuário der o comando, enquanto na *webrádio* o fluxo é contínuo, uma vez que o usuário acesse a plataforma.

Tal classificação se mostra altamente relevante para melhor compreensão dos direitos autorais envolvidos no universo do *streaming*:

A distinção entre serviços de *streaming* interativos e não interativos (*webrádios* ou rádios *online*) é importante do ponto de vista da definição de campos de atuação – os atores envolvidos em cada um deles têm visões bastante distintas do mercado de música digital – mas principalmente pela importância que a divisão adquiriu do ponto de vista do campo institucional dos direitos autorais. A interpretação da Lei de Direitos Autorais brasileira – e a divisão das modalidades de utilização ali presentes – tem levado a uma (instável) consolidação de entendimentos sobre a que atores do sistema de direitos autorais cabe a autorização, negociação e arrecadação de valores em função de direitos patrimoniais de autor e conexos, e a renovados conflitos no campo. (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 270)

O *streaming*, juntamente com outras tecnologias que surgiram no século XXI, transformou a forma como consumimos música. Conforme analisa Vicente, Kischinhevsky e Marchi (2018, p. 3), “se antes comprava-se um disco, em formato físico ou por meio de download, agora paga-se cada vez mais pela possibilidade de ouvir aqueles mesmos fonogramas em múltiplos dispositivos, graças à maior conectividade proporcionada pelas redes wi-fi e 4G”.

No relatório *Digital Music Report* de 2015 (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2015), é possível perceber o otimismo da indústria fonográfica com a tecnologia de *streaming*. O relatório vibra com a facilidade com que os consumidores hoje podem acessar músicas, havendo mais de 400 plataformas de *streaming*

disponíveis, com mais de 43 milhões de músicas e serviços licenciados em mais de 200 países. O *streaming* permite que a música chegue aonde o meio físico não permitia, aumentando o potencial mercado consumidor e, conseqüentemente, os resultados da indústria.

Não à toa a indústria fonográfica se mostra otimista. A queda brusca de receita ocorrida com a pirataria digital vem, nos últimos anos, sendo compensada pelo aumento exponencial da receita proveniente das plataformas de *streaming*:

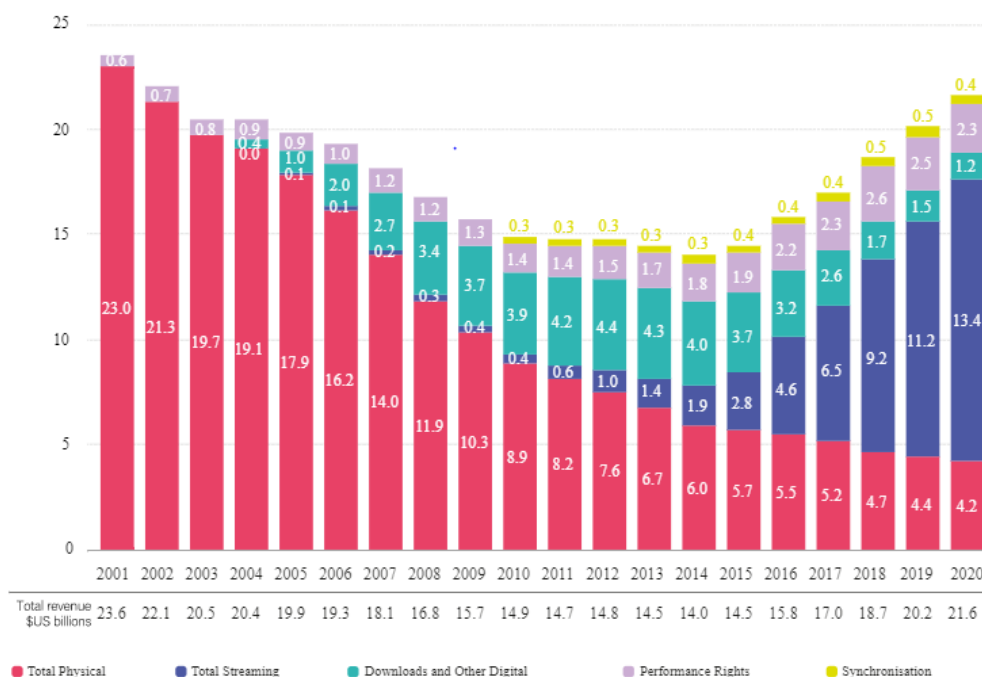
O ano de 2015 marcou uma inflexão. Pela primeira vez desde 1999, quando a indústria fonográfica passou a perder faturamento na esteira da ascensão de serviços de P2P como o Napster, houve crescimento nas receitas totais do setor, que chegaram a US\$ 14,8 bilhões, contra US\$ 14,3 bilhões em 2014 – ainda assim, um montante 38,8% inferior ao recorde pré-crise. A recuperação teve continuidade em 2016, graças, sobretudo, ao segmento de *streaming*. (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2015, p. 4)

A receita da indústria fonográfica vem crescendo nos últimos 6 anos, desde 2015. Em 2020 a receita total da indústria foi de US\$21.6 bilhões, um aumento de 7,4% em relação ao ano anterior (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2021)

Esse crescimento é liderado pelo *streaming*, que alcançou a marca de 443 milhões de usuários pagantes em 2020. Além dos usuários pagantes, há ainda os usuários não pagantes, monetizados pelo modelo de anúncios durante as músicas. A receita do *streaming* correspondeu, em 2020, à US\$13.4 bilhões, um total de 62,1% do total da receita global de música. Nas palavras da International Federation of the Phonographic Industry (2021), “o crescimento na receita do *streaming* mais do que compensou outros formatos de receita, incluindo as receitas de meios físicos, que caíram 4.7%” (tradução do autor). Veja abaixo o gráfico do *Global Music Report 2021* (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2021), demonstrando o rápido declínio da receita física (em rosa) na indústria fonográfica e o exponencial crescimento na receita do *streaming* (azul escuro).

Figura 6 Gráfico da receita global da Indústria Fonográfica desde 2001

GLOBAL RECORDED MUSIC INDUSTRY REVENUES 2001-2020 (US\$ BILLIONS)



Fonte: <https://gmr2021.ifpi.org/report>

O relatório ainda demonstra que a América Latina foi o mercado que proporcionalmente mais cresceu, na casa dos 15.9% em 2020, sendo o *streaming* responsável por 84,1% da receita total da região. Já os EUA e o Canadá cresceram 7,4%, sendo que os EUA é o Top 1 mercado mundial de música em receita.

Em que pese a indústria fonográfica comemorar seu renascimento e os consumidores celebrarem a facilidade e segurança com que possuem acesso a milhões de músicas com a ascensão do *streaming*, nem toda a cadeia produtiva da música está satisfeita.

Os principais descontentes com as plataformas de *streaming* são os artistas. Desde sua ascensão, as plataformas recebem críticas relacionadas às quantias pagas por direitos autorais aos seus titulares. De fato, como observa-se na tabela abaixo, os valores pagos por reprodução são ínfimos:

Figura 7 Valor pago por reprodução nas plataformas de streaming de música

Serviço de streaming	Valor pago por reprodução (em dólar)
Spotify	0,00348
Apple Music	0,00675
YouTube Content ID	0,00022
Amazon Music Unlimited	0,01123
Deezer	0,00562
Google Play	0,00554
Pandora	0,00203
TIDAL	0,00876

Fonte: <https://tecnoblog.net/239268/quanto-ganha-um-artista-pelo-streaming-spotify-apple-music-deezer/>

Os valores não chegam nem a 1 centavo de dólar. O titular de direitos autorais que tenha 1 milhão de reproduções da sua obra no Spotify (o que é um número alto), receberá apenas R\$3.480,00, que poderão ainda ser divididos entre diferentes titulares (direitos autorais e conexos, conforme será explicado mais adiante). Na prática, artistas acabam ficando com pequenas parcelas desse valor.

Já em 2014 os artistas começaram a demonstrar sua insatisfação.

“Em 2014, a cantora e atriz americana Bette Midler externou sua indignação, através de sua conta no Twitter, afirmando que: “Spotify e Pandora tornaram impossível a sobrevivência dos compositores de música: em três meses de *streaming* no Pandora, [tive] 4.175.149 de acessos [que equivaleram a] US\$ 114,11”. Também o compositor e cantor do grupo britânico Radiohead, Thom Yorke, queixou--se publicamente do Spotify, observando que a quantidade de dinheiro paga aos artistas independentes era muito baixa. Yorke inclusive mandou retirar do banco de dados dessa empresa o catálogo de sua outra banda, Atoms for Peace, como forma de protesto. Mesma medida tomada pela cantora de música pop Taylor Swift, por entender que o Spotify não “valorizava devidamente seu trabalho”, uma vez que permitia a audição gratuita de suas músicas em sua modalidade *freemium*. Posteriormente, a mesma artista publicou um *post* em seu *blog* criticando a estratégia da Apple de fornecer um período de degustação grátis por três meses em seu novo serviço de *streaming*. Em sua carta, Swift afirmava de forma contundente: “nós [músicos] não pedimos para vocês entregarem seus iPhones de graça. Por favor, não nos peçam para entregar nossas músicas sem qualquer compensação” (taylorswift.tumblr.com, 2015). (KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 308)

A resposta do CEO da América Latina do Spotify, em entrevista à revista *Rolling Stone Brasil*, foi que “os titulares dos direitos autorais devem entender que o dinheiro pago pelos

serviços de *streaming* é apenas um “incremento” a outras fontes de receita; não um substituto à venda dos álbuns físicos e/ou virtuais. (MIYAZAWA, 2014, apud KISCHINHEVSKY; VICENTE; MARCHI, 2015, p. 7)

De todo modo, a insatisfação dos artistas não foi sanada, os quais continuam considerando as quantias recebidas pelas plataformas de *streaming* muito baixas. Mais recentemente, em 2020, uma nova polêmica envolvendo o Spotify e os artistas surgiu.

O presidente da empresa declarou que “Em toda a existência (do Spotify), acho que nunca vi um único artista dizer: ‘estou feliz com todo o dinheiro que estou recebendo com o *streaming*’” e “Você não pode gravar músicas uma vez a cada três ou quatro anos e achar que isso será suficiente” (PRATA, 2020). A declaração gerou revolta de diversos artistas, que se manifestaram especialmente no sentido de que o Spotify é uma instituição gananciosa, que não se preocupa com a classe artística e não valoriza seu trabalho. Dizem que sem o trabalho dos artistas, a plataforma não existiria, e que ela está se aproveitando do disso para ganhar grandes volumes de dinheiro, sem revertê-lo aos artistas. (ERNANI, 2020)

Em que pese o crescimento da empresa e as declarações dos artistas sobre a plataforma, a verdade é que o Spotify, apesar de fundado em 2006, ainda batalha para encontrar um modelo de negócio lucrativo. A empresa vem demonstrando prejuízo na maior parte dos últimos anos. Trazendo alguns dados históricos:

Em 2011, quando o Spotify ultrapassou as fronteiras da Europa e se internacionalizou, o serviço obteve 187,8 milhões de euros em receita, montante que não foi suficiente para cobrir os gastos: o ano fechou no vermelho, com prejuízo de 45,4 milhões de euros. Não foi diferente nos anos seguintes: Em 2012, faturamento de € 430,3 milhões, prejuízo de € 86,7 milhões; Em 2013, faturamento de € 747 milhões, prejuízo de € 57,8 milhões; Em 2014, faturamento de € 1,08 bilhão, prejuízo de € 165 milhões. (HIGA, 2016)

Ou seja, a plataforma aumenta seu prejuízo ano a ano, sobrevivendo apenas com a injeção de capital dos seus investidores. E o Spotify não está sozinho; a maior parte das plataformas de *streaming* não gera lucro:

Seria apenas futurologia dizer o que realmente penso sobre o futuro dos serviços de *streaming* — acredito que Spotify, Deezer e Pandora serão os próximos a morrer, enquanto as opções ligadas a grandes empresas, como Apple Music, Play Música e Groove, sobreviverão pelo simples fato de terem uma companhia lucrativa por trás (os serviços podem até não gerar dinheiro, mas os lucros dos outros produtos da Apple, Google e Microsoft cobrem o rombo e equilibram as contas). (HIGA, 2016)

De todo modo, o que vemos hoje é, por um lado, o crescimento exponencial no volume de usuários das plataformas e na receita da indústria fonográfica, e, por outro, a insatisfação dos artistas titulares de direitos autorais e a dificuldade de as plataformas gerarem lucros que viabilizem seu negócio no longo prazo e permitam maior distribuição de *royalties*.

Mais adiante, entenderemos quais são as normas de direitos autorais aplicáveis às plataformas de *streaming* e como elas ocorrem na prática.

1.3 A ESTRUTURA E EVOLUÇÃO DA INDÚSTRIA MUSICAL NO SÉCULO XX E XXI

Além dos meios de propagação da música, conhecer a estrutura da indústria musical e sua evolução ao longo do último século facilitará na compreensão da aplicação dos direitos autorais para cada momento histórico.

Indústria musical é um termo bastante abrangente. Ela é formada por uma rede de *players*, que inclui os criadores das músicas (compositores, músicos e produtores), os distribuidores, responsáveis por levar a música aos consumidores (plataformas de *streaming*, rádios, televisão, shows, etc) e as empresas/empresários, que fazem a ponte entre os dois anteriores (gravadoras, editoras, selos, publicitários, agregadoras, entre outros). (PASTUKHOV, 2019)

A fim de compreender os diferentes tipos de direitos autorais existentes e seus titulares, é importante compreender o papel de alguns desses *players*.

Começando do início da cadeia produtiva da música, temos os **compositores**. Eles são responsáveis pela criação da *obra* musical, que inclui a letra, a melodia e a harmonia básica, independentemente da gravação em qualquer meio. (LA MUSIC, 2020)

No momento em que se fixa a obra musical, ou seja, realiza-se a gravação, estamos criando o *fonograma*. O responsável por isso é o **produtor musical**, que reunirá os **músicos** para a gravação dos instrumentos e realizará o processo de gravação, mixagem e masterização, transformando, assim, a obra em fonograma.

O artista, por sua vez, é um dos intérpretes da obra, seja gravando-a ou apenas tocando ao vivo. Por exemplo: imagine que um compositor escreva uma letra e faça uma melodia para uma música, criando a obra. Em seguida, uma gravadora, que possui os seus produtores, identifica que essa obra tem potencial de fazer sucesso se for gravada por determinado artista. Ela então reúne o artista com o produtor e os músicos e, juntos, eles criam o fonograma da obra. O artista, em geral, é quem tem penetração com o público para a divulgação da música, é a “linha de frente”.

Cada uma dessas figuras citada acima pode ser uma pessoa diferente; no entanto, muitas vezes eles são confundidos na mesma pessoa. Por exemplo, Taylor Swift é uma compositora e artista norte-americana, que compõe praticamente todas as suas músicas (MISS..., 2020). Em alguns casos, o próprio compositor e artista até mesmo vai produzir o fonograma.

As gravadoras são, em geral, empresas financiadoras das gravações, trabalhando com vários artistas. Elas possuem os seus produtores musicais e são responsáveis por gerar o fonograma. As gravadoras são responsáveis também por coletar os direitos conexos (modalidade de direito de autor que veremos adiante) para seus titulares, bem como realizar a distribuição da obra. (FERREIRA, 2020a)

As editoras, por sua vez, são empresas responsáveis pela exploração econômica da obra. O contrato é realizado com os compositores e, pelos seus serviços, as editoras ganham um percentual sobre a exploração econômica. Elas são responsáveis por coletar os direitos autorais para o compositor. É um trabalho que o próprio compositor poderia fazer, mas a vantagem de se trabalhar com uma editora são as suas conexões no mercado, permitindo maior divulgação da obra. (FERREIRA, 2020b)

Historicamente, as editoras realizavam contratos de cessão da obra musical com os compositores, que transferiam seus direitos de titularidade a elas por todo o período de proteção legal. Elas tornavam-se, assim, representantes do seu catálogo “para sempre”. Os compositores não possuíam alternativas, devido ao poder exercido pelas editoras.

Com a fragmentação da indústria fonográfica, surgiram novos *players* com maiores benefícios para os compositores e artistas. Estamos falando aqui das Administradoras de Direitos Autorais, que, ao contrário das editoras, realizam contratos de licenciamento com o compositor, ficando responsáveis pela exploração econômica apenas durante o prazo contratual, e ainda cobram um preço mais baixo. “O compositor mantém titularidade sobre sua obra, não fica amarrado para o resto da vida e conta com suporte especializado para proteção do seu catálogo.” (FERREIRA, 2020c)

Um outro *player* que mais recentemente surgiu são as agregadoras digitais de música. Elas são responsáveis por distribuir as músicas entre as diferentes plataformas digitais existentes. O advento do *streaming* foi um dos propulsores do surgimento das agregadoras. Enquanto as grandes gravadoras possuem seus próprios sistemas agregadores, os quais utilizam para seus artistas, existe uma série de agregadoras disponíveis para artistas independentes, que possuem a facilidade de distribuir sua música digitalmente através desse serviço. (FERREIRA, 2020d)

Por fim, na ponta final da cadeia, temos os distribuidores, que são responsáveis por levar a música ao público. Nela se encontram as rádios, televisões, shows e plataformas de *streaming*. Também existem as lojas revendedoras e varejo de discos e CDs, apesar de hoje o volume de vendas ser baixo.

Mesmo com as diversas mudanças nos meios de propagação da música, no século XX o núcleo da indústria da música se manteve o mesmo. O grande *player* eram as gravadoras, conhecidas como *majors*, as quais descobriam os artistas, promoviam a infraestrutura para gravação e produção musical e, mais importante, possuíam acesso às grandes mídias da época, rádio e televisão, responsáveis pela divulgação em massa do artista e sua obra. Além disso, eram responsáveis pela produção e distribuição de discos, os quais traziam a maior parte da receita musical. (PASTUKHOV, 2019)

Conforme esclarecem Almeida e Nakano (2013), a indústria seguia um modelo vertical, onde as gravadoras eram responsáveis por todo o processo de criação da música até a sua distribuição, sendo detentoras de toda a cadeia produtiva. Ou seja, as figuras de produtora, gravadora e editora ficavam concentradas nos mesmos grupos econômicos, em um modelo de contrato 360 graus (englobava todos os “pontos”) com os artistas e compositores.

O grau de investimento necessário para a circulação de conteúdo musical, seja nas vendas de mídias físicas, seja na inclusão do conteúdo nos meios radiofônicos, era uma grande barreira para a expansão dos ditos artistas “autônomos” ou “independentes”, aqueles que, em geral por questões de concepção artística, não se associavam aos grandes players de mercado. Dessa forma, a entrada de um artista no portfólio de uma gravadora *major* resumia-se como única opção para evolução de sua carreira artística.[...] Pode-se afirmar que toda a dinâmica de produção do conteúdo musical, desde a composição até a circulação na massa consumidora, ficava atrelada à tomada de decisão das gravadoras *majors*.[...] Os compositores e artistas intérpretes se comportavam apenas como fornecedores cativos em uma indústria com grandes players verticalizados em produção e distribuição do conteúdo musical. A longevidade do ciclo profissional de um artista dependia, antes de tudo, de sua capacidade em se adequar aos padrões estéticos e financeiros idealizados pelas gravadoras. (ALMEIDA; NAKANO, 2013, p. 23)

Como se vê, o alto custo e risco de produzir discos, atrelado à dificuldade em acessar as grandes mídias, obrigavam os artistas a realizarem contratos 360 com as grandes gravadoras, o que incluía, normalmente, obrigá-los a produzir e editar suas músicas com a gravadora e editora do mesmo grupo econômico, bem como ceder seus direitos autorais para elas. “As gravadoras gradativamente assumiram o destaque na cadeia produtiva, verticalizando a produção [...] Naturalmente, estas empresas acabaram impondo para si significativas vantagens na apropriação de direitos”. (ALMEIDA; NAKANO, 2013, p. 25)

Isso mudou com a criação do MP3 e o surgimento da internet, que começaram a ser fortemente explorados no novo milênio. Por um lado, isso facilitou o processo de pirataria musical e reduziu a receita da indústria da música drasticamente, como explicitado na figura 6. Marcia Tosta Dias (2010, p. 7) cita as palavras de Paulo Rosa em 2005, à época secretário executivo da Associação Brasileira de Produtores de Disco: “Somadas, as músicas baixadas pela internet só em 2005 totalizariam cerca de 75 milhões de CDs. Junto com os 40 milhões

de CDs piratas vendidos no ano passado, temos um cenário de 115 milhões de CDs ilegais, um número muito superior aos cerca de 55 milhões de discos vendidos legalmente”.

Como se pode ver, a quantidade de música baixadas ilegalmente era mais do que o dobro de CDs vendidos legalmente. Pastukhov (2019) chama a primeira década do primeiro milênio de “Dark Days” (dias escuros, em tradução do autor) para a indústria fonográfica.

Por outro lado, o avanço tecnológico dos equipamentos de gravação permitiu a criação de estúdios de menor porte e a consequente produção independente. A internet, por sua vez, facilitou o processo de distribuição das músicas. Se antes era necessário um alto investimento para produção de discos, agora basta divulgar, com custo próximo de zero, a música na internet, através das plataformas digitais. (ALMEIDA; NAKANO, 2013)

Nessa época surgiram as primeiras redes sociais, que incipientemente se tornavam o principal meio de divulgação de artistas. Um exemplo é o caso do jovem artista Justin Bieber, que foi descoberto por um famoso empresário, ao fazer vídeos cantando para o Youtube e em pouco tempo se tornou mundialmente conhecido.

Apesar da queda nas receitas, novos fortes meios de produção e divulgação de música surgiam. A cadeia da indústria musical se transformava.

A facilitação da produção e, agora, também da circulação de conteúdo, incitava, na visão das gravadoras, a formação de um novo modelo de governança na cadeia fonográfica. Os grandes players não poderiam mais ter para si a garantia de governança sobre a cadeia e num primeiro momento, não poderiam prever o grau e a velocidade da suposta substituição das vendas de mídias físicas pelo consumo digital. Com isto em vista, pode-se prever uma transição na dinâmica de governança da cadeia fonográfica. (ALMEIDA; NAKANO, 2013, p. 23-24)

É claro que isso não quer dizer que as gravadoras *majors* morreram. Em 3 anos, Justin Bieber saiu de participante em competições locais de música para a pessoa mais pesquisada no Google. Isso chamou a atenção das gravadoras, que começaram a estruturar seu núcleo digital para descoberta e promoção de artistas. Nos últimos anos, as gravadoras foram preenchidas por construtores de estratégias digitais, atualizando-se e mantendo-se altamente relevantes na indústria musical.

Mas é fato que ocorreu uma ampla diversificação de *players*, não tendo mais as gravadoras a mesma dominância do século anterior. Hoje, mais de 20.000 músicas são lançadas por dia, tanto pelas grandes gravadoras, quanto pelas pequenas e por artistas independentes, que batalham pela atenção da audiência no universo digital. “*Music professionals had to become agile and data-driven, feeling at home navigating through the multi-layered and fragmented industry.*” (PASTUKHOV, 2019)

Veja a ilustração mostrando a cadeia produtiva da música antes e depois da internet:

Figura 9 Cadeia produtiva da música antes da internet

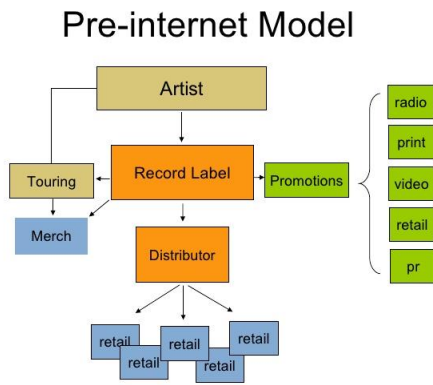
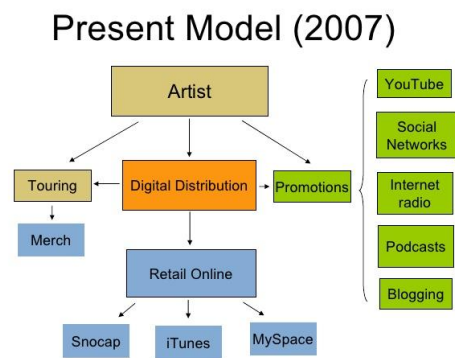


Figura 8 Cadeia produtiva da música depois da internet



Fonte: <https://pt.slideshare.net/gangofour/the-music-industry-business-model>

Como se pode observar, antes da internet a cadeia produtiva era centrada nas grandes gravadoras (*Record Label*), que ficavam responsáveis pelas atividades de produção, promoção e distribuição. Hoje, a cadeia é centrada nos meios de distribuição digital, onde as agregadoras de música ganharam um papel relevante. Um artista pode distribuir diretamente suas músicas online e fazer sua autopromoção.

No entanto, como dito anteriormente, isso não quer dizer que as grandes gravadoras sumiram do mapa. Pelo contrário, elas vêm se adaptando à nova realidade e cada vez mais se especializando nos meios digitais online e nas novas tecnologias, sendo bons parceiros para artistas que desejam lançar suas músicas. Mas é certo que, hoje, um artista independente consegue concorrer com as grandes gravadoras, visto a facilidade de produção e distribuição de música.

A ilustração acima, de 2007, não trouxe consigo um outro *player* que, na última década, cresceu exponencialmente e vem se tornando peça fundamental para a indústria musical no universo digital: as plataformas de *streaming*.

Sob a perspectiva de cadeia produtiva, o *streaming* surge como uma plataforma de distribuição digital, onde as músicas são disponibilizadas (pelos artistas ou pela própria plataforma) e os consumidores podem acessá-las de forma gratuita ou paga. Hoje, o *streaming* é o principal meio de distribuição digital, com bilhões de reproduções de músicas anualmente.

Em que pese a pirataria ainda exista, o *streaming* vem se consagrando como um meio de acessar música mais seguro, visto que o *download* ilegal pode trazer consigo uma série de vírus e malwares para o computador; e fácil, em virtude de seu amplo repertório e da desnecessidade de realizar o *download* de uma música.

No próximo capítulo, estudaremos os direitos autorais e buscaremos compreender como essas normas são aplicadas, na prática, na indústria musical, especialmente no que se refere aos mais recentes *players*, as plataformas de *streaming*.

2 DIREITOS AUTORAIS – TEORIA E PRÁTICA

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS

A criação intelectual é intrínseca ao ser humano. Podemos imaginar uma sociedade pré-histórica que, mesmo sem nenhuma regulamentação jurídica, produzia seus primeiros cânticos, bem como suas ferramentas de trabalho (hoje, ambos receberiam proteção jurídica de propriedade intelectual). A criatividade é algo natural na nossa espécie.

Antes mesmo de estar regulamentado, os primeiros sinais de proteção à obra intelectual eram dados, quando os antigos artistas e pensadores da Grécia reivindicavam para si a autoria, através da assinatura em suas obras (NETTO, 2019)

temos notícia pela mais antiga obra de arte assinada conhecida, um vaso, assinada por seu autor Aristonotos, por volta de 650 a.C., onde a individualidade do artista é por este reivindicada, desde logo, pela oposição de sua assinatura, ou da inscrição correspondente a denotar a sua autoria, como Aristonotos Epoiesen (“feito por Aristonotos”). Posteriormente, artistas outros, como Exekias, Eutimedes, Euphiletos ou Euphionios (século VI a.C.) e outros, puderam nos dar a conhecer a autoria de suas obras pela oposição da mesma insígnia, permitindo-nos a sua identificação automática, sem necessidade de maiores análises estilísticas. (FRAGOSO, 2009, apud NETTO, 2019, p. 97)

A primeira forma de proteção de obras “se inseria nas regras genéricas do direito de propriedade, em específico a tutela de bens móveis materiais” (NETTO, 2019, p. 99). Ou seja, não existiam legislações específicas para os direitos autorais; contudo, existia uma proteção concedida em legislação geral. Uma série de fatos modificou isso.

A criação da imprensa em 1430, por Gutenberg, foi o primeiro motor para a reprodução em massa de obras intelectuais. Com essa possibilidade, surgiram os primeiros comerciantes de obras de literatura, chamados de *stationers* na Inglaterra, os precursores das editoras, que imprimiam e vendiam livros (NETTO, 2019). Deles dependiam os autores das obras, uma vez que era necessário um investimento inicial, bem como um esforço comercial para sua divulgação.

Estando os comerciantes interessados na exploração econômica da obra, logo começaram a lutar em favor dos direitos autorais. É claro que a aclamação tinha o objetivo de garantir a exploração econômica da obra, o que fortaleceu o aspecto patrimonial do direito autoral. No entanto:

Naturalmente tais intermediários reivindicavam para si a titularidade desses direitos. Por isso, os “privilégios” obtidos naquela ocasião devem ser considerados mais propriamente “editoriais” do que “autorais”. E suas características essenciais atestam essa conclusão: (a) garantiam (aos *stationers*) a exclusividade de direitos de reprodução e distribuição; (b) fixavam um período de duração do privilégio; e (c)

previam sanções aos infratores do privilégio, como apreensão das cópias contrafactadas e pagamento de indenização. (NETTO, 2019, p. 105)

Como vemos, o impulso inicial para proteção de obras intelectuais se deu em favor das editoras, e não dos autores propriamente ditos. Isso só mudou em 1710, quando foi promulgado, em Londres, o Estatuto da Rainha, “que estabelecia aos autores o direito exclusivo de imprimir e dispor das cópias de quaisquer livros” (NETTO, 2019, p. 105). Nesse contexto que se instituiu o *Copyright* (direito de cópia, em tradução livre), termo até hoje utilizado, que garante aos criadores das obras intelectuais o direito de explorá-la economicamente, no lugar da antiga proteção concedida às editoras (*stationers*). Assim, as *stationers* começaram a depender da autorização dos autores.

Nesse ponto histórico, a lei dispunha exclusivamente de aspectos patrimoniais do direito de autor. Ou seja, protegia direitos econômicos e sancionava aqueles que violavam tais direitos, como por exemplo, reproduzir cópias sem ser licenciado para isso.

Note-se, portanto, que a natureza da violação objeto de reparação aos titulares do direito, tanto no sistema de privilégios “editoriais” como no autoral que o sucedeu, era patrimonial econômica, gerando pagamento de indenização ou multa. A violação a direitos morais (*ou pessoais*) dos autores ainda não tinha sido objeto de normatização. (NETTO, 2019, p. 107)

Alguns países da Europa passaram a adotar um sistema legal parecido, com os mesmos aspectos protetivos, e foi somente com as radicais mudanças políticas ocorridas na Europa e nos Estados Unidos, a Revolução Francesa e a independência norte-americana, no fim do século XVIII, que a legislação evoluiu.

Em primeiro lugar, cumpre explicar que a tradição anglo-saxã, com os direitos de *copyright*, surgiu com um enfoque no aspecto econômico do direito autoral, procurando proteger a reprodução ilegal de cópias, sendo considerado um aspecto objetivo. A chamada tradição continental europeia e latina, por sua vez, ampliou o cenário dos direitos autorais, ao trazer o aspecto subjetivo da lei: os direitos morais, focados no autor (NETTO, 2019). Tal sistema ficou conhecido como *Droit D’auteur*.

Sua construção se iniciou no fim do século XVIII, quando a Assembleia Constituinte da Revolução Francesa reeditou o regime jurídico da matéria de direitos autorais, ampliando os direitos patrimoniais e inaugurando os direitos morais.

Em relação aos direitos patrimoniais, a legislação inovou “assegurando aos autores o direito sobre a representação de suas obras [...] e ampliando-o para a reprodução de obras literárias, musicais e artísticas”. (NETTO, 2019, p. 108)

O enfoque humanístico motivado na Revolução Francesa, por outro lado, fez evoluir e se consagrar, ao longo do século seguinte, os direitos morais do autor, de cunho subjetivo.

A construção dos fundamentos do direito de autor na concepção europeia, por se distinguir da adotada pela *common law* anglo-norte-americana, de índole objetiva, repousa, em parte substancial, na vertente humanística – e não mercantil – da sua proteção jurídica. Nessa trilha, a consagração paulatina do direito moral de autor, fundamental no primeiro sistema (*continental europeu*) e incipiente no segundo (*common law*), é evidente, sendo a sedimentação jurisprudencial francesa decisiva a partir de 1849, como relata Leonardo Machado Pontes (NETTO, 2019, p. 109)

Vemos, portanto, a existência de dois principais sistemas de direito autoral, o *Copyright*, marcado pelo foco na proteção econômica da obra, exclusivamente patrimonial; e o *Droit D'auteur*, centrado na proteção dos direitos morais e patrimoniais do titular do direito autoral. A distinção entre os dois sistemas foi decisiva na construção e adesão dos países aos tratados internacionais sobre a matéria.

Percebendo a importância de regular os direitos autorais à nível internacional, a fim de sintonizar as legislações existentes em cada nação e ampliar a sua proteção, criou-se em 1886 a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, sob as bases do sistema *Droit D'auteur* francês. Essa legislação vigora até hoje, depois de passar por 2 aditamentos e 5 revisões, formando a base dos direitos autorais de mais de 168 países signatários, incluindo o Brasil. (NETTO, 2019)

No entanto, a previsão à proteção de direitos morais dos autores foi um obstáculo para os países do sistema de *Copyright* assinarem o tratado, uma vez que não realizavam essa prática no seu direito interno. (CRISTOFARO, 2015)

Esse obstáculo levou à criação de outros tratados ao longo do século XX, como a Convenção Universal, em 1952, com objetivo de reunir países com direito autoral baseado na tradição Anglo-Saxã. A diferença básica entre a Convenção Universal e a Convenção de Berna era a mesma das duas tradições acima referidas, latina e anglo-saxã, em relação aos aspectos subjetivos e objetivos do direito de autor. As convenções foram importantes para evidenciar a diferença entre os dois sistemas.

A aderência de países com grande relevância econômica à Convenção de Berna levou sua à preponderância. O Reino Unido, apesar de ter assinado o Tratado em 1887, começou a colocar em prática um século depois. Os EUA assinaram o Tratado em 1989 e, alguns anos mais tarde, a China, a Rússia e Cuba também. Dessa maneira, consagrou-se a Convenção de Berna como a mais relevante para a construção dos direitos autorais internacionais, a qual vem servindo de base para as legislações internas de mais de cem países. (NETTO, 2019)

É importante salientar, conforme explicado por Cristofaro (2015), que a Convenção de Berna acabou se tornando mais flexível em relação aos direitos morais, para facilitar a entrada de países sem essa tradição. Isso quer dizer que, em geral, as legislações internas dos países de tradição latina possuem maiores proteções aos direitos morais de autor do que aquelas

estipuladas na Convenção. Por outro lado, os países de tradição anglo-saxã, com foco no aspecto econômico do *copyright*, construíram, ao longo do tempo, uma legislação mais detalhada acerca das modalidades de utilização de obras autorais e sua exploração econômica.

Ainda sobre tratados internacionais, cumpre apresentar aqui outras quatro importantes legislações sobre a matéria de direitos autorais. A primeira é Convenção de Roma, também chamada de Convenção Internacional para a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, que seria a primeira legislação internacional para regulação dos direitos conexos (explicaremos adiante o que são esses direitos). Ela foi firmada em Roma, em 1961, e surgiu para complementar os tratados supracitados.

Em 1967, foi criada a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada das Nações Unidas, responsável por gerir os tratados até então criados, elaborar novos tratados e buscar a unificação das legislações dos países do mundo sobre a matéria.

A OMPI criou, em 1996, o Tratado sobre Direitos de Autor (WTC) e o Tratado sobre Execução e Fonogramas (WPPT). Esses tratados tinham o objetivo de atualizar a legislação sobre direitos autorais frente às novas tecnologias emergentes, especialmente a internet e os meios digitais de propagação de obras intelectuais. Dessa vez, a controvérsia não ocorreu entre países anglo-saxões e latinos:

a divergência central de posições deixou de ser entre os adeptos do *copyright* e do *droit d'auteur* e passou a dividir, de um lado, os países desenvolvidos – capitaneados por Estados Unidos e Europa – e, de outro, os países em desenvolvimento. Enquanto os países desenvolvidos clamavam por uma maior proteção aos direitos de autor e conexos na internet, os países em desenvolvimento não se encontravam preparados para expandir essa proteção. Tanto é assim que o Brasil, por exemplo, apesar de ter participado das negociações que levaram à assinatura do WCT e do WPPT, não é signatário desses dois tratados. (CRISTOFARO, 2015)

Por fim, em 2012 a OMPI adotou um tratado sobre Direitos dos Artistas Intérpretes e executantes em suas Interpretações e Execuções Audiovisuais, considerado o “Terceiro Tratado da Internet”, ampliando o leque de direitos patrimoniais dos artistas à luz das mais recentes tecnologias. (NETTO, 2019)

Veja na ilustração abaixo um resumo da evolução internacional do Direito Autoral:

Figura 10: Linha do tempo da evolução dos Direitos Autorais internacionalmente. Ilustração criada pelo autor

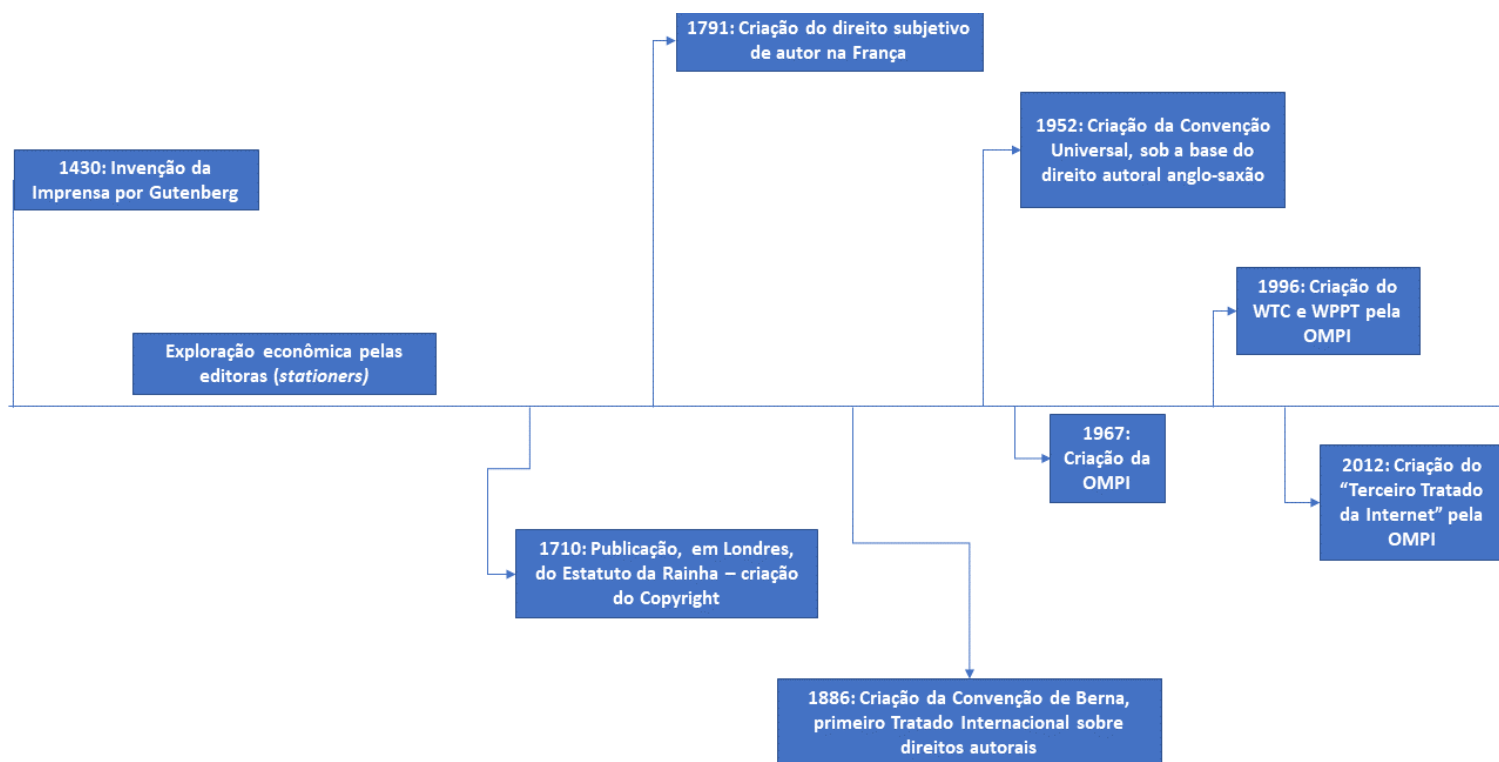


Ilustração criada pelo autor

No âmbito nacional, a primeira proteção concedida ao autor ocorreu em 1827, na Lei Imperial responsável pela criação das duas primeiras faculdades de direito do país. A lei garantia aos autores das obras o privilégio exclusivo por dez anos. (NETTO, 2019)

Em 1830, três anos depois, o novo código criminal criou a pena de multa para qualquer um que “Imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte se deixarem herdeiros.” (NETTO, 2019, p. 121-122)

As inovações seguintes vieram na última década do século, quando a primeira Constituição da República brasileira conferiu exclusividade dos autores sobre a reprodução de suas obras literárias e artísticas, em 1891, e com a consequente promulgação da primeira lei de direitos autorais no Brasil, Lei n. 496, em 1898. (NETTO, 2019)

Nos anos seguintes, o Brasil assinou diversos acordos menores com outros países (ainda não as Convenções de Berna e Universal), o que acarretou a manifestação da matéria no Código Civil de 1916, aprimorando a Lei n. 496 para adequar-se aos novos acordos firmados.

Subsequentemente, várias legislações internas para regulamentar matérias relacionadas ao direito autoral surgiram, com destaque para a ratificação da Convenção de Roma e sua

promulgação em 1965, bem como para a Constituição de 1967, que modificou o direito exclusivo de autor de “reprodução” para “utilização”, um termo mais genérico, que abrange as diversas atividades que podem ser realizadas com uma obra. (NETTO, 2019)

A evolução da matéria à nível internacional, bem como de diversas tecnologias, trouxe a ideia da criação de um Código de Direito de Autor e Conexos. Foi então, em 1973, que essa grande mudança ocorreu, com a criação da Lei 5.988/73, com 9 títulos e 134 artigos. (NETTO, 2019)

Essa legislação vigorou até 1998, quando, à luz da Constituição Federal de 1988 e das inovações tecnológicas do mundo, principalmente a internet, foi promulgada a Lei 9.610/98, até hoje vigente no país. Essa legislação sofreu poucos acréscimos, sendo o mais recente e relevante a promulgação da Lei n. 12.853/2013, regulamentada pelo Decreto n. 8.469/2015, com foco em fortalecer a fiscalização estatal sobre o setor de gestão coletiva de direitos autorais.

Por fim, destaca-se a ratificação da Convenção de Berna e da Convenção de Paris no ano de 1975. Também cumpre informar que o Brasil não é signatário dos mais recentes tratados internacionais, realizados pela OMPI em 1996 e 2012. Veja abaixo uma linha do tempo com a evolução da legislação da matéria de Direitos Autorais no Brasil.

Figura 11 Linha do tempo da evolução dos direitos autorais no Brasil

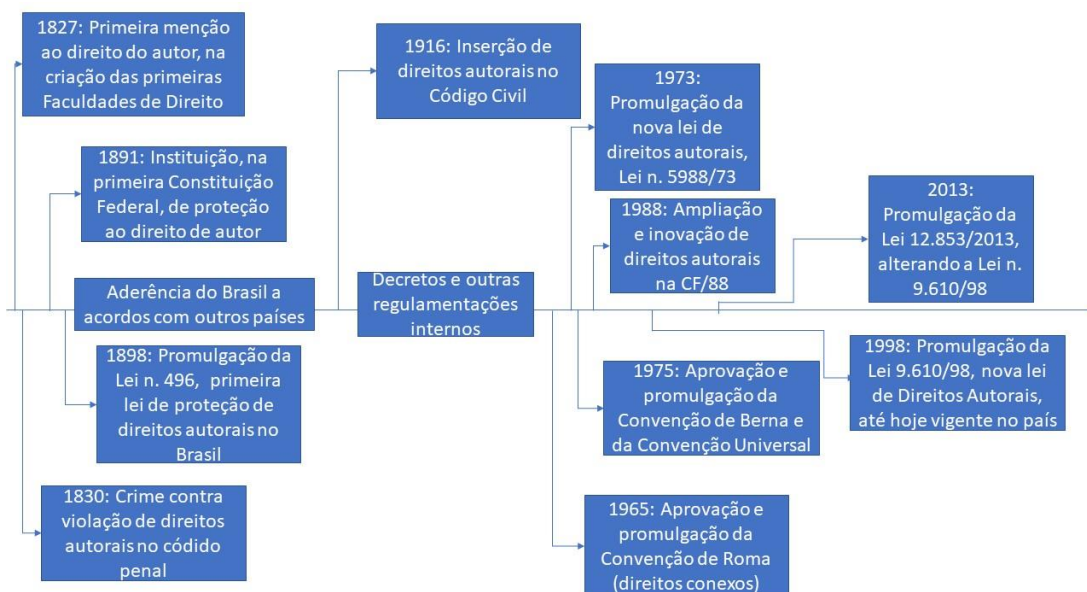


Figura criada pelo autor.

2.2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS

O artigo 1 da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (BRASIL, 1975), da qual o Brasil faz parte, explicita o objeto do tratado internacional, qual seja “a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas”. As obras literárias e artística, por sua vez:

abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências (BRASIL, Convenção de Berna, art. 2, 1)

Esse rol é apenas exemplificativo, sendo possível a existência de outras formas de obras literárias ou artísticas. É relevante, contudo, apontar que, em sua maioria, somente serão protegidas as obras fixadas em algum suporte material, ficando cada país responsável por determinar suas exceções.

A matéria que legisla acerca dessa proteção é denominada Direito de Autor, considerada, pela dogmática jurídica, uma espécie do gênero Propriedade Intelectual. Esta, por sua vez, pode ser considerada “a soma dos direitos que visam a conceder, por um determinado intervalo temporal, aos titulares de bens imateriais, frutos do espírito humano, o monopólio de sua fruição” (LIMA, 2019, p. 32)

A Propriedade Intelectual também possui como espécie a Propriedade Industrial que, como explicado na Convenção de Paris (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1883), em seu art. 1, §2º, é responsável por proteger as patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas de fábrica, comércio e serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, assim como a repressão da concorrência desleal.

Como visto, a Propriedade Industrial e os Direitos Autorais, apesar de estarem inseridos no âmbito das criações do intelecto, possuem objetos diferentes e, conseqüentemente, regras e procedimentos diferentes. Explicam Paranaguá e Branco (2009) que a Propriedade Industrial se encontra principalmente no âmbito do direito empresarial, possuindo um caráter mais utilitário. Seus objetos (patentes, desenhos industriais etc.), em geral, têm como finalidade solucionar problemas técnicos. O direito autoral, em geral, possui outro objetivo:

a composição de determinada música ou a realização de uma escultura ou uma pintura não põe fim a qualquer problema técnico. O que se pretende com essas obras

é tão somente estimular o deleite humano, o encantamento; o que se quer é causar emoção.

Embora esse requisito não seja indispensável para se proteger uma obra por direito autoral (afinal, programas de computador são protegidos por direito autoral embora o código-fonte tenha uma função muito mais utilitária do que emotiva), é um dos principais traços distintivos para que as obras sejam assim protegidas. (Paranaguá; Branco, 2009, p. 30)

Não obstante a importância mundial da Propriedade Industrial, no presente trabalho focaremos no esclarecimento dos aspectos mais relevantes acerca do direito autoral, a fim de responder à nossa questão: é legal a cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming*?

Dentro da seara nacional, atualmente o direito autoral possui fundamentação na Constituição da República, junto aos dignos dispositivos do artigo 5º:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [..]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (BRASIL, 1988)

Sua finalidade precípua, conforme ensina Netto (2019), é estimular o desenvolvimento sociocultural da sociedade através da proteção dos direitos individuais do autor pela criação da sua obra.

Ainda de acordo com Netto (2019), a compreensão e definição de direitos autorais foge da definição clássica da propriedade, à medida que seu surgimento independe de aquisição, transferência ou cessão de bem material. Uma obra autoral se materializa por um livro, um CD, uma gravação; no entanto, o direito autoral protege não o meio material de propagação da obra, mas sim a criação intelectual, o conteúdo propagado pelo meio material:

Assim, não é o livro, mas a obra literária, não é o jornal ou a revista, mas a obra jornalística, não é a tela, mas a obra de arte, não é o disco, mas a obra musical (contidas nesses suportes) que recebem a proteção jurídica no terreno dos direitos autorais. (NETTO, 2019, p. 46)

Seguindo a tradição continental europeia, os direitos autorais brasileiros prezam pela proteção ao autor da obra, e não somente a obra (como ocorre no sistema anglo-saxão). Portanto, a criação intelectual materializada cria, para o autor, direitos de ordem moral e patrimonial.

Os direitos morais encontram-se na esfera de direitos da personalidade, o que quer dizer que “1) encontra-se em um nexos estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico” (CUPIS, 1961, apud NETTO, 2019, p. 44). Dessa forma, são intransmissíveis e irrenunciáveis.

Os direitos morais de autor regulam-se pelos artigos 24 a 27 da Lei de Direitos Autorais (9.610/98), sendo que, de acordo com Branco (2013), podem ser subdivididos em: (1) direito de paternidade, (2) direito de Inédito; (3) direito de integridade à obra; (4) direito de modificar a obra; (5) direito de retirar a obra de circulação e (6) direito de o autor ter acesso a exemplar único e raro de obra sua.

Poderíamos discorrer por muitas páginas acerca da natureza dos direitos autorais morais, mas para o escopo desse trabalho, mais produtivo é entendermos profundamente os direitos patrimoniais do autor.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual explica ser este o direito que o seu titular tem de auferir recompensa financeira pela **utilização** do seu trabalho por outros, o qual é passível de transferência. (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2016)

Os direitos patrimoniais de autor são divididos entre duas espécies de titulares, aqueles que possuem o direito de autor propriamente dito e aqueles que possuem os direitos conexos. Da criação da música/letra nasce o direito de autor, sendo seu titular o verdadeiro criador da obra. Os direitos conexos, por sua vez, “são derivados do direito originário e igualmente reconhecidos como categoria de direitos autorais, conferidos aos agentes que auxiliam na produção e divulgação da obra: músicos, intérpretes, executantes, produtores fonográficos e editoras”, os quais já tiveram seu papel explicado anteriormente. (BITTAR, 2003, p. 152, apud CHAIM, p. 21)

Os direitos conexos possuem regulação internacional na Convenção de Roma e, no âmbito nacional, na Lei 9.610/98, no seu Título V:

Art. 89. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas. (BRASIL, 1998)

Como vemos, tanto os titulares de direitos de autor quanto direitos conexos tem legitimidade para auferir renda pela **utilização** de obra da qual criaram ou participaram da produção, sendo a divisão proporcional ao trabalho desempenhado e ao contrato firmado entre eles.

Netto (2019) explica os ensinamentos da doutrina clássica, de que existem basicamente duas as categorias de utilização de uma obra: reprodução, o legítimo *copyright* (fazer cópias) e representação, referente a interpretação de obras mediante ações como encenação e recitação.

Essa concepção clássica remonta às primeiras formas de proteção ao direito de autor, de alguns séculos atrás e, como explica Netto (2019), é improvável que elas consigam conter, em suas espécies, todas as modalidades possíveis de utilização de obra.

Assim, novas modalidades de utilização foram conceituadas. Em rol exemplificativo, a OMPI (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2016) dita algumas das principais utilizações atuais de obras autorais, previstas em tratados internacionais. De acordo com os ditames, os titulares podem autorizar ou proibir a:

- 1) Reprodução: é o direito mais antigo garantido ao titular, o legítimo *copyright*, ou seja, o ato de fazer cópias da obra. Por exemplo: fazer a cópia de um disco de músicas
- 2) Distribuição: de nada adiantaria, sob a perspectiva econômica, um titular permitir a reprodução de sua obra se não pudesse controlar, também, a distribuição das cópias, ou seja, o ato de transferir a obra original/cópia para outro titular. Por exemplo: o titular concede o direito de reprodução e distribuição de cópias de seu disco para uma empresa que irá fazer cópias dele e, posteriormente, distribuir entre lojas varejistas, que venderão ao público.
- 3) *Public Performance* (Execução Pública, em tradução do autor): é o ato de executar uma obra onde o público está ou pode estar presente. Por exemplo, a realização de um show onde músicas serão tocadas ao vivo, ou a execução de fonogramas (músicas gravadas) em uma balada.
- 4) Transmissão: é o ato de transmitir sons ou imagens, ou ambos, por meios sem fio, como rádio, televisão e satélite. Por exemplo, transmitir uma música pela rádio.
- 5) *Making Available to the Public* (tornar disponível ao público, em tradução do autor): com o surgimento das tecnologias digitais, especialmente a internet, que permitiram novas formas de comunicação interativa, em que o usuário pode escolher o que chegará até ele (por meio do seu computador, por exemplo), surgiram dúvidas sobre qual seria o uso da obra. Por esse motivo, a OMPI, no Acordo de Direitos Autorais (1996), criou o direito de tornar disponível ao público, de forma que cada pessoa possa acessar a obra onde e quando desejar. Muitas legislações nacionais inserem essa modalidade como uma forma de comunicação ao público ou distribuição.
- 6) Traduções: é o ato de expressar uma obra em uma língua diferente da original. Por exemplo, traduzir um livro.

7) Adaptação: é mais amplo do que tradução, sendo entendido como a criação de uma nova obra a partir de uma originária. Por exemplo, fazer um *remix* de uma música.

Todas essas modalidades de uso precisam de autorização do autor. Como é possível observar, uma obra pode gerar diversos tipos de utilização, as quais são independentes entre si. Ou seja, para cada tipo de utilização é necessária uma autorização específica e cada uma delas será um novo fator gerador de pagamento ao titular.

Ainda que contenham diversas similaridades, não existe uma sincronia perfeita entre os direitos patrimoniais contidos nos tratados internacionais e nas legislações nacionais. Aquelas servem de guia, mas dão liberdade ao legislador de cada país para constituir suas próprias classificações e conjuntos de regras.

No Brasil, essa gama de direitos é apresentada no artigo 29 da lei de direitos autorais que, por sua importância para esse trabalho, será reproduzido na íntegra abaixo:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

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

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

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

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

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

a) representação, recitação ou declamação

b) execução musical;

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

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

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

f) sonorização ambiental;

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

h) emprego de satélites artificiais;

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

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

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

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas. (BRASIL, 1998)

Como enxergamos, algumas das modalidades de utilização previstas pela OMPI encontram-se no direito nacional brasileiro, como é o caso da reprodução, distribuição, tradução e adaptação. Além dessas, cumpre-nos explicar brevemente o que são as modalidades dos incisos II, V, VIII e X, importantes para o nosso estudo:

- 1) Art 29, II - Edição: explicada mais profundamente no artigo 53 da lei de direitos autorais, a edição é o ato de reproduzir e divulgar a obra, em nome do titular, em caráter de exclusividade, publicá-la e explorá-la nas condições e prazos pactuados com o autor. Por exemplo, um compositor assina um contrato com uma editora para ela divulgar sua obra para artistas realizarem a gravação.
- 2) Art 29, V - A inclusão em fonograma ou produção audiovisual: também conhecido como direito de sincronização, é o ato de inserir uma obra dentro de outra. Por exemplo, inserir uma música dentro de um filme.
- 3) Art 29, VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante... (diversos canais): nesse inciso, nos parece que o legislador tentou generalizar o máximo de canais de propagação de uma obra. Ainda assim, o rol é exemplificativo.
- 4) Art. 29, X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas: aqui, também, o legislador procurou enfatizar que o rol não é restritivo, podendo advir novas modalidades de utilização, as quais estarão protegidas por lei.

A Lei de Direitos Autorais possui, ainda, um capítulo específico para falar sobre a modalidade de “Comunicação ao Público”, análoga ao supracitado *Performance Rights*, mas mais conhecido, no nosso direito interno, como direito de representação e execução pública. Veja-se:

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

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. (BRASIL, 1998)

Nos dois parágrafos, o termo “frequência coletiva” aparece, sendo indispensável para a caracterização da modalidade de utilização. O parágrafo terceiro do referido artigo exemplifica alguns dos locais considerados como de frequência coletiva, como teatros, cinemas, boates, bares, lojas, restaurantes, hotéis, entre outros, sendo todos ambientes físicos (nada se fala do mundo digital).

Portanto, qualquer representação ou execução pública, em locais de frequência coletiva, precisa de autorização expressa do titular do direito autoral. Vejamos como ocorre essa autorização na prática.

2.3 COMO E POR QUEM É FEITA A COBRANÇA PELOS DIREITOS AUTORAIS?

Conforme elucida Netto (2019), existem basicamente três formas de realizar a cobrança pelos direitos autorais:

- 1) Controle Direto: o próprio autor realiza a autorização e cobrança do que lhe é devido pela utilização da sua obra. É o caso do artista independente que não possui contrato com nenhuma editora de música ou gravadora.
- 2) Controle Indireto: o titular originário do direito delega o dever de autorização e cobrança para um titular derivado (cessionário do direito), para representantes ou administradores. É o caso, por exemplo, de um artista que tem um contrato com uma gravadora, responsável por autorizar e cobrar a utilização da sua obra.
- 3) Controle Coletivo: uma entidade de gestão coletiva de direitos autorais realiza a cobrança em nome dos seus associados para determinada modalidade de utilização da obra. É o caso, como veremos adiante, do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que faz a gestão dos direitos autorais por execução e representação pública no Brasil.

Como é possível imaginar, exercer o controle da utilização de uma obra é tarefa árdua. Imagine só um artista famoso tentando controlar todas as vezes que a música dele é utilizada para algum propósito. Seria impossível para o artista autorizar e cobrar por todas as utilizações, assim como impossível para o usuário solicitar autorização e realizar o pagamento para uma variedade de artistas.

Imagine a situação de um organizador de uma festa, onde irão tocar cinco *DJs* diferentes, cada um com seu *set* de músicas, cada uma com um autor diferente. Como seria possível o organizador da festa entrar em contato com cada um dos artistas para pedir autorização para utilização da música?

Por esse motivo, o controle indireto e o controle coletivo prevaleceram em relação ao controle direto para a atividade de gestão de direitos autorais.

A praxe da indústria musical, especialmente ao longo do século XX, consistia na realização de contratos de edição entre os artistas/compositores e as grandes gravadoras (que, como vimos, promoviam contratos 360, a fim de realizar a gestão completa da carreira do artista, inclusive a edição de sua obra), o denominado controle indireto. Nesses contratos, em

geral, o compositor realizava a cessão dos seus direitos de autor para que a editora ou a gravadora os administrasse, o que dependia da modalidade de utilização.

Isso significa que essas entidades eram responsáveis por promover a utilização da obra do autor, como por exemplo: divulgar a música para outros artistas gravarem; inserir a música em programas de televisão, novelas e filmes; reproduzir cópias de discos e distribuí-los; entre outras modalidades de utilização. Para isso, a editora/gravadora e o compositor/artista dividiam o percentual dos lucros.

Esse modelo facilitava o acesso à obra para seus usuários, que precisavam apenas solicitar às grandes gravadoras e editoras (poucas delas concentravam a maior parte dos artistas de renome) a autorização para utilização da obra. Por outro lado, artistas que não possuíam contratos com gravadoras ficavam à margem desse mercado. Hoje, como vimos no capítulo 2, existem também as administradoras de direitos autorais e as agregadoras digitais, que fazem o serviço de edição e distribuição para artistas independentes.

Uma modalidade de utilização de obras musicais ganhou especial atenção ao longo do século XX: a execução e representação pública. Tanto a lei autoral de 1973 quanto a de 1998 estabeleceram o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), responsável pela gestão **coletiva** de direitos autorais na modalidade supracitada, com monopólio legal para a execução dessa atividade. (CHAIM, 2016)

Na prática, os titulares de direitos autorais e conexos se reúnem em associações, responsáveis por representá-los judicial e extrajudicialmente, prestar assistência e administrar seus direitos patrimoniais no que se refere à execução e representação pública. As associações, por sua vez, se filiam ao ECAD, que centraliza todas as autorizações e cobranças pela utilização das obras nessa modalidade. Posteriormente, o ECAD repassa o dinheiro arrecadado para as associações, que o distribui entre os autores. Tanto as associações quanto o ECAD não possuem fins lucrativos, apenas recebem uma comissão para arcar com seus custos operacionais. (CHAIM, 2016)

Apesar do seu caráter não lucrativo, o ECAD esteve envolvido em escândalos de corrupção institucionalizada, enriquecimento ilícito de agentes, desvio de dinheiro, controle de mercado, entre outros graves problemas (NETTO, 2019), que culminaram em uma CPI no Senado, em 2012, e julgamento no Conselho Administrativo de Defesa Econômico, em 2013. Isso levou à criação da Lei 12.853/2013, objetivando uma maior regulação por parte do estado nas atividades de gestão coletiva de direitos autorais do ECAD.

De toda forma, o ECAD continua desempenhando suas funções e é agente importante na cadeia da indústria da música, responsável por recolher, nos últimos 4 anos (2017 a 2020) a média de 1 bilhão de reais por ano. (ECAD, 2021?)

Uma outra figura importante de gestão coletiva de direitos autorais que surgiu recentemente, com o advento da música digital, foi a União Brasileira de Editoras de Música (UBEM). Quando a Apple começou a comercializar músicas através do *iTunes* (no modelo de *download*), ela quis fazê-lo de maneira legal, pagando aos titulares de direitos autorais pela disponibilização da obra (*Making Available to The Public*).

No entanto, uma vez que a modalidade de utilização não se enquadraria como execução e representação pública, a cobrança não estava dentro da competência do ECAD; ou seja, a Apple deveria pagar às editoras (incluídas aqui as gravadoras, administradoras de direitos autorais e as agregadoras digitais), que realizariam a distribuição aos autores.

Sabendo da inviabilidade de pagar a cada uma das editoras individualmente, a Apple solicitou a criação de uma associação de editoras (UBEM), a qual ficaria responsável por receber os pagamentos da Apple (e, posteriormente, das outras plataformas que surgiram) e distribuí-los entre as editoras. Estas, por sua vez, distribuiriam os valores aos autores.

Essa modalidade de coleta de direitos autorais acabou se tornando um misto entre o controle indireto, por contar com as editoras, e a gestão coletiva, por ter um ente arrecadador centralizado.

Veja abaixo um resumo da coleta e distribuição de direitos autorais no Brasil:

Figura 12 Formas de coletar e distribuir direitos autorais na indústria da música. Imagem feita pelo autor

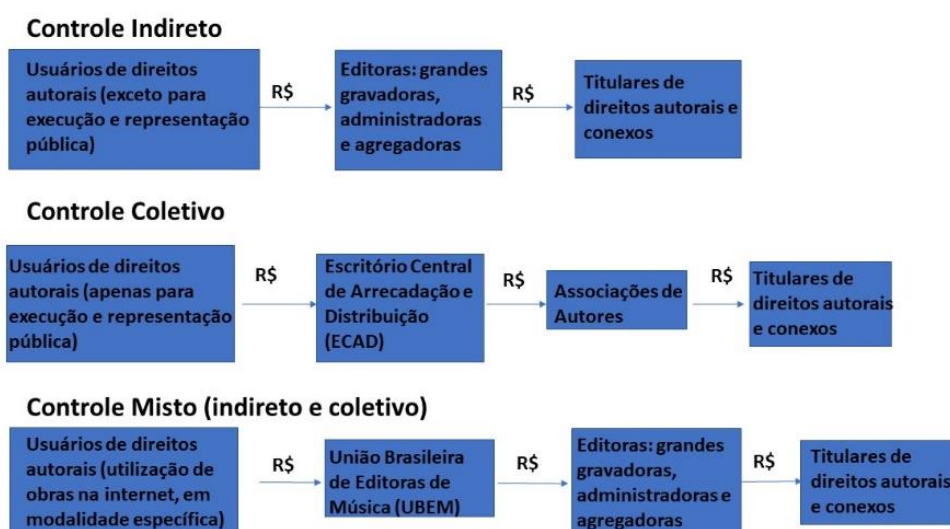


Figura criado pelo autor

Fazendo um apanhado geral deste capítulo, vimos que da criação de uma obra e sua produção surgem os direitos autorais e conexos. Os seus titulares possuem direitos morais,

estritamente relacionados com sua personalidade e, portanto, irrenunciáveis e intransferíveis, e direitos patrimoniais, que lhes permitem auferir renda pela utilização de suas obras.

Existem diversas modalidades de utilização de obras, como reprodução, distribuição e comunicação ao público, sendo que elas são independentes entre si; ou seja, cada uma delas precisa de autorização específica e é fato gerador de cobrança independente.

A concessão de autorização e a cobrança pela utilização pode ocorrer de maneira direta (pelos autores originários), indireta (por terceiros cessionários) ou coletiva (por entidade criada para esse propósito).

A modalidade de utilização de obra denominada “execução e representação pública”, regulada pelo art. 68 e seguintes da Lei de Direitos Autorais (9.610/98) é gerida coletivamente pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o qual é responsável por coletar e distribuir os valores aos autores. As demais modalidades de utilização não são geridas pelo ECAD, sendo os valores distribuídos diretamente às editoras (ou sua associação) ou aos autores.

Levando tudo isso em consideração, no próximo capítulo precisamos analisar: pode o *streaming* ser considerado execução pública, permitindo ao ECAD cobrar das plataformas por essa modalidade de uso?

3 A LEGALIDADE NA COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS POR EXECUÇÃO PÚBLICA NAS PLATAFORMAS DE *STREAMING* DE MÚSICA

3.1 A DIFICULDADE EM DETERMINAR A MODALIDADE DE UTILIZAÇÃO CORRETA

Como vimos, existem diversas modalidades de utilização de obras com direitos autorais, as quais remuneram o titular e exigem sua permissão. Dentre a gama de possibilidades, muitas vezes fica difícil compreender qual a modalidade de utilização incidente em determinado caso.

Mesmo se simplificarmos as possibilidades de utilização da obra às duas categorias clássicas, reprodução e representação, perceberemos que já é possível confundi-las:

vamos imaginar duas situações, retiradas de possibilidades concretas – e atuais – de utilização de obras intelectuais: (a) um determinado verso original retirado de um poema é utilizado em campanha publicitária de um produto, um refrigerante, por exemplo, que envolve filme publicitário para TV, *outdoors*, anúncios em emissoras de rádio, revistas e jornais; e (b) uma obra musical, registrada em partitura, é “lida” e executada por um computador.

Quais seriam os direitos de reprodução e quais os direitos de representação? Possivelmente, uma primeira conclusão nos levasse a considerar que os dois estariam presentes na primeira hipótese, e o segundo (*representação*) na segunda hipótese, tendo em vista, nesse caso, que a execução musical está contida, junto com a interpretação, no conceito de representação.

Nos dois casos a conclusão seria passível de dúvida. A questão é: quando a utilização da obra, total ou parcialmente, deixa de ser “reprodução” e passa a ser uma “representação”?

O verso transcrito em um anúncio de revista, jornal ou *outdoor* gera direito de reprodução. E se for “lido” (sem que seja “interpretado”) ao fundo de um filme publicitário – *com imagens do produto anunciado* – ou um anúncio de rádio? Geraria, nesse caso, “direito de representação” ou continuaria a ser ainda reprodução da obra utilizada consoante o interesse comercial do anunciante, que, possivelmente, não seria coincidente com a representação (*ao menos em relação à sua finalidade artística*) da obra?

A questão é pertinente. Mais evidente, ainda, é a segunda hipótese: seria “representação” a mera leitura e execução mecânica de uma partitura musical por um computador? É, realmente muito difícil concordar com tal conclusão, sendo mais viável considerá-la “reprodução”, na acepção ampla do termo, mas, certamente, mais adequada a se aproximar da hipótese. (NETTO, 2019, p. 264-265)

Reitera-se a questão proposta por Netto: quando a utilização da obra, total ou parcialmente, deixa de ser uma e passa a ser outra?

A situação agrava-se com a eclosão de novas tecnologias, especialmente a internet, que expande significativamente a possibilidade de difusão de obras autorais.

Conceição (2017) explica a tentativa inicial de utilizar obras na internet de forma legal, da Apple, por meio do iTunes. Informa que a principal característica desse serviço era o de realizar o *upload* (subir para a rede, em tradução do autor) das músicas para a rede e *making available* (torná-las disponíveis) para o público realizar o *download* do arquivo, ou seja, criar uma cópia (reprodução) da música no terminal do usuário final, o qual pagava por isso. Essa prática estava adequada ao estabelecido nos tratados da OMPI de 1996.

No entanto, com o aumento da banda larga, ocorreu a popularização do *streaming* no fim da década de 2000, modalidade em que a reprodução (cópia do arquivo), como era feita no *download*, foi substituída pela reprodução transitória e efêmera das obras. Além disso, como vimos, existem diversas modalidades de *streaming* (interativo, não-interativo, *simulcasting*, etc) e hoje existe ainda a possibilidade de se ouvir músicas *offline*, fazendo o *download* prévio do arquivo (que fica salvo apenas na plataforma de *streaming*). Ou seja, as possibilidades de utilização expandiram e a legislação não acompanhou.

A lei autoral brasileira, criada em 1998, procurou incorporar os conceitos do Tratado da OMPI de 1996, que dispunha sobre a utilização de obras na internet. No entanto, a dificuldade de se compreender a tecnologia, bem como a impossibilidade de adivinhar como ela evoluiria (para banda larga), tornou a lei incerta quanto as modalidades de utilização incidentes no *streaming*:

quando buscamos compreender juridicamente o fenômeno do *streaming* vemos que ele não se confunde automaticamente com apenas um direito patrimonial específico. Conforme a utilização feita na internet, há a incidência de diferentes gêneros de direitos que se combinam. Para que um *streaming* ocorra podemos encontrar atos como o upload, o download, o armazenamento na “nuvem” e a transmissão online. Em cada caso podemos identificar atos de reprodução, distribuição e comunicação

ao público combinados. Assim se dá em muitos dos serviços oferecidos por provedores de conteúdo e de aplicações na internet.

O debate conceitual oculta as suas consequências práticas, pois cada direito exclusivo comumente envolve distintos titulares a quem cabe cobrar e receber pela utilização da obra. **Em suma, a questão de fundo é a quem, como e quanto pagar.** (CONCEIÇÃO, 2017)

Além disso, ensina Conceição (2017), as grandes gravadoras, visando aumentar seus ganhos, lutam para receber os direitos autorais advindos da utilização do *streaming* por uma modalidade diferente da execução pública, uma vez que essa última é distribuída através do ECAD. Elas se recusam a reconhecer o *streaming* como uma modalidade de execução pública, com objetivo de receber integralmente todos os direitos autorais.

Portanto, pode-se perceber a dificuldade de determinar, de fato, quais as modalidades de utilização incidentes nas plataformas de *streaming* e, por consequência, a quem, como e quanto pagar.

O ECAD, por seu lado, já se envolveu em diferentes batalhas judiciais ao longo de sua história, visando obter o direito de cobrar direitos autorais por execução pública em determinadas situações.

É o caso, por exemplo, da controvérsia entre a necessidade de cinemas realizarem o pagamento por execução pública de música exibida em filmes, mesmo que o produtor do filme já tenha pagado pela sincronização da música ao autor. O REsp n. 106976-SP, de 1996, por mais que atenda à antiga lei de direitos autorais, entende que o pagamento é devido ao ECAD, decisão que vigora até hoje. Vejamos a ementa:

DIREITO AUTORAL. CINEMA. FILME. DIREITO AUTORAL DEVIDO PELA EXECUÇÃO DE MÚSICA INCLUIDA EM TRILHA SONORA DE FILME DEVE SER PAGO PELOS EXIBIDORES. ARTS. 89 E 73 DA LEI 5.988/73. RECURSO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1997)

Outro exemplo é o embate entre ECAD e entidades pública, sobre a legalidade da cobrança por execução pública em espetáculos promovidos pelo poder público gratuitamente, no REsp 524873 ES 2003/00296627-5. De novo, o ECAD saiu vencedor:

CIVIL. DIREITO AUTORAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESCOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA OBRA MUSICAL. LEI N. 9.610/98, ARTS. 28, 29 E 68. EXEGESE.

A utilização de obras em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz do novel Lei n. 9610/98, que não está mais condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.

Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2003)

Um terceiro caso emblemático se refere a cobrança por execução pública de hotéis e outros estabelecimentos que disponibilizam quartos pela simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores, como podemos ver no REsp 0002208-69.2010.8.26.0595 SP 2013/0132003-0:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES. QUARTO DE HOSPITAL. INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9610/98.

À luz das disposições insertas na Lei 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram. (BRASIL, 2015)

Como se depreende da lei e da jurisprudência, o ECAD pode cobrar execução pública tanto das rádios quanto daqueles que retransmitem a rádio em locais de frequência coletiva (como hotéis, hospitais, bares e restaurantes). Ou seja, o ECAD recebe duas vezes, na transmissão da rádio e na retransmissão, quando ocorre para locais de frequência coletiva.

É importante entendermos, portanto, que o ECAD é responsável pela arrecadação de toda a execução pública nacional. Uma vez que a lei não abrange todos os possíveis casos, a entidade luta judicialmente pelo direito de arrecadar em novas situações.

Foi o que o ocorreu também no recente caso do *streaming*. Percebendo o crescimento das plataformas, o ECAD não perdeu tempo e adentrou judicialmente em algumas batalhas contra elas. A mais notória é o *leading case* do STJ sobre o assunto, o REsp 1559264/RJ (2013/0265464-7), que julgou, em 2017, a legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming*. Veremos a seguir o desenrolar do caso.

3.2 O LEADING CASE NO RESP 1559264/RJ - STJ

O presente caso jurídico iniciou-se com a insurgência do ECAD contra a Rádio OI FM (TNL PCS S.A.), objetivando realizar cobrança pela execução pública de músicas que a rádio transmitia via *simulcasting* e *webcasting*, ou seja, respectivamente, transmitia via rádio e retransmitia na internet (*simulcasting*); e permitia a reprodução do programa posteriormente (*webcasting*).

Em primeiro grau, o juiz entendeu que a cobrança não era devida, uma vez que tais modalidades de *streaming* apenas reproduziam a programação da rádio, a qual já realizava o pagamento por direitos autorais. Assim, a cobrança pela reprodução via *streaming* consistiria em um *bis in idem*. Um segundo argumento utilizado pelo magistrado foi o de que a reprodução via internet não poderia ser considerada execução pública, pois não seria um local de frequência coletiva, mas apenas acessível por qualquer computador individual.

Lima (2019) alerta para as inconsistências na decisão de primeiro grau. Primeiro, em relação ao tratamento igual dado ao *simulcasting* e ao *webcasting*. Para chegarmos ao melhor conteúdo jurídico, é necessário separar essas duas modalidades, pois são diferentes na prática.

O *simulcasting*, sendo uma rádio *on-line*, por analogia com a rádio tradicional, pode ser considerado um local de frequência coletiva. A questão é se isso deve ser considerado novo fato gerador para pagamento de direitos autorais por execução pública. Nesse sentido, Lima (2019) explica que a rádio *on-line* pode ser originária (transmitida pela primeira vez na internet) ou derivada (retransmitida de uma rádio tradicional). Sendo originária, é elementar que deve ser realizada a cobrança, pois é um local de frequência coletiva. No entanto, sendo derivada (*simulcasting*), deveria nova cobrança ser realizada ou seria considerada *bis in idem*, uma vez que é paga na primeira transmissão? O assunto não foi exaurido pelo magistrado.

Em relação ao *webcasting*, o juiz negou o caráter de execução pública; o problema é que ele o fez ao compará-lo com o *simulcasting*, quando, na verdade, a primeira modalidade tem características totalmente diferentes, que realmente renovaram a maneira como escutamos música. À questão faltou uma análise mais aprofundada.

E em relação ao argumento de que a internet não seria local de frequência coletiva por ser acessada por computador individual, isso implicaria dizer que a televisão e o rádio, que também são acessadas individualmente, não seriam locais de frequência coletiva, quando, de fato, o são. Assim sendo, com respeito ao magistrado, não é possível considerar a decisão acertada.

Em segundo grau, sendo o ECAD o recorrente, venceu o voto que condenava a OI FM ao pagamento por execução pública na modalidade de *webcasting*, pelo motivo de que a apelada realiza o envio de informações através de pacotes e execução de arquivo e mídia em computador, os quais são recebidos direta e livremente pelo público em geral. Além disso, apesar de entender que as rádios *on-line* originárias têm o dever de pagar por execução pública, o entendimento foi de que as derivadas (*simulcasting*) não o tem, isentando, portanto, a OI FM dessa cobrança.

Merece atenção o fato de que o acórdão, ao autorizar a cobrança por *webcasting*, limitou-se a afirmar que existe execução pública “porquanto a apelada realiza o envio de informações através de pacotes e execução de arquivo e mídia em computador, destinados a serem recebidos direta e livremente pelo público em geral”. Mais uma vez, a decisão foi rasa na análise do tema, visto que a consecução da execução pública depende da disponibilização em local de frequência coletiva e não foi realizada a análise sobre se o *streaming webcasting* poderia ser considerado como tal.

Por conseguinte, ambas partes opuseram Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados e, em seguida, a OI FM interpôs Embargos Infringentes, o que culminou na decisão

de improcedência total da demanda do ECAD, reforçando a decisão de primeiro grau, sob o argumento de que:

no caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical está restrita apenas a localidade do usuário (BRASIL, 2017, p. 574)

Inconformado com a decisão em segundo grau, o ECAD interpôs recurso especial. Conforme depreende-se do voto, cingiu-se aos ministros definir se 1) é devida a cobrança de direitos autorais por execução musical na internet, nas modalidades de *webcasting* e *simulcasting*, aptas a gerar pagamento ao ECAD e 2) se a transmissão de música via *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra, sendo considerado novo fato gerador de cobrança.

Em fevereiro de 2017, após realizar audiência pública sobre a matéria, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria de 8 a 1, que tanto a modalidade de *webcasting* quanto *simulcasting* configuram execução pública de obra musical, sendo a internet local de frequência coletiva. Assim sendo, o ECAD tornou-se legítimo para realizar a cobrança devida pela utilização da obra nessa modalidade pelas plataformas de *streaming*.

Lima (2019), em sua profunda análise jurisprudencial, chama atenção para um ponto que considera alicerçado em premissas tortuosas no voto vencedor do ministro relator do caso, Ricardo Villas Bôas Cueva: o entendimento de que critérios como interatividade, simultaneidade na recepção de conteúdo e pluralidade de pessoas são irrelevantes para configurar execução pública.

Ao ver do ministro, “Público é agora a pessoa que está sozinha, mesmo em casa, e que faz uso da obra onde e quando quiser. [...] o fato de a obra intelectual estar à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet, por si só é capaz de tornar a execução musical pública”.

O voto vencido do Ministro Marco Aurélio Belize, na contramão, entendeu que o meio virtual não é um meio homogêneo, existindo ambientes privados, como e-mails, sites de contas bancárias etc. Nesse sentido, diz o ministro:

apenas as execuções lineares e não interativas, disponibilizadas de forma irrestrita e indeterminada – a todo e qualquer internauta que acesse o local e se limite a iniciar o processo (apertar o "play" ou ligar o aparelho) - reúnem as condições para caracterização de comunicação ao público por execução pública: local de frequência coletiva e execução indiscriminada, o que, no caso dos autos, fica limitada à execução via *streaming* classificada pelos próprios recorrentes como simulcasting. (BRASIL, 2017, p. 1013)

Dessa forma, o *webcasting*, modalidade interativa do *streaming*, não poderia ser considerado como execução pública, uma vez que “apenas viabiliza o consumo individual e

temporário, que será concretizado a partir da integração da vontade o consumidor, que optará por recebê-lo no momento que lhe convier”, nas palavras do ministro vencido. Ou seja, não pode ser considerado local de frequência coletiva.

Como vemos, enquanto Villas Bôas generalizou o ambiente da internet como sendo de frequência coletiva, Marco Aurélio foi mais realista ao observar que o meio não é homogêneo e que enseja diferentes modalidades de uso de obras intelectuais. Por consequência, diferentes direitos autorais incidentes para cada caso, o que nos parece mais acertado.

Em relação ao segundo ponto controvertido a ser analisado, o voto vencedor entendeu que a retransmissão via internet de rádio, configurando o *simulcasting*, constitui meio autônomo de utilização de obra intelectual, caracterizando um novo fato gerador para cobrança de direitos autorais.

Em resumo, o Recurso Especial, em sua resolução, decidiu que: 1) o *streaming* ocorre em local de frequência coletiva (na internet), portanto todas as plataformas devem realizar pagamento ao ECAD pela utilização de obras intelectuais na modalidade de execução pública; 2) o *simulcasting* (retransmissão de rádio tradicional em rádio *on-line*) é novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Mais uma vez, o ECAD venceu.

Netto (2019) esclarece, em sua doutrina, que, nos termos adotados pela nossa lei autoral, a utilização de obras intelectuais encontra-se inserida em 3 principais categorias: reprodução, distribuição e comunicação ao público, sendo que a internet contempla todos eles.

A reprodução, nos termos da Lei 9.610/98, consiste em “qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos”, o que na internet se refere, basicamente, ao *download*.

A distribuição, por sua vez:

nos meios digitais, nos termos do inciso IV do art. 5º da Lei n. 9.610/198, consiste na “colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência ou posse” e, nos termos do inciso VII do art. 29 do mesmo diploma legal, a: (...) distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita o usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário.

Observe-se, portanto, as características essenciais para configuração das duas hipóteses legais de distribuição digital:

Primeira: que haja “venda, locação ou qualquer outra forma de transferência ou posse” dos bens intelectuais disponibilizados ao público (art. 5º, IV, da Lei n. 9.610/1998); e

Segunda: que a oferta de obras ou produções distribuídas permita ao usuário realizar: (i) a “seleção da obra ou produção”; para percebê-la: (ii) “em um tempo ou lugar previamente determinados por quem formula a demanda”; e (iii) “nos casos

em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário” (art.29, VII, da Lei n. 9.610/1998). (NETTO, 2019, p. 362)

E por fim, a comunicação ao público nos meios digitais, conforme se depreende do inciso V do art. 5º da Lei 9.610/98, consiste no ato de colocar ao alcance do público por qualquer meio ou procedimento, desde que não seja distribuição de exemplares.

Ensina Netto (2019) que qualquer comunicação ao público, nos termos supracitados, enseja pagamento ao ECAD. O público pode ser tanto indefinido (nos casos, por exemplo, da TV aberta) quanto definido (por exemplo, TV por assinatura). Aliás, Netto cita 4 casos jurídicos, ocorridos tanto na vigência da lei autoral anterior quanto na atual, em que a justiça é clara ao afirmar que a transmissão via TV a cabo enseja pagamento ao ECAD, por tratar-se de comunicação ao público, ainda que definido.

Para o doutrinador, a analogia entre essa modalidade de transmissão e a internet é clara:

Fica nítida, portanto, a analogia dessas regras às transmissões (disponibilização ou comunicação ao público) de obras musicais e fonogramas musicais para o ambiente digital, bem como a consequente legitimidade de controle de direitos autorais pelo ECAD. Tendo em vista restar a posição legal de que o controle e a arrecadação de direitos autorais decorrentes da transmissão, disponibilização ou comunicação ao público – público este definido (no caso das transmissões “abertas”) ou indefinido (no caso das transmissões em sistemas “fechados”, por assinatura, por exemplo) – de obras musicais ou fonogramas sejam atribuição exclusiva do ECAD, aplica-se a qualquer modalidade de transmissão, conseqüentemente, é evidente a aplicabilidade dessa regra aos meios digitais de comunicação, em especial a notória rede mundial de computadores, denominada “internet”.

Nesse passo, qualquer utilização de obras musicais ou fonogramas que consista em sua colocação, em redes digitais, ao alcance do público – definido ou indefinido – “por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”– resultará em “comunicação ao público” e, assim, acarretará a obrigatoriedade de obtenção, pelo realizador dessa utilização, de autorização prévia do ECAD, responsável, por expresse comando legal, como já examinamos, pela gestão coletiva dos direitos autorais de todos os titulares das obras musicais e dos fonogramas respectivos.” (NETTO, 2019, p. 371)

Entende ainda Netto (2019), que não se deve confundir o regime de gestão coletiva exercido pelo ECAD em relação a “comunicação ao público” com o controle direto ou indireto exercido pelos titulares (próprios autores ou editoras) quanto a reprodução ou distribuição de suas obras. São modalidades independentes entre si e dependem de autorizações distintas, sendo que, no caso da internet, a distribuição pode coexistir com a comunicação ao público.

Nesse sentido, Netto (2019) elucida que a dupla autorização será necessária: 1) do ECAD, quando a obra for colocada ao alcance do público na internet; e 2) dos respectivos titulares, quando o usuário selecionar a música que deseja ouvir ou faça *download* dela, configurando nova modalidade de execução.

Netto reforça que essa dupla autorização só será necessária quando houver interatividade do usuário individual na escolha das músicas que deseja ouvir/realizar

download. A escolha de uma determinada rádio ou programação na internet que não permita ao usuário escolher especificamente a música que deseja ouvir não configura nova modalidade de utilização, estando restrito ao pagamento da emissora pela comunicação ao público ao ECAD.

Em resumo, Netto entende que a possibilidade de *download* ou seleção de obras musicais individualizadas na internet deve ser considerada como “distribuição” ou “reprodução” de obra, o que requer autorização dos titulares. Já o ato de **disponibilizar** para download/seleção é um ato de comunicação ao público, o que requer autorização do ECAD. Nessa toada, o *streaming* interativo requer dupla autorização, por compor 2 modalidades diferentes de utilização, enquanto o não interativo requer apenas autorização do ECAD, pela comunicação ao público.

Para Netto (2019), a própria Lei Autoral já deixou tudo isso expresso, sendo que o REsp 1559264/RJ não seria necessário para determinar a legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming*. Contudo, reconhece a importância da jurisprudência para esclarecimento da situação a todos.

Apesar de muito elucidativa a explicação de Netto, não nos parece certo afirmar que todas as modalidades de *streaming* de música devam pagar direitos autorais por execução pública ao ECAD. Conforme o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, a categoria de *streaming* não interativo (*webradio*), por sua similaridade com uma rádio tradicional (apenas mudando o meio de transmissão) deve, sim, pagar direitos autorais por execução pública.

No entanto, o mesmo não deve ser aplicado à categoria de *webcasting* (*streaming* interativo). Uma loja de CDs e discos, ao disponibilizá-los ao público para compra, não paga direitos autorais por execução pública; paga direitos autorais pela distribuição. Não seria a mesma situação com as plataformas de *streaming*? Afinal, a música não está sendo tocada em um ambiente de frequência coletiva. Ela só está disponível, assim como em uma loja de CDs. O comprador do CD irá ouvi-lo posteriormente no seu aparelho reproduzidor, para deleite próprio, assim como o assinante de serviço de *streaming* interativo.

Portanto, a mera disponibilização ao público deveria estar enquadrada como uma espécie do gênero “distribuição”, e não “comunicação ao público”. Nesse caso, não poderia existir cobrança por parte do ECAD.

Agora, o usuário de *streaming* que reproduz as músicas da plataforma em locais de frequência coletiva (por exemplo, um restaurante), esse sim deve pagar pela execução pública, como é a praxe. A plataforma de *streaming* interativo, não. Com respeito aos ministros do Superior Tribunal da Justiça que votaram favoravelmente ao ECAD, é necessário divergir

dessa decisão que assentou a legalidade na cobrança de direitos autorais por execução pública a toda e qualquer plataforma de *streaming*.

3.3 A SITUAÇÃO ATUAL DAS PLATAFORMAS DE *STREAMING* DE MÚSICA

Com a decisão proferida no REsp 1559264/RJ do STJ em 2017, as plataformas de *streaming* de música, hoje, são obrigadas a realizar pagamento ao ECAD pela utilização na modalidade de execução pública, tanto as interativas quanto as não-interativas.

De acordo com o FERREIRA (2020e), atualmente o pagamento ao ECAD pelas plataformas interativas ocorre por um percentual da sua receita, sendo que a divisão ocorre da seguinte maneira:

- 1) 30% da arrecadação total da plataforma (Spotify, Deezer, Apple Music, etc), fica com a própria plataforma
- 2) 70% são distribuídos a título de direitos autorais e conexos, sendo que:
 - a. 3% são pagos ao ECAD por execução pública;
 - b. 9% são pagos aos titulares de direitos autorais, chamados de “direitos fonomecânicos”, que basicamente é o direito de reprodução;
 - c. 58% são pagos aos titulares de direitos conexos, diretamente às gravadoras/selos/agregadores digitais.

O pagamento das plataformas de *streaming* dos direitos fonomecânicos ocorre para a União Brasileira de Editoras Musicais (UBEM), a qual distribui entre os titulares de direitos autorais (não conexos) (DIREITOS... 2019). Portanto, para receber o pagamento por direitos fonomecânicos, o titular do direito deve estar filiado a UBEM, seja por meio de sua editora, agregadora ou administradora.

Dessa forma, como podemos observar, atualmente as plataformas de *streaming* pagam direitos autorais por execução pública ao ECAD (controle coletivo); pela reprodução e distribuição (direitos fonomecânicos) às editoras, por meio da UBEM (controle misto); e diretamente aos titulares dos direitos conexos (controle direto).

Em que pese as plataformas distribuam 70% de toda a sua arrecadação à título de direitos autorais, vemos que a maior parte desse valor (58%) é pago diretamente às gravadoras, titulares de direitos conexos. O valor pago ao ECAD e à UBEM, que vai diretamente aos titulares de direitos autorais (não conexos) é pequeno em comparação ao pagamento às gravadoras.

Isso acarreta, como vimos, a felicidade das gravadoras, que veem sua receita sendo recuperada após a queda das vendas de disco físico, e a contínua insatisfação de compositores e artistas com o recebimento da porção mais fina da divisão da receita de direitos autorais.

Quase ao fim deste trabalho, cumpre informar que, sem aprofundar-se nas razões, descobriu-se que as plataformas de *streaming* pagam pela correspondente modalidade de execução pública nos Estados Unidos e na Europa.

Nos Estados Unidos, o valor pago pela execução pública é subtraído do valor pago pela utilização em outras modalidades (INDIE MUSIC ACADEMY, 2020). Ou seja, o valor total pago aos titulares de direitos de autor não varia, apenas é dividido entre as modalidades. A média de pagamento das plataformas de *streaming* para os titulares de direitos autorais não conexos, nos EUA, é de 12%. Desses 12%, uma parte é distribuída a título de direitos de execução pública e a outra parte a título de direitos fonomecânicos. (MANNAT, 2016)

Isso levantou alguns questionamentos ao autor: não seria assim também no Brasil? Ou seja, será que anteriormente à decisão do STJ já se pagava 12% aos titulares de direitos autorais não conexos, e a decisão apenas dividiu o valor em 3% para execução pública e 9% para direitos fonomecânicos? Se for o caso, qual a real efetividade da cobrança de direitos autorais por execução pública para os titulares? Apenas muda-se o ente arrecadador?

É claro que para isso seria necessária uma análise mais aprofundada de como ocorre a divisão por cada um dos entes, para saber o que de fato mudaria. Mas a questão é pertinente para compreender a efetividade da decisão para aqueles que ela se propõe a ajudar.

Além disso, ocorreu ao autor: por que 58% são direcionados aos titulares de direitos conexos? Não seria essa má divisão que acarreta a insatisfação dos titulares de direitos autorais não conexos? Como isso é definido? Acredita-se também que seja um relevante tema a ser levantado para estudo, pensando, novamente, nas consequências práticas das definições legais abordadas nessa monografia para a classe artística.

Sugere-se, ainda, a realização de um estudo comparativo entre a legislação brasileira e dos Estados Unidos. O motivo para isso é o fato de que a base do direito autoral americano é o *copyright* anglo-saxão, especialmente centrada nos direitos patrimoniais e, como vimos, países com essa tradição possuem legislação mais aprofundada sobre o aspecto econômico do direito autoral. Além disso, os Estados Unidos são o maior mercado mundial da música e recentemente decretaram o *Music Modernization Act* (Lei de Modernização da Música, em tradução livre), a qual dispõe profundamente sobre a internet e plataformas de *streaming*.

CONCLUSÃO

Nossa jornada para compreender se é legal a cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming* de música perpassou diversos aprendizados.

Inicialmente, investigamos a evolução da música e das suas formas de propagação. Vimos que os seres humanos, já na pré-história, procuravam imitar os sons da natureza, que lhes soavam bem, sendo o princípio da composição musical. Em seguida, verificamos que a música, até o fim do século XIX, era disseminada exclusivamente através de apresentações ao vivo, quando, em geral, o público se reunia para apreciá-la.

A primeira criação que permitiu gravar e reproduzir sons foi o fonógrafo, criado pelo gênio Thomas Edison, mas suas limitações o levaram a ser substituído pelo gramofone, que foi o aparelho que permitiu a ampla reprodução de discos. Ao longo do século XX, o estado da arte tecnológico foi moldando a cultura musical, que em alguns aspectos até hoje se perpetua, como a realização de singles de, em média, 3 minutos, e a realização de álbuns conceituais.

Após passarmos pelas fases do disco de vinil, fita cassete e CDs, iniciou-se uma nova era: a criação da música digital, com o MP3, e sua ampla propagação através da internet. Por um lado, essa tecnologia tornou a música muito mais acessível ao público. Se antes era necessário reproduzir milhares de cópias físicas de discos e CDs, com alto custo de produção e aquisição, o século XXI se viu à apenas alguns cliques de alcance de milhares de músicas, com custo baixíssimo (ou até mesmo inexistente).

Por outro lado, a digitalização foi a desgraça da indústria musical, que se viu destronada pela sua nova concorrente: a pirataria na internet. As receitas da indústria caíram drasticamente e, apesar de suas diversas tentativas de luta, o compartilhamento livre de arquivos da internet se manteve vivo e crescente até os dias de hoje.

O cenário apenas começou a se reverter quando um novo *player* ganhou relevância no cenário internacional: as plataformas de *streaming* de música. Escorados na evolução da banda larga e dos novos aparelhos reprodutores de sons (especialmente os *smartphones*), o *streaming* surge como um novo modelo para ouvir música: o fluxo constante de dados, que permite a audição de uma música sem necessidade de realizar seu *download* e armazená-la.

A facilidade para acessar milhões de músicas em uma única plataforma sem necessitar de muito espaço de armazenamento, aliada a segurança contra *malwares* e vírus na internet, popularizaram de forma exponencial as plataformas de *streaming* ao longo da segunda década do milênio. Já são mais de 400 milhões de usuários que pagam pelo serviço que, diga-se de passagem, possuem preços extremamente acessível. E esse número não para de crescer.

O crescimento do *streaming* trouxe consigo a ressurreição da indústria musical. Em menos de 10 anos, a participação do *streaming* na receita da indústria cresceu de 0.4 bilhões, em 2010, para 13.4 bilhões, em 2020, se tornando a principal fonte de receita. A indústria musical se vê, novamente, alcançando seus dias de ouro.

Contudo, a felicidade de uns nem sempre é a felicidade de outros. Consumidores felizes com a facilidade de acesso à música e grandes *players* da indústria musical vendo sua receita crescer contrastam com os compositores e artistas, que se frustram com a menor fatia do bolo que recebem das plataformas. Essa frustração se traduz em reclamações contra as plataformas, mas estas, por sua vez, também não se encontram em posição confortável: ano a ano, prejuízos milionários são contabilizados e o que as mantém vivas é a injeção de capital por seus investidores.

De todo modo, o modelo de negócio do *streaming* continua crescendo e chamando a atenção pelo mundo. Nessa toada, indagações práticas e jurídicas surgem, como ocorre com qualquer nova tecnologia que transforma a sociedade. Uma dessas perguntas que gerou grande discussão recentemente é se as plataformas de *streaming* de música, de todos os tipos, devem pagar direitos autorais por execução pública, a qual é o objeto deste trabalho.

Para responder essa pergunta, precisamos mergulhar no universo dos direitos autorais. Percorremos sua história, desde os primórdios, com a criação do *Copyright* anglo-saxão para proteção dos direitos econômicos do autor, até a expansão dos direitos autorais para seu aspecto subjetivo, na cultura continental europeia iniciada na França, o *Droit D'auteur*. Vimos como o contraste entre essas duas concepções foi determinante na construção da legislação internacional sobre o assunto, mas que a concepção econômico-subjetiva do *Droit D'auteur* prevaleceu e, hoje, a maior parte dos países coaduna com a importância dos direitos morais do autor, incluindo o Brasil.

No nosso país, a matéria surgiu pela primeira vez em 1827, junto a criação da primeira faculdade de direito do Brasil, e evoluiu significativamente ao longo do século XX, consolidando-se a Lei de Direito Autoral nº 9610/1998 no final do século, a qual perpetua até hoje.

A matéria de direitos autorais está inserida no domínio da propriedade intelectual, que protege obras de criação do espírito humano. O direito autoral tem a função de proteger, especialmente, obras artísticas, literárias e científicas, nos âmbitos moral e patrimonial. O primeiro deles se refere ao direito pessoal que o criador da obra possui sobre ela, por exemplo, reivindicar, a qualquer tempo, sua autoria, sendo intransferível e irrenunciável.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, referem-se à exclusividade que seu titular tem de utilizar, fruir e dispor da sua obra, os quais são transferíveis e renunciáveis. Como consequência desse direito, dependerá da autorização do titular qualquer modalidade de utilização da sua obra. As modalidades de utilização são variadas e independentes entre si, sendo as mais comuns a reprodução, a distribuição e a comunicação ao público, que são reguladas internacionalmente de forma exemplificativa, sendo a legislação nacional responsável por trazer suas definições.

Na prática, é muito difícil para um titular de direitos autorais exercer o controle de uso sobre sua obra. Por esse motivo, foram criadas entidades para exercer esse controle, seja mediante cessão ou licença (controle indireto; editoras, gravadoras, administradoras) ou pela gestão coletiva, geralmente instituída por lei.

No Brasil, a modalidade de utilização “comunicação ao público”, mais conhecida como “execução pública”, que se refere a utilização de obras musicais em locais de frequência coletiva, possui gestão exercida coletivamente, tendo sido delegado, por lei, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) para essa função. Reforça-se: o ECAD é responsável apenas pela arrecadação dessa modalidade de direitos autorais patrimoniais, sendo que outras modalidades ficam a cargo do titular ou de seus cessionários. Assim sendo, o ECAD, apesar de diversos escândalos em que se envolveu, vem, desde 1973, realizando essa função no âmbito nacional.

A definição de qual modalidade recai sobre determinada utilização pode ser complicada. Diversos exemplos demonstram isso, ainda mais no mundo digital em que vivemos hoje, com cada vez mais possibilidades de utilização. No caso da “execução pública”, essa dificuldade também existe, o que levou o ECAD a se envolver em diversas batalhas judiciais para determinar se, naquele caso específico, o pagamento por execução pública lhe seria devido.

Nessa seara, a propagação das plataformas de *streaming* fez surgir também a dúvida se seria legal a cobrança, pelo ECAD, nesse caso. A dúvida culminou no processo judicial do ECAD contra a OI FM, plataforma de *streaming* de música nas modalidades *webcasting* e *simulcasting*.

Em que pese diversos tribunais, em primeiro e segundo grau, estarem decidindo pela não caracterização do *streaming* como modalidade de execução pública, a demanda contra a OI FM chegou no STJ, no REsp 1559264/RJ e, ali, os ministros decidiram por maioria que, sim, o *streaming*, em todas as suas modalidades, pode ser considerado execução pública, ensejando pagamento ao ECAD.

Aceitamos com ressalvas o voto do ministro vencedor, especialmente no que se refere à sua compreensão de que a internet, como um todo, é local de frequência coletiva e, portanto, toda e qualquer plataforma de *streaming* deve pagar por execução pública. Nos parece mais acertado o voto vencido do ministro Marco Aurélio, que entende que a internet não é um local homogêneo e não pode ser generalizada como local de frequência coletiva. Nesse sentido, analisa que nem todas as modalidades de *streaming* devem realizar pagamento por execução pública.

O contemporâneo doutrinador, magistrado e letrista José Carlos Costa Netto, mediante brilhante explicação, posicionou-se favorável ao voto vencedor no STJ. Demonstrou que, na verdade, não seria necessária a realização de tal processo, uma vez que é possível chegar à conclusão, pela lei, que o *streaming* deve ser enquadrado na modalidade de execução pública.

Divergimos, no entanto, do entendimento de Netto. A analogia da plataforma de *streaming* interativa com uma loja de CDs nos parece mais assertiva, uma vez que a música apenas está disponível ao público para compra e para deleite pessoal posterior. Assim, acreditamos que a modalidade de utilização existente no caso da plataforma de *streaming* interativa seja a distribuição, a qual não enseja cobrança por parte do ECAD pela execução pública.

Com isso em vista, chegamos à conclusão de que, sob o atual entendimento da legislação, é legal a cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming*. No entanto, tal entendimento, sob a ótica do autor, encontra-se equivocado no que se refere às plataformas de *streaming* interativo. Seria necessário, nesse sentido, separar as diferentes modalidades de *streaming*, sendo permitido a cobrança pelo ECAD apenas às plataformas não-interativas.

Vimos que, na prática, as plataformas de *streaming* interativo distribuem cerca de 70% da sua receita a título de direitos autorais, mas apenas 3% disso é pago ao ECAD pela modalidade de execução pública. O restante é pago para outras modalidades de utilização e, portanto, a outros gestores.

Percebemos que, mesmo o ECAD saindo vencedor da batalha contra o *streaming* e realizando a cobrança por execução pública, os titulares de direitos autorais não conexos ainda se encontram insatisfeitos com as quantias recebidas, visto que a maior parte do valor distribuído pelo *streaming* é direcionado às grandes gravadoras (titulares de direitos conexos). Mostra-se relevante a compreensão dos motivos que levam à essa proporção na distribuição em futuras pesquisas.

Levantou-se, ainda, a questão de que, na Europa e nos Estados Unidos, existe cobrança de direitos autorais por execução pública nas plataformas de *streaming* de música, as quais também merecem atenção em futura pesquisa para compreender suas razões e, assim, ajudar o legislador nacional na sua tomada de decisão.

Também trouxe o autor o questionamento sobre a real efetividade prática de uma cobrança de direitos autorais pelo ECAD, uma vez que esses direitos já poderiam estar sendo distribuídos por outros meios, mudando-se apenas o ente intermediador. Também é um certame que merece aprofundamento e fica de sugestão para futuros pesquisadores.

Por fim, lembremos que a legislação mundial sobre direitos autorais tem o objetivo de proteger a criatividade humana e os titulares de obras, em equilíbrio com o direito de acesso à cultura da sociedade, para se alcançar um maior desenvolvimento social, cultural e econômico. Que esse estudo possa ser um agregador de conhecimento para toda a cadeia envolvida na música e no direito, ajudando no aperfeiçoamento da indústria musical e da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Thiago Lobão de; NAKANO, Davi Noboru. Avaliação dos Modelos de Governança da Cadeia da Indústria Fonográfica Pré e Pós-Internet. **Novos Olhares**, [S.L.], v. 1, n. 2, p. 22-31, 14 mar. 2013. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2238-7714.no.2012.55397>.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor** – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BRANCO, S. A natureza jurídica dos direitos autorais. **civilistica.com**, v. 2, n. 2, p. 1-26, 24 jun. 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 maio 2021.
- BRASIL. Decreto nº 75699, de 06 de maio de 1975. **Convenção de Berna**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 07 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 07 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 0002208-69.2010.8.26.0595/SP 2013/0132003-0. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. Brasília, DF, 08 de maio de 2015. **Diário da Justiça**. Brasília.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 106976/SP 1996/0056536-8. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1997. **Diário da Justiça**. Brasília.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1559264. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 mar. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 524873/ES 2003/0029627-5. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 22 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**.
- CAVINI, Maristella Pinheiro. **História da Música Ocidental**: uma breve trajetória desde a pré-história até o século xvii. São Carlos: Edufscar, 2011. 172 p.
- CHAIM, Caio Eduardo Cormier. **Gestão coletiva de direitos autorais na música**. 2016. 135 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- CONCEIÇÃO, Samuel Barichello. **Os direitos autorais e a revolução digital**: do porto seguro à nau em deriva (parte 2 de 3). 2017. Disponível em: <http://revistaconstrucao.org/economia-digital/os-direitos-autorais-e-a-revolucao-digital-do-porto-seguro-a-nau-em-deriva-ii/>. Acesso em: 07 maio 2021.

CRISTOFARO, Flávio Savio. **A evolução dos tratados internacionais sobre direito autorial**: reflexos do antagonismo entre droit d'auteur e copyright. reflexos do antagonismo entre Droit D'auteur e Copyright. 2015. Disponível em: <http://bsbcadvogados.com.br/publicacoes/a-evolucao-dos-tratados-internacionais-sobre-direito-autoral-reflexos-do-antagonismo-entre-droit-dauteur-e-copyright-2/>. Acesso em: 07 maio 2021.

CROWL, Harry. Criação musical erudita e a evolução das mídias: dos antigos 78rpms à era pós-CD. In: PERPETUO, Irineu Franco; SILVEIRA, Sergio Amadeu da (org.). **O futuro da música depois da morte do CD**. São Paulo: Momento Editorial, 2009. p. 143-159.

CUPIS, Adriano de. Os direitos de personalidade. Trad. para o português de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DIAS, Marcia Tosta. Indústria fonográfica: a reinvenção de um negócio. In: BOLAÑO, César; GOLIN, Cida; BRITTOS, Valérios (org.). **Economia da Arte e da Cultura**. São Paulo: Itaú Cultural, 2010. p. 165-183.

DIREITOS Autorais nas Plataformas Digitais - Fonomecânico. [S.L]: Bruna Campos, 2019. (9 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s8cYOfIp7hw&t=269s>. Acesso em: 07 maio 2021.

ECAD. **Resultados**. 2021?. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/o-ecad/resultados/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 07 maio 2021.

EDISON Wax Recording, Guitar & Vocals. Nova Jersey: County College Of Morris, 2012. (3 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4wtifAGsV3k>. Acesso em: 07 maio 2021.

ERNANI, Felipe. **Músicos detonam presidente do Spotify após declarações polêmicas**. 2020. Disponível em: <https://www.tenhomaisdiscosqueamigos.com/2020/08/03/musicos-detonam-presidente-spotify/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FERREIRA, Luiz. **Conheça as diferenças entre uma editora tradicional e uma administradora de direitos autorais**. 2020c. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/06/10/diferencas-entre-uma-editora-tradicional-e-uma-administradora-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FERREIRA, Luiz. **Conheça as editoras de música**. 2020b. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/06/03/conheca-as-editoras-de-musica-parte-1/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FERREIRA, Luiz. **Conheça os Agregadores de Música**. 2020d. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/07/10/conheca-os-agregadores-de-musica/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FERREIRA, Luiz. **Entenda o papel das gravadoras na carreira do artista**. 2020a. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/05/27/entenda-o-papel-das-gravadoras-na-carreira-do-artista/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FERREIRA, Luiz. **Saiba como funciona a divisão de percentuais nas plataformas digitais**. 2020e. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/07/15/saiba-como-funciona-a-divisao-de-percentuais-nas-plataformas-digitais/>. Acesso em: 07 maio 2021.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da Antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (org.). **Da rádio ao streaming: ecad, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 392 p.

GOMES, Rodrigo M.. Do Fonógrafo ao MP3: algumas reflexões sobre música e tecnologia. **Revista Brasileira de Estudos de Canção**, Natal, v. 5, n. 5, p. 73-82, jun. 2014.

HIGA, Paulo. **Por quanto tempo o Spotify vai sobreviver?: previsão do tempo para os serviços de streaming de música: fortes tempestades**. Previsão do tempo para os serviços de streaming de música: fortes tempestades. 2016. Disponível em: <https://tecnoblog.net/188084/streaming-musica-prejuizo/>. Acesso em: 07 maio 2021.

INDIE MUSIC ACADEMY. **Music Royalties Explained: The Ultimate Guide for 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.indiemusicacademy.com/blog/music-royalties-explained>. Acesso em: 07 maio 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. **Digital Music Report 2015: charging the path to sustainable growth**. [S.L]: [S.N], 2015. Disponível em: https://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/06_Publikationen/DMR/ifpi_digital-music-report-2015.pdf. Acesso em: 07 maio 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. **Global Music Report 2021**. [S.L]: [S.N], 2021. Disponível em: <https://gmr2021.ifpi.org/report>. Acesso em: 07 maio 2021.

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais. **Fronteiras - Estudos Midiáticos**, [S.L.], v. 17, n. 3, p. 302-311, 15 set. 2015. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/fem.2015.173.04>.

LAMUSIC,. **Você sabe a diferença entre obra e fonograma?: aprenda a proteger suas músicas**. Aprenda a proteger suas músicas. 2020. Disponível em: <https://www.lamusic.com.br/2020/04/30/voce-sabe-a-diferenca-entre-obra-e-fonograma-aprenda-a-protger-suas-musicas/>. Acesso em: 07 maio 2021.

LIMA, Sílvio Latache de Andrade. **O streaming e possibilidade de proteção de obra musical por direitos autorais de execução pública**. 2019. 69 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Indústrias Criativas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

MANNAT. **U.S. Music Streaming Royalties Explained**. 2016. Disponível em: <https://www.manatt.com/Manatt/media/Media/PDF/US-Streaming-Royalties-Explained.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

MISS Americana. Direção de Lana Wilson. [S.L]: Caitrin Rogers, Morgan Neville, Christine O'Malley, 2020. Son., color. Disponível em: <https://www.netflix.com/>. Acesso em: 07 maio 2021.

MIYAZAWA, P. 2014. Para diretor do Spotify, produto não “canibaliza” indústria fonográfica. Rolling Stone Brasil. Disponível em: <http://rollingstone.uol.com.br/noticia/para-diretor-do-spotify-produto-nao-canibaliza-industria-fonografica>. Acesso em: 28/05/2014.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Tratado Internacional Isbn nº 92-805-0300-6, de 20 de março de 1883. **Convenção de Paris Para Proteção da Propriedade Industrial**. Paris, n. 201.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Fgv, 2009.

PASTUKHOV, Dmitry. **How Does the Music Industry Work?** 2019. Disponível em: <https://soundcharts.com/blog/mechanics-of-the-music-industry>. Acesso em: 07 maio 2021.

PRATA, Thiago. **Plataformas de streaming x artistas: declarações do presidente do spotify geram debates e embates**. declarações do presidente do Spotify geram debates e embates. 2020. Disponível em: <https://www. hojeemdia.com.br/almanaque/plataformas-de-streaming-x-artistas-declara%C3%A7%C3%B5es-do-presidente-do-spotify-geram-debates-e-embates-1.799682>. Acesso em: 07 maio 2021.

RAJU, J; ZHANG, Z. **O preço inteligente: Estratégias inovadoras de preços para criar valor e transformar mercados; tradução de Ricardo Bastos Vieira**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2011

SILVA, Rafael Alexandre da. Do gramofone ao live streaming: a evolução dos modos de escutar música - algumas implicações. **Revista da Tulha**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 251-264, 24 nov. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2447-7117.rt.2015.107706>.

VAN HAANDEL, J. C. I; VAN HAANDEL, F. P. V. Por uma classificação dos produtos do webcasting sonoro. In: **Anais eletrônicos do II Simpósio Nacional da ABCiber – Associação Brasileira de Pesquisadores em Cibercultura – PUC-SP**, 2008.

VICENTE, Eduardo; KISCHINHEVSKY, Marcelo; MARCHI, Leonardo de. A consolidação dos serviços de streaming e os desafios à diversidade musical no Brasil. **Eptic**, Sergipe, v. 20, n. 1, p. 25-42, abr. 2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Understanding Copyright and Related Rights**. 2. ed. Geneva: [S.N], 2016. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf. Acesso em: 07 maio 2021.