



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FREDERICO CAVALCANTI DE MENDONÇA FILHO

EXECUÇÃO MUSICAL NA LEI N° 12.853/2013
Uma análise acerca do sistema de fiscalização, arrecadação e distribuição promovido
pelo ECAD à luz da reforma da LDA.

RECIFE

2017

FREDERICO CAVALCANTI DE MENDONÇA FILHO

EXECUÇÃO MUSICAL NA LEI N° 12.853/2013

Uma análise acerca do sistema de fiscalização, arrecadação e distribuição promovido pelo ECAD à luz da reforma da LDA.

Monografia Final de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profº. Torquato de Castro.
Área de estudo: Direito Civil.

RECIFE

2017

*“Apesar de você
Amanhã há de ser
Outro dia
Inda pago pra ver
O jardim florescer
Qual você não queria
Você vai se amargar
Vendo o dia raiar
Sem lhe pedir licença
E eu vou morrer de rir
Que esse dia há de vir
Antes do que você pensa”
Chico Buarque (Apesar de você)*

*“He thought what a fine thing it was that
people made music all over the world, even in
the strangest settings – probably even on polar
expeditions.”*

— Thomas Mann, The Magic Mountain

Dedico este trabalho a todos os músicos que, em virtude do seu talento e sensibilidade, fazem com que os (usuais) poucos minutos de duração de suas obras musicais, mesmo findando rapidamente no equipamento de som, perdurem para sempre em nossas mentes e em nossa alma. E também à todos aqueles que, assim como eu, não são dotados de talento musical, entretanto, realizam com esmero a arte de apreciar, afinal, muitos ouvem música, mas poucos realmente a escutam.

RESUMO

O presente trabalho, tendo em vista o momento único de facilidade no acesso à cultura que vivemos e a ampla produção musical nos dias atuais, com suas variadas formas de execução pública, busca fazer uma análise da importância social e histórica das chamadas obras estéticas, em especial, a música, ao mesmo tempo em que observa a evolução dos apartos legais disponibilizados pelo Direito de Autor para se adequar à essa nova dinâmica. Acerca da execução pública, trará uma explanação minuciosa sobre as diversas polêmicas envolvendo o ECAD e as inovações trazidas pela Lei 12.853/2013.

Palavras-chaves: Direito de Autor. Lei 12.853/2013. Obras musicais. Execução pública. ECAD

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. A IMPORTÂNCIA SOCIAL DAS OBRAS ESTÉTICAS.....	10
1.1 Individualidade x Coletividade.....	11
1.2 Arte e Democracia.....	12
1.3 O Papel da Música no Regime militar brasileiro.....	14
1.4 A Música Como Maior Expoente das Artes.....	16
2. DIREITO DE AUTOR.....	17
2.1 Direitos Morais e Patrimoniais.....	19
2.2 Obras Musicais e sua Utilização Econômica.....	23
3. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD).....	30
3.1 Sistema de arrecadação e Distribuição de Verbas.....	30
3.2 Polêmicas em torno do ECAD.....	32
3.3 Lei 12.853/2013.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

INTRODUÇÃO

O Direito de Autor, denominação mais utilizada pelos legisladores e doutrinadores nos dias atuais, juntamente com o neologismo, Direito Autoral, introduzido por Tobias Barreto no final do século XIX, é um ramo do Direito Privado destinado à proteção de obras de caráter estético, ou seja, obras intelectuais que sirvam como agentes de transmissão de conhecimento ou sensibilização. O direito de autor engloba, desta forma, obras literárias, artísticas e científicas.

As definições para essas três categorias de obras estéticas nos são reportadas pela professora Dina Herrera Sierpe, de acordo com o que consta no Glosario de Termos Jurídicos de Derecho de Autor y Derechos Conexos, da OMPI (Organización Mundial da Propriedade Intelectual):

Obra literária: “Se entiende que generalmente alude a todas las formas escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad. Es un concepto más amplio que el que en un sentido estricto se entiende por tal”.

Obra artística: “Es una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla (pinturas, dibujos, esculturas, grabados y, para algunas legislaciones, las obras de arquitectura, fotográficas, las obras musicales y las de arte aplicado)”.

Obra científica: “Referindose a la interpretación del término ‘científica’ en el ámbito del derecho de autor, Arpad Bogsh, en su obra *El derecho de autor según la Convención Universal*, señala: La utilización de la palabra ‘científica’ es desafortunada. El carácter científico de una obra no tiene importancia desde el punto de vista del derecho de autor. Un libro de medicina, un mapa estadístico, un film geográfico, están protegidos por ser un libro, un dibujo, o una película cinematográfica, y no porque traten de medicina, estadística o de geografía.

“Por su parte, el Glosario OMPI expresa que obra científica es “una obra que trata los problemas de una manera adaptada a los requisitos del método científico. El ámbito de esta categoría de obras no se restringe en modo alguno al campo de las ciencias naturales ni a las obras literarias de carácter científico. En determinadas circunstancias, también un programa de ordenador puede ser una obra científica””.¹

¹ HERRERA, Dina Sierpe. Propriedad intelectual – Derechos de Autor, p. 17-18

O Direito de Autor, portanto, pode ser definido, em síntese, como o ramo do direito que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas². Na concepção de Otavio Afonso, quando falamos do direito de autor, estamos nos referindo às leis que têm por objetivo garantir um reconhecimento moral e uma participação financeira em troca da utilização da obra do autor.³

Atualmente, na sociedade da informação na qual vivemos, os direitos autorais vivem um momento de grande desenvolvimento e expansão, haja vista os novos recursos do mundo digital e o grande avanço dos meios de telecomunicação. Neste contexto, nota-se o impacto da evolução tecnológica, vez que, ao mesmo tempo em que a tecnologia abre novos caminhos, introduzindo novos meios de divulgação da obra intelectual, ela acaba também aumentando a complexidade do tema da proteção jurídica dos direitos autorais. É imperiosa, portanto, uma adequação à nova realidade, para que os mesmos não funcionem como empecilho para o desenvolvimento social e econômico, mas também que não deixem desamparados os artistas e autores, grandes responsáveis e incentivadores da cultura.

No Brasil, é perceptível uma participação cada vez maior e mais democrática da sociedade civil e de entidades representativas, em debates e decisões referentes a ampliação da cultura e, especialmente, em relação à distribuição dos recursos arrecadados pelo ECAD, órgão responsável pela execução musical no Brasil, e as modificações da LDA (Lei de Direito de Autor) instituídas pela Lei 12.853/2013. A consulta pública que levou a essas modificações foi realizada a partir de 2010 pelo Ministério da Cultura, possibilitando uma confluência democrática sem precedentes, em virtude, principalmente dos apelos e reclamos de inúmeros artistas frente ao ECAD, que acarretou, inclusive, na realização da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do ECAD, instalada em 2011 no Senado, onde foram recomendadas mudanças no sistema de gestão de direitos autorais.

Assim, o presente trabalho versa essencialmente sobre as alterações trazidas pela Lei 12.853/2013 e sua aplicabilidade no tocante as medidas que podem ser adotadas pelo ECAD para cobrança de multas e distribuição dos valores arrecadados, bem como do contexto e dos motivos que levaram à formulação da mesma. Serão também apontados os pontos ainda controvertidos da referida lei e a necessidade de se operar uma mudança mais significativa no próprio conceito de Direito de Autor e sua dinâmica com o mundo virtual.

² BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Autor – Forense*, 2013, p. 27.

³ AFONSO, Otavio. *Direito Autoral. Conceitos Essenciais* - Ed. Manole, 2009.

O primeiro capítulo deste estudo se destina a uma abordagem de cunho histórico, filosófico e sociológico acerca da importância social das obras estéticas, suas facetas individuais e coletivas, destacando sua relevância como instrumento a favor da democracia, com foco especialmente na música, considerada por Schopenhauer como a mais incrível das formas de arte. Por fim, pretende-se demonstrar o motivo e a imprescindibilidade da existência de um Direito de Autor para proteger as criações, os criadores e a sociedade de maneira geral.

O segundo capítulo, por sua vez, vai tratar do próprio Direito de Autor, sua definição, suas características e sua natureza, a partir de uma análise da sua disciplinação legal internacional, bem como da legislação brasileira, suas leis e modificações com o passar do tempo. Serão analisados os direitos morais e patrimoniais incidentes sobre as obras estéticas e, por último, uma minuciosa explicação sobre as obras musicais e a utilização econômica da mesma, em especial a sua execução pública.

Por fim, no terceiro e último capítulo deste trabalho, o ECAD será colocado sob análise, sua função e objetivos, os aparatos legais de que dispõe e toda polêmica sobre o mesmo, acerca da inconstitucionalidade da multa cobrada e da distribuição, no mínimo injusta, dos valores recolhidos. Para isso serão expostas as decisões judiciais acerca do tema e das CPIs formadas. Veremos ainda as modificações implementadas pela Lei 12.853/2013, suas repercussões e lacunas, para compreendermos se ela está, efetivamente, cumprindo a função pela qual foi proposta ou se existe necessidade de uma nova reformulação na legislação vigente.

1. IMPORTÂNCIA SOCIAL DA OBRA ESTÉTICA

A obra estética, seja ela artística, científica ou literária, representa um contraste entre indivíduo e grupo, meio e cultura, possibilitando um estudo acerca dessas interações e do meio social no qual ocorrem. Nesse contexto de convívio social, as referidas obras estéticas suprem uma necessidade cultural do homem, pois são resultado de “uma intervenção intelectual e transformativa do homem sobre o espaço do que lhe é dado aos sentidos, abraçando em sua totalidade conceitual as criações estéticas, assim como as demais representativas de uma produção espiritual humana.”⁴

Em consonância com a assertiva supracitada, mas diferenciando a arte da ciência, Schopenhauer afirma que:

A grande diferença entre ciência e arte reside na maneira como elas consideram o mundo e trabalham seu estofo. Tal oposição pode ser indicada com uma única palavra: a ciência considera os fenômenos do mundo seguindo o fio condutor do princípio de razão, ao passo que a arte coloca totalmente de lado o princípio da razão, independe dele, para que, assim a ideia entre em cena.⁵

Essa característica “transcendental” da obra estética, da arte propriamente dita, possibilita uma fuga da banalidade do cotidiano, despertando sensações mais profundas, que, usualmente, o racionalismo moderno costuma tolher. Picasso, ao definir a arte como uma mentira que nos possibilita compreender verdade, trata justamente da capacidade da mesma de subverter a realidade, permitindo, desta feita, uma percepção e sensibilidade deveras mais apurada. Quanto ao caráter libertador e emancipador da arte, Marcuse afirma que:

A arte empenha-se na percepção do mundo que aliena os indivíduos da sua existência e atuação funcionais na sociedade – está comprometida numa emancipação da sensibilidade, da imaginação e da razão em todas as esferas da subjetividade e da objetividade.⁶

Além da liberdade que a arte é capaz de prover, ela vai além, funcionando como forma de protesto, justamente contra a ausência de liberdade, pois sua já mencionada “transcendentalidade” funciona como contraponto à ignorância, insensibilidade e indiferença. A obra de arte revolucionária, portanto, possui capacidade, não apenas de emancipação, mas

⁴ BITTAR, Carlos Alberto, **Direito de Autor** – Forense, 2013, p. 11

⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do Belo**. Trad. Jair Barbosa. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 41

⁶ MARCUSE, Hebert, **A Dimensão Estética**, 2007, p. 19

também de transformação da realidade. Destaque para a máxima de Johann Goethe: “There is no surer method of evading the world than by following Art, and no surer method of linking oneself to it than by Art.”⁷

É importante ressaltar, que a arte é a forma mais próxima do homem alcançar algo que não é de sua natureza, a imortalidade. Pois em contrapartida à inalcançável eternidade do mito deídico grego, tem-se a possível eternidade do espírito criativo humano.⁸

1.1. Individualidade x Coletividade

O autor, por sua vez, como agente da sensibilidade, recolhe do acervo comum o que lhe chama a atenção, e a partir de seu empenho e dedicação, sincretiza e transforma em arte. Oscar Wilde não está errado ao dizer que “A arte é a forma mais intensa de individualismo que o mundo conheceu”, contudo, é inviável considerar apenas o caráter *individual* da arte.

Percebe-se, em função do que já foi mencionado anteriormente, que nenhuma obra estética é fruto unicamente do *individual*, estando impreterivelmente conectada ao *coletivo*, ao meio, ao momento e a vida social do autor/artista, bem como de suas influências e de demais obras a que teve acesso, ou seja, de todo contexto social e cultural do mesmo. Como diria Are: “Ogni produzione dell’intelletto si fonda sul pre esistente patrimonio culturale”.⁹

Wilde afirma ainda, que a arte começa onde a imitação termina, mas como identificar essa tênue linha? A relação entre o artista, sua obra e suas influências é demasiadamente complexa, pois o processo de absorção cultural e a subsequente criação da obra ocorre independente da vontade do mesmo, em outras palavras, se dá de maneira intrínseca e muitas vezes imperceptível.

Assim sendo, toda obra artística carrega consigo elementos que vão além do que o artista quis, conscientemente, representar ou exprimir, elementos estes são inerentes à própria formação e vivência do artista e seu meio, tornando impossível distinguir ou medir o que é criação pura e singular, daquilo que foi previamente absorvido, e pode ser descrito como uma transmissão de valores culturais. As palavras de Fernando Pessoa não poderiam ser mais

⁷ **Words of art**, Simon & Schuster, Adams media, 2013

⁸ BITTAR, Carlos Alberto, **Direito de Autor** – Forense, 2013, p. 19

⁹ ARE, Mario, **L’oggetto del diritto di autore**, 1963, p.38

assertivas quando diz que “A arte é a auto-expressão lutando para ser absoluta”¹⁰, uma luta constante e essencial, mesmo que, sobremaneira, infrutífera.

Em virtude desse caráter *coletivo/individual* das obras estéticas, tornou-se fundamental a existência de direitos e deveres que digam respeito aos autores e à coletividade. A compreensão dessa bilateralidade da obra de arte é o que rege os princípios e a legislação do Direito de Autor, buscando soluções justas para esse “embate” entre criação e absorção, de maneira a proteger a criação autoral, sem, contudo, negar a função e importância da sociedade para tal feito. A tutela fornecida pelo Direito do Autor consiste, portanto, na junção das facetas sociais e liberais da obra estética.

1.2. Arte e Democracia

A segurança jurídica do marco normativo relativo aos direitos autorais, juntamente com a liberdade de expressão, a livre manifestação de pensamento, vedação de censura, liberdade de imprensa e comunicação social, são aspectos fundamentais na contribuição para formação e consolidação de uma esfera pública democrática, ampla e comunicativa. Nesse sentido, ao questionar o paradigma da razão instrumental como o único padrão de racionalização possível, Habermas introduz o conceito de razão comunicativa, em que:

(...) não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado, mas a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo.¹¹

Habermas considera que, no âmbito onde ocorrem os processos cruciais de produção e transmissão cultural, de socialização e de formação da personalidade individual, toda ação deve, necessariamente, ser dirigida por processos comunicativos de busca do entendimento e não através de meios autorregulados. Isso implica na realização de mudanças que possibilitem a introdução de mecanismos de decisão que levem em conta a participação de todos aqueles que estarão sujeitos aos efeitos de determinada ação. Em suas palavras:

¹⁰ PESSOA, Fernando, **Obras em prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1974.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society**. Boston, Beacon Press, 1984. p. 392.

(...) à medida que o potencial embutido na ação comunicativa é realizado, o núcleo normativo arcaico se dissolve e abre caminho para a racionalização das visões de mundo, para a universalização da lei e da moralidade e para uma aceleração dos processos de individuação.¹²

Nessa perspectiva, as variações de conjunturas sociopolíticas e históricas já foram propícias e, outras vezes, desfavoráveis ao surgimento, crescimento e, principalmente, a “disseminação” do pensamento. São incontáveis os momentos em que o homem foi impedido de exercer sua verve criadora, faculdade esta que é inerente de sua natureza. Por isso a sociedade democraticamente livre é aquela comunicativamente capaz de operar linguagem em política, e política em capacidade de ação para conquista de direitos.¹³

Busca-se, desta maneira, proteger, por meio de aparato legal e instrumentos jurídicos, os criadores e suas respectivas criações. Essa proteção, naturalmente permeada por certas restrições, que é ofertada ao poder e à liberdade de criação, assume a forma de Direito do Autor, combatendo os ditames totalitários que ameaçam as liberdades de pensamento, de crítica, de comunicação e de ação.

Resta evidenciado que o totalitarismo anda de mãos dadas com as expressões negadoras da liberdade intelectual, ideológica, política, e, conseqüentemente, cultural. A exemplo disso, pode-se citar o papel exercido pela Igreja Medieval, pelos nazistas, pelos comunistas estalinistas e, de maior relevância para o presente estudo, pela Ditadura Militar no Brasil.

Se, por um lado, o Direito do Autor, surge para resguardar a cultura e o acesso à mesma, protegendo as criações do homem das pressões e intromissões que visem controlar, limitar ou até mesmo tolher, de maneira indevida, as liberdades de expressão e comunicação, por outro, é imprescindível destacar a importância das próprias obras estéticas nesse combate por uma sociedade livre e democrática. A arte, tendo em vista seus já mencionados aspectos emancipatório e revolucionário, sempre foi utilizada, em maior ou menor grau, como forma de combater ou denunciar os regimes totalitários, os governos corruptos, as injustiças sociais, etc. Nesse sentido, cabe destacar e dissertar sobre o papel desempenhado pela música em face ao regime militar brasileiro.

¹² HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action. Vol 2. Lifeworld and system: A critique of functionalist reason.** Boston, Beacon Press, 1987. p. 4.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 22.

1.3. O Papel da Música no Regime Militar Brasileiro

“Havia um espírito libertário, uma necessidade de se expressar numa época em que nada era permitido. E a música tinha o poder de forçar limites” (Ney Matogrosso)

O regime ditatorial implantado em 1964, inicialmente pareceu tolerar a cultura de protesto, ou seja, música, teatro, cinema, literatura e artes plásticas, elaborada por artistas e intelectuais que, por meio de sua arte, criticavam a censura e o regime, denunciando o terrorismo cultural e incentivando a rebeldia. Contudo, em 5 de dezembro de 1968, com a decretação do AI-5 (Ato Institucional nº5), consolidando a chamada “linha dura” no poder, essas manifestações culturais diminuíram vertiginosamente, com a cassação das liberdades civis e a rígida censura sendo levadas às últimas consequências.

A partir do AI-5 o ato de cantar e compor tornou-se, efetivamente, caso de polícia no Brasil, com a prisão de artistas como Caetano Veloso e Gilberto Gil, que acabaram deixando o país. Chico Buarque, por sua vez, também foi “motivado” a ir para Europa depois de lançar *Roda viva*.

Nos “anos de chumbo”, período do governo Médici (1969-1974) que se seguiu à decretação do AI-5, a repressão moral foi tão forte quanto a repressão política. Qualquer filme, livro, programa de TV, canção ou obra-de-arte que fizesse referência sexual explícita sofria os efeitos da censura. Em agosto de 1969, a gravadora Philips lançou no Brasil a canção erótica do compositor francês Serge Gainsbourg, *Je t’Aime... Moi non Plus*, cuja gravação reproduz o ato sexual de um casal, contendo gemidos e suspiros. A canção alcançou, de imediato, sucesso de venda e execução em rádio, surpreendendo os militares, pois não existia censura prévia para canções em idioma estrangeiro. Os militares determinaram a proibição do disco, sua execução pública e radiodifusão, bem como o recolhimento de todos os exemplares à venda nas lojas, chegando, até mesmo, a determinar a ocupação da fábrica da Philips, pelo exército, para impedir novas prensagens.¹⁴

Com isso, resta evidenciado o que o historiador, Paulo Cesar de Araújo, denominou de “reinado de terror e virtude”:

¹⁴ ARAÚJO, Paulo Cesar. **Eu não sou cachorro, não – música popular cafona e ditadura militar**. Record, 2010. p. 56.

(...) embora a memória produzida sobre aquele período destaque apenas a repressão política – que no campo da música popular tem em Apesar de você um exemplo frequentemente citado –, vê-se pelo caso Je t’Aime... Moi non Plus que a repressão moral atuava com a mesma intensidade.¹⁵

Coincidentemente, esse período da nossa história em que os direitos constitucionais estavam suspensos e os meios de expressão da insatisfação popular encontravam-se bloqueados, também foi uma época de grande expansão da indústria fonográfica. Acerca disso, novamente nas palavras de Paulo Cesar de Araújo:

O período de maior repressão política do regime militar coincide com o da fase de consolidação de uma cultura de massa e a consequente expansão da indústria fonográfica. Entre 1970 e 1976, a indústria do disco cresceu em faturamento, no Brasil, 1.375%. Na mesma época, a venda de LPs e compactos passou de 25 milhões de unidades de compacto por ano para 66 milhões de unidades. O consumo de toca-discos, entre 1967 e 1980, aumentou em 813%. Favorecido pela conjuntura econômica em transformação, o Brasil alcançou o quinto lugar no mercado mundial de discos. Nunca tantos brasileiros tinham gravado e ouvido tantas canções.¹⁶

Desta maneira, a música popular se consagrou como o maior canal de expressão de uma grande camada da população brasileira, mantida à margem do centro de decisão política, que não se calou, mas pronunciou-se e fez-se ouvida, a partir das brechas do sistema, por meio de sambas, boleros e baladas.

A composição de Caetano Veloso, *Festa imodesta* – “Tudo aquilo que o malandro pronuncia / que o otário silencia / toda festa que se dá ou não se dá / passa pela fresta da cesta” –, trata justamente sobre a mencionada “brecha” do sistema, pois a fresta é por onde o compositor “malandro”, que sabe se pronunciar, consegue ludibriar a censura. Existe, no samba feito por Caetano, uma relevante, ainda que sutil, advertência, no sentido de que simplesmente dizer ou não dizer algo é uma falsa alternativa, o importante é saber como dizer, se pronunciar da forma adequada visando a fresta da MPB.¹⁷

¹⁵ ARAÚJO, Paulo Cesar. **Eu não sou cachorro, não – música popular cafona e ditadura militar**. Record, 2010. p. 57.

¹⁶ ARAÚJO, Paulo Cesar. Op.cit., 2010. p. 19

¹⁷ VASCONCELOS, Gilberto. **Música popular: de olho na fresta**. Graal, 1977. p. 72.

1.4. A Música Como Maior Expoente Das Artes

De todas as artes, Schopenhauer exalta a música como sendo a mais grandiosa e a mais majestosa, além disso, considera que, em função do seu aspecto universalizante, que ultrapassa qualquer tipo de individualidade, a música é capaz de atingir a todos, até os menos sensíveis. A sua referência é, portanto, o efeito estético, o que possibilita sua compreensão por parte de qualquer um. Em suas próprias palavras, afirma que:

“A música exprime a mais alta filosofia numa linguagem que a razão não compreende. Compositor manifesta a essência mais íntima do mundo, expressa a sabedoria mais profunda, numa linguagem não compreensível por sua razão: como um sonâmbulo magnético, fornece informações sobre coisas das quais, desperto, não possui conceito algum.”¹⁸

É importante ressaltar que existe em todos os homens a capacidade de conhecer as ideias nas coisas, exteriorizando-se momentaneamente de sua personalidade. Essa uma faculdade inerente a todas as pessoas, e sem a qual não existiria a receptividade para o belo. Sendo assim, através da música, o homem pode esquecer de si mesmo e se libertar do sofrimento, pois o som possui influência imediata sobre a vontade, produzindo prazer estético e contentamento frente ao conhecimento puro e intuitivo.

Thomas Mann esclarece que na concepção de Schopenhauer, a música vai além das ideias, ou seja, é completamente independente do mundo fenomênico, ignorando-o absolutamente e podendo de certo modo continuar a existir, inclusive na hipótese de que o universo não mais existisse, o mesmo não pode ser dito quanto as outras artes. A música, com efeito, é uma objetivação, uma cópia tão imediata de toda a vontade como o é o mundo, como o são as próprias ideias, cujo fenômeno múltiplo constitui o mundo dos objetos individuais. Diferentemente das outras artes, a música não é uma reprodução das ideias, mas uma reprodução da própria vontade, da qual as Ideias são também objetivação.¹⁹

Em face do que foi exposto, não desmerecendo as demais formas de arte, pois cada uma possui seus próprios méritos e particularidades, é incontestável que a música transcende as demais no que diz respeito ao seu alcance, pois enquanto só pessoas com um certo grau de instrução são capazes de compreender um filme ou um livro, por exemplo, a música por sua vez pode ser absorvida por todos. Destaca-se que o estímulo e a resposta à música já foram

¹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do Belo**. Trad. Jair Barbosa. São Paulo: Editora UNESP, 2003

¹⁹ MANN, Thomas. **O pensamento vivo de Schopenhauer**. Trad. Pedro F. Amaral. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960. p. 161.

constatados, inclusive, em pessoas com diferentes tipos de deficiência intelectual e até mesmo em pacientes com sequelas decorrentes de traumatismo craniano ou acidente vascular cerebral, trata-se da musicoterapia, tratamento que utiliza a música e seus elementos para ajudar com problemas de ordem física, mental e emocional. Além do maior alcance, a música é sem dúvida a mais sensorial das artes, despertando sentimentos dos mais variados, ou seja, a melhor forma de combate à insensibilidade tão costumeira nas sociedades modernas.

2. DIREITO DE AUTOR

Como foi exposto anteriormente, o Direito de Autor é um ramo do Direito Privado, mais especificamente um dos ramos de estudo da propriedade intelectual, e destina-se à proteção de obras de caráter estético, ou seja, obras intelectuais que sirvam como agentes de transmissão de conhecimento ou sensibilização. Versa, pois, “sobre as mais intangíveis e variadas formas de criação da mente humana”²⁰, quais sejam: obras literárias, artísticas e científicas. Apenas as obras com finalidades estéticas são abarcadas pelos direitos autorais, excluindo-se, de imediato, as de cunho utilitário, como por exemplo, os modelos e desenhos destinados à aplicação industrial.

É possível perceber duas funções inerentes aos direitos autorais, uma de caráter protetivo e outra de caráter retributivo, pois ao mesmo tempo em que buscam proteger os interesses dos criadores e autores de obras intelectuais, eles também funcionam como incentivadores para o aumento da produção das mencionadas obras, promovendo, consequentemente, o bem-estar público.

A interesse público referente à proteção autoral se dá em função da relação do Direito de Autor com o desenvolvimento cultural da sociedade, a partir da proteção ao direito humano de acesso à cultura e desenvolvimento. Em outras palavras, “a relevância do direito do autor está intimamente relacionada com a própria importância da criação intelectual: origem, base, desenvolvimento de tudo quando existe de belo e construtivo, no mundo.”²¹

Diversas teorias foram criadas no intuito de explicar a natureza do Direito de Autor, entre inúmeras singularidades, destacam-se duas correntes, uma que o classifica como Direito de Propriedade, outra definindo-o como Direito da Personalidade. Contudo, frente às

²⁰ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito do Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 9.

²¹ CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: Ltr, 1995, p. 29.

particularidades e elementos estruturais próprios, o Direito de Autor não pode ser incluído nas categorias citadas, e em virtude disso, vem sendo considerado como um Direito Especial, reclamando, portanto, sua autonomia.

Nesse sentido, é válido destacar a conceituação atribuída por Clóvis Beviláqua, ao dizer que “direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística de ligar seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las. Na primeira relação é manifestação da personalidade, na segunda é de natureza real e econômica.”²², deixando absolutamente nítida a existência de facetas patrimoniais e morais nesse ramo do direito.

Desta feita, os Direitos Autorais não podem ser enquadrados como direitos reais, pois essa categoria abarca apenas os direitos patrimoniais, nem podem ser considerados direitos pessoais, categoria da qual fazem parte os direitos morais. O mesmo ocorre porque esses dois polos estão intimamente conectados e não podem ser desvinculados da natureza e da própria função do Direito Autoral, são características intrínsecas ao mesmo e, em face desse vínculo, formulam uma categoria nova e distinta de direitos privados. São definidos por Bittar como:

Direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual, também considerado o interesse cultural que se deposita sobre a obra de espírito.²³

Bittar ainda lista as particularidades que o diferenciam dos demais ramos do direito privado, são elas:

- a) Dualidade de aspectos em sua cunhagem, que, embora separáveis, para efeito de circulação jurídica, são incindíveis por natureza e por definição;
- b) Perenidade e inalienabilidade dos direitos decorrentes do vínculo pessoal do autor com a obra, de que decorre a impossibilidade de transferência plena a terceiros, mesmo que o queira o criador;
- c) Limitação dos direitos de cunho patrimonial;
- d) Exclusividade do autor, pelo prazo definido em lei, para a exploração econômica da obra;
- e) Integração, a seu contexto, de cada processo autônomo de comunicação da obra, correspondendo cada qual a um Direito Patrimonial;

²² CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: Ltr, 1995, p. 11.

²³ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 30.

- f) Limitabilidade dos negócios jurídicos celebrados para a utilização econômica da obra;
- g) Interpretação estrita das convenções firmadas pelo autor;
- h) Licença não voluntária pelo interesse de acesso à cultura depositado na obra.²⁴

Por fim, condizente com o que foi exposto acerca da bipolaridade de direitos constantes no âmbito do Direito de Autor, Antônio Chaves esclarece que “o direito do autor representa uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, sem cair em qualquer contradição lógica porque traduz numa fórmula sintética aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial.”²⁵ Consequentemente, o Direito de Autor, como mencionado anteriormente, é Direito especial, e por isso possui disciplinação legal própria, separada das codificações.

2.1. Direitos Morais e Patrimoniais

Essas duas categorias de distintas de direito presentes nos direitos autorais estão relacionadas aos vínculos existentes entre o criador e a sua obra, sejam de caráter moral ou pecuniário. Cada uma delas cumpre funções específicas dentro do ordenamento, sendo os direitos morais, que se materializam com o nascimento da obra, destinados à proteção da personalidade do criador, impedindo a ação de terceiros sobre a obra, enquanto os direitos patrimoniais, por sua vez, versam sobre a utilização econômica da obra, possibilitando que o autor obtenha proventos pecuniários sob a mesma. Passemos a uma análise mais minuciosa:

a) Direitos Morais

Os direitos morais do autor criam um vínculo perene entre o mesmo e a sua obra, defendendo, dessa maneira, sua personalidade, tendo em vista que a obra é uma emanção única e exclusiva da essência e intelecto do próprio autor. Considerados pela doutrina como direitos de personalidade, fundamentados no Direito Natural, possuem características de ordem personalíssima, ou seja, são perpétuos, não se extinguindo nunca, imprescritíveis, impenhoráveis e, como consta no art. 27 da LDA, inalienáveis e irrenunciáveis.

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 30.

²⁵ CHAVES, Antônio. Op. cit., 1995, p. 16.

A *personalidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, perpetuidade, imprescritibilidade e a impenhorabilidade*, características fundamentais desses direitos que, como foi visto, são inerentes à sua própria natureza jurídica, não podem ser ignoradas por eventuais contratos, assim sendo, qualquer contrato que envolva esses direitos, carecem de eficácia e serão considerados nulos. A LDA os elenca em seu art. 24, *in verbis*:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Analisando o artigo transcrito, observa-se que os incisos I e II tratam direitos de paternidade e de nomeação, ou seja, o direito do autor ter seu nome vinculado à sua obra. A indicação de autoria é imprescindível e independe de prazos de proteção, essa exigência de que o nome do criador seja sempre citado como autor da obra, mesmo em reproduções permitidas ou autorizadas por ele, e ainda que a obra tenha saído de seu domínio patrimonial ou caído em domínio público, é uma das previsões legais que mais evidenciam a garantia dos direitos morais do autor.

O reconhecimento da paternidade da obra implica na imperiosidade de indicação do nome do autor em casos de eventual utilização de sua obra, a inobservância desse direito pode resultar em plágio. Dirceu de Oliveira e Silva entende o plágio como uma “contrafação onde dois fatos essenciais ocorrem necessariamente: a) o aproveitamento indevido de uma obra original; b) a dissimulação desse aproveitamento.”, emenda que, “o simples aproveitamento de uma ideia geral não constitui plágio, porque as ideias as ideias pertencem ao fundo de cultura de toda a humanidade. O plágio consiste no aproveitamento da elaboração da ideia da

composição do assunto, da combinação dos episódios, enfim, da utilização da forma pessoal de conceber e desenvolver uma ideia geral”.²⁶

Em complemento, José de Oliveira Ascensão²⁷ fala da distinção entre contrafação e usurpação, pois o plágio é mais insidioso do que uma mera cópia servil, é o apoderamento da essência criadora sob outra veste. Nesse sentido diz que “Na usurpação apresenta-se sob próprio nome a obra alheia. A contrafação permitiria já abranger os casos em que a obra não é simplesmente reproduzida, mas retocada, de maneira a parecer obra nova” e conclui que o surgimento do plágio só ocorre com o aproveitamento da estrutura ou apresentação do tema.

O inciso III e VI tratam sobre o direito do autor de que sua obra permaneça inédita ou que, quando já publicada, deixe de circular. Bruno Jorge Hammes esclarece que “assiste ao autor o direito de não querer publicar a sua obra. É o direito de mantê-la não divulgada, inédita. Trata-se aqui da primeira publicação, direito que com esta se esgota. O autor que distribuiu um exemplar de sua obra não pode impedir que este exemplar seja revendido e circule.”²⁸

Esses três primeiros incisos versam, essencialmente, sobre os chamados “direitos anteriores”, que incidem a partir do momento da criação da obra. Contudo, com a subsequente reprodução da obra, quando ocorre a comunicação ao público e sua utilização econômica, surgem novos direitos morais, denominados “direitos posteriores”. Esses direitos posteriores são relacionados à integridade, modificação e reinvidicação da obra, e é justamente sobre eles que os incisos IV e V do art. 24 dispõem, indicando que apenas o autor tem poder para realizar alterações em sua obra no tocante à integridade da mesma. O autor pode também se opor a qualquer eventual modificação, mesmo existindo autorização expressa para utilização da sua obra.

Com isso, nota-se que os direitos morais garantem que a marca pessoal do autor acompanhe a sua criação por toda a vida, persistindo mesmo com a sua morte ou depois de esgotada a exclusividade patrimonial.²⁹

²⁶ OLIVEIRA E SILVA, Dirceu. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956. p. 5-65.

²⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 34-35.

²⁸ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. Editora Unisinos. 2002. p. 73

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 69.

b) Direitos Patrimoniais

Direitos patrimoniais se referem à utilização econômica da obra, de onde o autor retira os proventos pecuniários correspondentes. Cabe ao autor a exclusividade de decidir acerca da forma e das modalidades pelas quais sua obra deverá ser explorada economicamente, como dispõe o art. 28 da LDA ao dizer que “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, aproximando, desta maneira, os direitos patrimoniais dos direitos de propriedade. Nesse sentido, o art. 29 especifica as diversas formas de ingresso no comércio jurídico:

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.

Enquanto os direitos morais são personalíssimos, intransferíveis e irrenunciáveis, os direitos patrimoniais podem ser transferidos total ou parcialmente, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou autorização, de acordo com o disposto no art. 49, *verbis*:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

- I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;
- II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;
- III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;
- IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;
- V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;
- VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Os direitos patrimoniais são também penhoráveis, podendo sofrer constrição judicial, e prescritíveis, ou seja, estão sujeitos à perda de ação por inércia no lapso de tempo legal. A temporaneidade dos direitos patrimoniais resta evidenciada no art. 41, eles perduram por 70 anos contados a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte à morte do autor, essa característica, juntamente com as demais particularidades apontadas, conferem uma conotação especial aos direitos autorais no âmbito dos direitos privados.

2.2. Obras Musicais e sua Utilização Econômica

As obras musicais se enquadram na definição apresentada pelo art. 7º da Lei 9.610/98, como obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Porém, a natureza, essência e estrutura da obra musical é tão peculiar e diferente, que não apresenta qualquer similitude com as demais obras intelectuais protegidas pela supracitada lei. Nesse sentido, Mário Are observa que:

“Constituem traços tão característicos da obra musical, a variedade de efeitos sonoros que se podem obter por meio da sucessão de sons, a sua fusão, a disposição no tempo e os relativos intervalos, bem como a segura idoneidade de expressão musical para se desenvolver independentemente de qualquer modelo da vida real, atitude que outras obras (p. ex., da pintura ou da escultura) conseguiram somente em parte e recentemente, encontrando resistências notáveis ainda em vigor junto ao público se não junto à crítica.

Tem-se por isso dito que a música se destingue da literatura e da arte figurativa pelo fato que nela, mais do que em qualquer outra forma expressiva, tem livre jogo a fantasia.”³⁰

Todavia, ainda que as obras musicais não sejam assimiláveis às obras literárias ou de arte figurativa, os juristas costumam procurar um ponto de apoio nas letras. Ainda sobre a dificuldade de enquadramento das mesmas, pode-se destacar a explicação oferecida por Henri Desbois³¹, constatando que mesmo quando se move no domínio da ficção, o artista o mais frequentemente toma de empréstimo a substância de sua inspiração do mundo exterior; o compositor trabalha no mundo irreal, pois são insignificantes os serviços que lhe prestam os sons naturais, por mais harmoniosos que sejam. Completa, deixando ainda mais nítida essa distinção:

“Mas um instante de reflexão revela as divergências essenciais: não somente as obras musicais destinam-se a ser executadas, enquanto que somente as obras dramáticas têm a mesma vocação, mas também e principalmente as melodias, que se situam na base da composição musical, não podem ser tratadas como as ideias.

O pensamento dirige-se diretamente à inteligência, embora as narrações as mais vivas e as descrições as mais coloridas não sugiram imagens senão através uma operação intelectual de mutação; a melodia, ao contrário, atinge incontinenti, pelo intermediário do ouvido, a sensibilidade; é por um esforço de meditação que o amante esclarecido da música e o musicólogo chegam a um julgamento de valor. Enquanto que as palavras são inteligíveis, as notas não são senão perceptíveis. Daí resulta que, logicamente, melodia alguma é redutível a outra, enquanto que as ideias prestam-se a uma pluralidade de modos de expressão.”³²

Apesar da dificuldade de conceituação, a obra musical é a que mais interessa ao presente estudo, em função de sua grande popularidade e difusão e por ser, das criações intelectuais, a que exige processos mais complexos de elaboração e comunicação ao público. O principal requisito para que a obra musical receba a devida proteção por parte dos direitos autorais é a originalidade, mas não podemos confundir originalidade com novidade, pois a primeira é entendida como forma de exteriorização da ideia, tendo em vista as características próprias à modalidade da obra intelectual em questão e não a ideia em si.

³⁰ ARE, Mario, *L'oggetto del diritto di autore*, 1963, p.367

³¹ DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*. 2ª ed. Delloz, Paris, 1966. p. 115.

³² Ibidem

A obra musical consiste na junção de três elementos constitutivos: a melodia, a harmonia e o ritmo. Para Desbois, melodia seria a emissão de um número indeterminado de sons sucessivos, já a harmonia forneceria a roupagem da melodia, como resultado da emissão simultânea de vários sons – acordes, por fim, o ritmo seria uma sensação determinada por diferentes sons consecutivos ou diversas repetições periódicas de um mesmo som, marcando o andamento da melodia.³³ Ele ainda acrescenta que, dos três elementos constitutivos da obra musical, a melodia é o essencial. E é, justamente, a característica mais peculiar em relação ao processo de criação da obra musical frente às demais obras intelectuais: mais acentuadamente na criação melódica incide a sensibilidade, a inspiração, e não a reflexão ou comparação. Desta forma, a melodia não estaria afeta à inteligência e sim à sensibilidade.³⁴

O art. 10 da LDA dispõe que “A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor”, ou seja, além dos três elementos fundamentais da obra musical, podem ser integrados a ela o título e a letra.

Tendo em vista a grande facilidade com que a obra musical protegida pela LDA pode ser alvo de elaborações secundárias, pois, como nos ensina Bobbio³⁵, a mesma está sujeita à ser: simplificada; utilizada como tema de complicadas variações; transcrita em tonalidades diferentes; objeto de variações e elaborações dos seus temas originais; transportada para um ritmo diferente e assim em diante, é importante examinar os casos das traduções, adaptações, arranjos, orquestrações e outras formas de transformações de obras originais, que são apresentadas como criação intelectual nova.

É garantida a proteção à obra musical derivada com base nas mesmas regras que se aplicam à obra original, faz-se imprescindível, contudo, a concordância do autor da obra primeira, exceto se a mesma estiver caída em domínio público. O tradutor ou adaptador, por outro lado, não pode impedir que outra pessoa venha a traduzir ou criar obra intelectual nova sobre a original. Maria Helena Diniz ressalta que este (o primeiro tradutor) só poderá reclamar as perdas e danos quando houver tradução que não passe de mera reprodução da sua.³⁶

Pedro Vicente Bobbio descreve as obras musicais derivadas da seguinte forma:

³³ DESBOIS, Henri. Op cit. p. 120

³⁴ Ibidem

³⁵ BOBBIO, Pedro Vicente. **O direito de autor na criação musical**. São Paulo: editora Lex. 1951. p.18.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1999. p. 508.

“Denomino elaboração todo e qualquer trabalho artístico musical em que o autor não cria “ex novo”, com originalidade formal e substancial, uma obra musical, mas manipula criação alheia, dando vida características individualizadoras, assevero que a elaboração possui uma casuística praticamente infinita, cujos exemplos mais comuns e salientes são representados por: variações, adaptações ou arranjos, transcrições, reduções combinações, pot-pourris, e que a todas são comuns os mesmos requisitos e os mesmos efeitos”.³⁷

Das diversas modalidades de obras derivadas que foram citadas, o arranjo se destaca como a forma de adaptação mais elementar suscetível de proteção legal. O arranjo consiste na adaptação de uma obra musical criada para um determinado instrumento para outro instrumento, ou até mesmo, numa adaptação para que a sifonia seja executada com uma redução do número de instrumentos para os quais ela foi inicialmente criada. Muitos autores consideram essa transposição de um instrumento para outro como uma espécie de tradução musical.³⁸

Diferentemente da música que é criada juntamente com a letra, pois neste caso a obra só poderá ser utilizada de forma única e indivisível, a composição musical, feita sobre texto poético, conserva o direito individual de cada autor sobre sua criação, separadamente.³⁹ O que ocorre é uma justaposição de obras divisíveis, pois a partitura musical e o texto poético são obras autônomas e independentes, não se pode falar, portanto, em colaboração. O autor da composição musical detém a prerrogativa de executá-la e publicá-la, independentemente de autorização do escritor, porém deverá indenizar este, que detém o direito da reprodução do texto sem a música.

Em se tratando de parceria, situação em que a obra é criada em coautoria, são identificadas duas modalidades: a *indivisível*, que se configura quando os coautores participam tanto da criação da letra como da música; e a *específica*, que ocorre quando um coautor cria a letra e o outro a música. Neste último caso, como nas composições feitas sobre poesias, a letra e música podem ser consideradas obras separadas, sendo possível sua utilização de forma independente da outra.

³⁷ BOBBIO, Pedro Vicente, op. cit. p. 141

³⁸ CHAVES, Antônio. O direito do autor nas obras musicais – artigo publicado na Revista de informação legislativa. p. 153

³⁹ Ibidem. p. 154.

Como foi visto, os direitos patrimoniais incidem sobre toda forma de utilização pública da obra, que tenha por finalidade o retorno pecuniário, seja ele direto ou indireto, não incidindo, contudo, nos casos de uso privado, como por exemplo, na reprodução de um disco na casa do adquirente em uma festa de família. Nesse sentido, nossa jurisprudência temática aponta:

RT 659/78 – DIREITO AUTORAL – Violação – Espetáculos e audições públicas realizadas sem prévia autorização – Irrelevância de não haver obtenção de lucro direto – Lucro indireto proporcionado tanto aos artistas, que foram remunerados para a apresentação, como ao público e à Administração Pública – Indenização devida (TJSP)

RT 680 212 – DIREITO AUTORAL – Música – Sonorização ambiental por Prefeitura – Execução, em via pública, durante os dias de carnaval – Inexistência de finalidade lucrativa – Cobrança indevida – Ação improcedente – Agravo regimental que se nega provimento – Voto vencido (STJ)

É importante salientar que a cada utilização autônoma da obra, pelas diferentes vias de acesso ao público, incidirá o direito patrimonial, gerando fontes de receita distintas para o autor. Essa aplicação de direitos sucessivos a cada fase autônoma de aproveitamento da obra fica evidenciada quando uma música é gravada em disco e depois reproduzida em fita, inserida em long play, traduzida para outra língua e assim por diante, suscitando em várias correntes de uso.⁴⁰ Em suma, todos os usos que escapem ao negócio jurídico originário representam invasão da reserva do criador e estão sujeitos à suas respectivas sanções, como violação de direitos autorais, afinal, o valor pago pela aquisição de um disco não é correspondente à remuneração devida ao autor por eventuais reproduções públicas de sua obra.

A utilização econômica pode se dar pelo próprio autor ou por terceiro, mas, atualmente, o mais comum é que o autor não possua o aparato necessário para a comunicação e utilização da sua obra e, em face disso, contrate entidades do setor, no caso, as produtoras de discos. Além disso, é cada dia mais recorrente que as próprias produtoras mantenham, em seus quadros, artistas remunerados, justamente para que produzam as obras essenciais para o desenvolvimento de suas atividades.⁴¹

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 81-82.

⁴¹ Ibidem

O direito de execução é sem dúvidas o mais importante dos direitos do musicista, e, por isso, o que deve ser mais amplamente protegido, tanto no âmbito moral, quanto no patrimonial. Os demais processos reprodutivos da música, como por exemplo, a edição, são apenas preparatórios para a execução, processo pelo qual ocorre o contato do público com a expressão sonora do pensamento criador. Todavia, não é possível ao artista alcançar sua finalidade, que é, justamente, a execução de sua obra, sem passar pelo respectivo processo de edição. Vejamos, portanto, os possíveis negócios jurídicos mencionados por Bobbio, que podem advir da edição musical:

Encomenda do autor ao editor considerado tão somente como empresário industrial e por aquele pago; empreitada combinada entre autor e editor, pela qual obriga-se este a publicar e vender, contra retribuição contratualmente determinada e paga pelo autor; concessão do autor ao editor, para que este publique a obra e venda a edição, tudo a seu risco e custa, sendo que a concessão pode ser contratada tanto a título gratuito como a título oneroso para o editor; cessão do autor ao editor, do direito de edição da obra, nas condições que as partes fixarem; cessão do autor a terceiro, que poderá ser editor, de todos os seus direitos patrimoniais, ou de um conjunto substancial deles do qual faça parte o direito de edição, nas condições que as partes fixarem.⁴²

Quanto as execuções públicas, Walter Moraes ensina que:

“Execução artística é coisa incorpórea reservada à disposição exclusiva de pessoa que a produza. A norma jurídica que assegura este direito contra todos impõe dever geral de preservação, incidindo, destarte, sobre uma relação jurídica de direito real. Esta é a natureza do direito da execução artística, compreendido na sua generalidade, e a interpretação é o produto da elaboração intelectual do intérprete e, como tal, reflexo de sua personalidade indissoluvelmente ligado a ela. É bem que se coloca como objeto de um direito de personalidade de alcance absoluto, cuja disponibilidade é limitada pela impossibilidade de privar-se dele o sujeito. A norma que rege a relação jurídica., daí emergente, situa-se na esfera do direito da personalidade”.⁴³

A execução pública é uma das formas de comunicação da obra musical ao público, por parte de um executante que não foi o criador da obra original. Consiste, pois, na utilização de obras musicais, por meio a participação de artistas, mesmo que não remunerados, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por qualquer meio ou processo, como encontra-se disposto no art. 68 da LDA, com redação *in verbis*:

⁴² BOBBIO, Pedro Vicente. Op. cit. p.16-45.

⁴³ MORAES, Walter. **Artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 291 e 292

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

(...)

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

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

Os direitos de execução pública musical são aqueles de que são beneficiários autores, editores musicais, produtores fonográficos e artistas toda vez que suas músicas são executadas publicamente. Eles receberão um percentual sobre a bilheteria, faturamento, receita publicitária ou, até mesmo, sobre a extensão do espaço físico, toda vez que uma música for tocada, por exemplo, em rádio, casa noturna, bares, shows, cinemas, entre outros, pois tal fato enseja em um direito patrimonial para os titulares. Não é admissível cobrança sobre execução de obras musicais se a sonorização for feita em local onde não se permite frequência coletiva, a questão do ambiente é, desta feita, o grande indicador de incidência ou não desse direito, ficando a existência ou não de fins lucrativos relegadas a um segundo plano.

Não existem impedimentos para que os titulares de direitos autorais pratiquem pessoalmente os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos, fixando valores para essa utilização, cobrando-os e arrecadando-os. Entretanto, como essa é uma atividade complexa, costuma ser delegada às associações de titulares de direitos autorais e conexos, que se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança. Essas associações, por sua vez, são representadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), ao qual cabem o controle e o acompanhamento desse regime. Foi nesse sentido que se concentraram as alterações demandadas na Lei 12.583/2013, buscando um aprimoramento no sistema de arrecadação e fiscalização, bem como da própria atuação das entidades associativas e do ECAD.

3. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD)

O ECAD foi constituído pelo art. 115 da Lei 5.988/1973 para tratar especialmente da execução musical, instituindo um sistema de processamento eletrônico das pontuações e dos pagamentos. O início das suas atividades se deu em 01.01.1977, buscando unificar o processo de cobrança dos direitos referentes à execução pública de obras musicais, em conformidade com o que estabelece o art. 99 da LDA, com redação determinada pela Lei 12.853/2013:

Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

Trata-se de uma associação civil sem fins lucrativos, mantida pelas associações de titulares de direitos autorais e os que lhe são conexos, das quais foi constituída mandatária. O ECAD reveste-se, portanto, da forma jurídica de associação das associações, e apesar de ser de cunho privado, suas responsabilidades são legalmente indeclináveis. Nesse sentido, as associações se tornaram meras repassadoras de verbas recolhidas ao ECAD, recebendo taxa de administração para o efetivo cumprimento de suas finalidades.

3.1. Sistema de Arrecadação e Distribuição de Verbas

Para realizar sua atividade de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, o ECAD utiliza o Regulamento de Arrecadação, elaborado e aprovado por sua Assembléia Geral. A tabela de preço, imposta pelo referido regulamento, possui aplicação nacional, mas varia em razão de diversos fatores, como por exemplo: tipo ou classe do usuário e capacidade socioeconômica da região em questão. O valor a ser pago pode, inclusive, ser cobrado em função do parâmetro físico ou de percentual incidente sobre a receita bruta. Maria Helena Diniz⁴⁴ nos ensina que a distribuição dos direitos autorais, sempre que for possível, deverá estar vinculada à apuração da frequência de utilização, e caso seja inviável proceder a

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 3. ed, São Paulo: Saraiva, v. 3. 1999.p.505.

distribuição dessa maneira, serão adotados critérios de amostragem baseados em informações, pesquisas, inquéritos, estatísticas, etc.

O regulamento do ECAD, no capítulo dos Princípios Gerais, dispõe sobre isso, vejamos:

Considerando que o ECAD, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelas associações que o integram, é a única entidade que tem a prerrogativa de autorizar e proibir a utilização de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas em execuções públicas, agindo em nome próprio como mandatário legal e substituto processual dos titulares, em conformidade com a alínea “b” do inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal, combinado com os artigos 68 e 99 da Lei nº 9.610/98; Fica estabelecido que:

1) Para efeito de aplicação da Tabela de Preços praticados pelo ECAD, que é parte integrante deste Regulamento, considera-se usuário de direito autoral toda pessoa física ou jurídica que utilizar obras musicais, lítero-musicais, fonogramas, através da comunicação pública, direta ou indireta, por qualquer meio ou processo similar, seja a utilização caracterizada como geradora, transmissora, retransmissora, distribuidora ou redistribuidora. (Art. 29 – VII, VIII, alíneas “b” a “i”; Art. 68 e parágrafos, Art. 86 e Art. 89 da Lei 9.610/98).

2) Para a concessão das autorizações para a utilização das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, o ECAD tomará por base o enquadramento dos usuários na Tabela de Preços que faz parte integrante deste Regulamento, condicionando-as ao pagamento da remuneração prevista, obrigando-se ainda o usuário a proporcionar os meios adequados à verificação dos elementos que servirão de base de cálculo do valor cobrado, bem como à coleta de dados necessários à distribuição dos direitos arrecadados (art. 68 § 6º da Lei 9.610/98).

3) Os valores fixados pela Tabela de Preços do ECAD corresponderão às utilizações musicais realizadas por meios mecânicos direta ou indiretamente, parcial ou totalmente. Quando a utilização se der exclusivamente pela execução musical ao vivo, tais valores sofrerão redução de 1/3 (um terço), seja pelo critério de cobrança por participação percentual, seja por parâmetro físico.

4) O enquadramento dos usuários na Tabela de Preços do ECAD levará em consideração as formas de utilização das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, sua classificação por espécie, categoria e frequência.

5) As diferentes formas de utilização de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas são independentes entre si, ainda que realizadas por um mesmo usuário, no mesmo local, e a cada uma delas corresponderá uma autorização e seu respectivo enquadramento na Tabela de Preços (art. 31 da Lei no. 9.610/98).

Esse sistema de compreensão global, também chamado de *forfetário*, reúne, na cobrança, os direitos de todos os titulares existentes, baseando-se em valores aproximados, recolhidos, usualmente, por amostragem em face de diversos mecanismos que compreendem o exame do local, gravação de programas de rádio, escutas e fiscalizações nos locais de exposições. Essas e outras modalidades de aferição, geram “pontuações” para a posterior apuração dos direitos autorais, consoante percentuais previstos na sua tabela de preço,

podendo abranger autores, editores, produtores, intérpretes ou qualquer outro titular reconhecido.⁴⁵

3.2. Polêmicas em Torno do ECAD

Inicialmente, cumpre destacar que o próprio preceito normativo que institui a existência de um único escritório de arrecadação em todo território nacional foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, onde foi decidido:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ecad. Art. 99 e § 1º da Lei n.º 9.610/98. Art. 5º, incs. XVII e XX, e 173, da Constituição Federal. Ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, representar ameaça de dominação dos mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário de lucros, práticas vedadas pelo último dispositivo constitucional sob enfoque. De outra parte, a experiência demonstrou representar ele instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, preconizada no inc. XXVIII e suas alíneas a e b do art. 5º da Constituição, garantia que, no caso, tem preferência sobre o princípio da livre associação (incs. XVII e XX do mesmo artigo) apontado como ofendido. Cautelar indeferida. (STF, ADIMC – 2054/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, D. J. 10/03/2000).

Dentre os problemas apresentados pelo ECAD, será dedicada especial atenção ao sistema de arrecadação e controle, bem como ao sistema de repasse das verbas arrecadadas. Por ser uma instituição privada, os fiscais do ECAD não gozam de fé pública ou poder de polícia, desta feita, não existe presunção de veracidade aos atos que são lavrados e elaborados unilateralmente pelos mesmos. Também não possuem autoridade para lavrar termos de autuação e impor penalidades, pois são atos indelegáveis, típicos, do Estado. Nesse sentido, vide decisão do STF abaixo:

EMENTA: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 85.

artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.”

(ADI 1717/DF, STF, Tribunal Pleno, Relator Min. SYDNEY SANCHES, j. em 07/11/2002, DJU de 28/03/2003, p. 00061).

O art. 84 da Constituição Federal, em seu inciso IV, prevê que a regulamentação de leis é ato de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, portanto, o ECAD não possui legitimidade para regulamentar a LDA, mesmo com a referida lei prevendo a legitimidade desse órgão para arrecadar e distribuir os valores referentes a execução pública de obras musicais, pois o problema encontra-se na forma como as cobranças são realizadas e na inexistência de autorização legal para fixação de preços e aplicação de multas e penalidades.

O regulamento desse órgão dispõe, de maneira totalmente autoritária e sem respaldo legal, no item 14 do seu capítulo dos princípios gerais, que: “O ECAD lavrará Termos de Comprovação de Utilização Musical sempre que a utilização de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas sejam realizados sem a prévia autorização do Escritório, ficando o usuário sujeito às sanções previstas nos arts. 105 e 109 da Lei no. 9.610/98 e no art. 184 do Código Penal”. É inadmissível que o ECAD, como órgão privado, possa ampliar ou reduzir os direitos contidos em uma lei infraconstitucional, quando nem mesmo os decretos regulamentares o fazem, afinal, os decretos servem unicamente para facilitar o cumprimento da lei, mas sempre nos termos dela. A jurisprudência pátria é ampla e consensual nessa matéria:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS AJUIZADA CONTRA MUNICIPALIDADE. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. INVALIDADE DOS CHAMADOS TERMOS DE VERIFICAÇÃO. LAVRADOS POR FISCAIS CREDENCIADOS JUNTO À ENTIDADE. VALORES COBRADOS CONFORME TABELA ELABORADA UNILATERALMENTE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DO ECAD PARA REGULAMENTAR A LEI DOS DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 9.610/98. COBRANÇA INDEVIDA. 1. Os denominados Termos de Verificação, que supostamente comprovam a dívida, foram emitidos com suporte em regulamento elaborado pelo próprio ECAD, pessoa jurídica de natureza privada, que não possui legitimidade para regulamentar a Lei dos Direitos Autorais, em substituição ao Poder Público. Portanto, forçoso concluir pela invalidade dos referidos documentos. 2. A cobrança mostra-se indevida, dada a ausência de legitimidade do ECAD para exigir o pagamento de valores monetários com arrimo em regulamento expedido pela própria

entidade, e não pelo Poder Público. O autor não possui a competência para regulamentar a Lei de Direitos Autorais, impondo a cobrança de retribuição pecuniária, sendo inválidos os Termos de Verificação e a tabela de valores fixados unilateralmente e sem fundamento legal. Precedentes desta Corte. 3. Sucumbência invertida. Condenação do réu ao pagamento das custas processuais e de verba honorária ao patrono do Município demandado. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. DERAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. UNÂNIME”. (Apelação Cível Nº 70012918835, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 23/08/2006)

O ECAD carece de fiscalização e já foi acusado, mais de uma vez, de envolvimento em práticas deveras questionáveis, como: apropriação de ganhos judiciais; pagamentos abaixo do devido; falta de critério nos cálculos; pagamento para pessoas que não teriam direito sobre a música; e, até mesmo, falsificação de assinaturas. Diversos músicos de renome se pronunciam e se uniram contra esse órgão, em face do seu regime autoritário e sem transparência. Essa grande demanda contra o ECAD levou à instauração de duas CPIs e, posteriormente, à reforma legislativa proporcionado pelo advento da Lei 12.853/2013.

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Ecad teve início em junho de 2011, tendo por objetivo a investigação de possíveis irregularidades na arrecadação e distribuição de verbas oriundas da execução pública de produções artísticas musicais, bem como da ocorrência de abuso da ordem econômica e prática de cartel. Encerrada em abril de 2012, a CPI apontou a falta de transparência nas finanças e na gestão de recursos arrecadados, além de identificar práticas de cartel e monopolização. Pleitou, também, pelo indiciamento de 15 pessoas pelos crimes de apropriação indébita, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito. O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), em 2013, condenou o ECAD pela prática cartel e aplicou multa máxima no valor de R\$ 6,4 milhões para ele, e de R\$ 5,3 milhões para cada associação que o integra, perfazendo um montante de R\$ 38,2 milhões de reais, destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

Em meio a tanta polêmica, fez-se imprescindível uma real mudança na legislação que regula os direitos autorais no Brasil. Atendendo à essa necessidade, foi elaborada a Lei 12.853/2013, que trouxe alterações e reformulações da LDA, almejando alcançar um sistema de cobrança mais justo e transparente.

3.3. Lei Nº 12.853/2013

A Lei nº 12.853/2013 alterou os arts. 5, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescentou os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revogou o artigo 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão de direitos autorais. O foco dessas alterações, como foi dito, deu-se em face de uma maior transparência das deliberações relativas à arrecadação e distribuição de recursos pelos fundos de direitos autorais, em especial o ECAD.

O objetivo da nova lei fica nitidamente perceptível quando observamos a redação incluída por ela no art. 99 da LDA, dispondo que:

Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

§ 1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no caput não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra.

§ 2º O ente arrecadador e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo ente arrecadador somente se fará por depósito bancário.

§ 4º A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados.

§ 5º O ente arrecadador poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do usuário numerário a qualquer título.

§ 6º A inobservância da norma do § 5º tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo da comunicação do fato ao Ministério Público e da aplicação das sanções civis e penais cabíveis.

§ 7º Cabe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos.

§ 8º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 98, as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança, atuando este como mandatário das associações que o integram.

§ 9º O ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 98.

A Lei trouxe ainda diversos mecanismos de fiscalização e estabeleceu critérios para as cobranças, presando pelo isonomia, eficiência e transparência do processo adotado. Devendo a cobrança ser sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, e vedando o tratamento desigual.

A consulta pública realizada para elaboração da lei, que contou com a participação de pessoas físicas, entidades representativas, ONGs, além de estudiosos e acadêmicos, permitiu uma experiência inusitada de confluência democrática, trazendo modernizações do interesse coletivo, em consonância com as necessidades observadas. Apesar desse processo de consulta ter sido marcado por grandes inovações e transformações na concepção da LDA, ele se restringiu à mudanças relacionadas à gestão coletiva dos direitos autorais., frente a franca defasagem e os inúmeros reclamos de artistas em relação ao ECAD, não houve, portanto modificações significativas no que diz respeito à conciliação da legislação com a dinâmica do mundo virtual.⁴⁶

O ECAD, com apoio de alguns artistas, alega que a nova lei é falha, pois estabelece uma total interferência do Estado sobre o patrimônio privado dos artistas, argumentando ainda que a lei é uma espécie de estatização de um direito privado. Em sua luta contra a, relativamente, nova Lei, o ECAD trata sobre questões ligadas à livre iniciativa e proteção ao direito privado, proteção constitucional à liberdade de associação e à intimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente trabalho apresentou a enorme importância das obras estéticas para a sociedade, demonstrando que, por mais individual e pessoal que seja um trabalho artístico, sua importância coletiva é sem precedentes. Em decorrência disso, todos os sistemas legislativos, mesmo os anteriores ao Direito do Autor propriamente dito, sempre buscaram encontrar um equilíbrio para que a proteção à criação autoral, não prejudicasse o direito de acesso à cultura que todo homem detém, e vice e versa.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 41 e 42.

Sobre esses sistemas, Bittar⁴⁷ nos distingue três: o sistema individual (europeu ou francês), que possui caráter subjetivo, com fundamentação na Convenção de Berna, de forma a destinar sua proteção ao autor, lhe outorgando exclusividade e participação nos diversos meios de utilização de sua obra; o sistema comercial, desenvolvido no EUA e na Inglaterra, que é voltado, não para o autor, mas para a obra em si, protegendo desta maneira seu patrimônio cultural, com formulação calcada na Convenção de Genebra; e por último, o sistema coletivo, existente principalmente na Rússia, com a visão coletivista sobrepondo-se à visão subjetivista, de maneira a considerar a proteção dos direitos como elemento para expansão cultural, no caso, em função do progresso socialista.

Observamos também a maneira com que a música se destingue das demais artes e obras estéticas em geral, usando para isso, essencialmente, a perspectiva apresentada por Arthur Schopenhauer em sua magnífica obra, *Metafísica do Belo*. Essa análise foi mais aprofundada ao se tratar dos elementos constitutivos das obras musicais e da dificuldade de enquadramento das mesmas no âmbito de proteção dos direitos autorais, sem contar, a enormidade de possíveis maneiras de se realizar execuções públicas de músicas.

Justamente no que diz respeito à execução pública é que surge o grande problema que o estudo em questão buscou esclarecer. As diversas polêmicas envolvendo o ECAD, das ilegalidades cometidas às diversas injustiças impostas de maneira arbitrária e monopolista, não restaram dúvidas acerca da imperiosidade de formulação da Lei 12.853/2013 para reformular a, completamente datada, LDA. Apesar de relativamente nova, a lei de 2013 já se mostra em diversos aspectos ultrapassada, isso ocorre em virtude da velocidade absurda com que a sociedade avança tecnologicamente. Além da questão referente à tecnologia, cumpre ressaltar que as alterações realizadas pela citada lei, que versaram, primordialmente, por solucionar as defasagens de atuação do ECAD, atendendo à grande demanda proveniente do meio artístico, não são aceitas de forma unânime, nem nesse própria meio, gerando ainda inúmeros debates, discussões e, conseqüentemente, recursos judiciais.

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2013, p. 28.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Otavio. **Direito Autoral**. Conceitos Essenciais - Ed. Manole, 2009.
- ALBUQUERQUE, Célio. **1973 - O ano que reinventou a MPB** – Ed. Sonora, RJ, 2013.
- ARAÚJO, Paulo Cesar. **Eu não sou cachorro, não – música popular cafona e ditadura militar**. Record, 2010.
- ARE, Mario, **L’oggetto del diritto di autore**, 1963
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BITTAR, Carlos Alberto, **Direito de Autor** – Forense, 2013
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos autorais na jurisprudência**. São Paulo: RT, 1988
- BOBBIO, Pedro Vicente. **O direito de autor na criação musical**. São Paulo: editora Lex. 1951.
- CANDÉ, Roland de. **História universal da música**. Tradução de Eduardo Brandão. Ed. Martins fontes, 1994
- CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: Ltr, 1995
- CHAVES, Antônio. **O direito do autor nas obras musicais** – artigo publicado na Revista de informação legislativa.
- DESBOIS, Henri. **Le droit d’auteur em France**. 2ª ed. Delloz, Paris, 1966
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1999
- HABERMAS, Jürgen . **The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society**. Boston, Beacon Press, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action. Vol 2. Lifeworld and system: A critique of functionalist reason**. Boston, Beacon Press, 1987
- HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. Editora Unisinos. 2002
- HERRERA, Dina Sierpe. **Propriedad intelectual** – Derechos de Autor

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito do Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004

MANN, Thomas. **O pensamento vivo de Schopenhauer**. Trad. Pedro F. Amaral. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960.

MARCUSE, Hebert, **A Dimensão Estética**, tradução de Maria Elisabete Costa. Lisboa, 2007

MORAES, Walter. **Artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976

OLIVEIRA E SILVA, Dirceu. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956

PESSOA, Fernando , **Obras em prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1974.

PIMENTA, Eduardo e PIMENTA, Rui Caldas. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. Ed. Revista dos tribunais. 2005

SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do Belo**. Trad. Jair Barbosa. São Paulo: Editora UNESP, 2003

VASCONCELOS, Gilberto. **Música popular: de olho na fresta**. Graal, 1977.

Words of art, Simon & Schuster, Adams media, 2013

A ilegalidade das cobranças do ECAD – por: Cristiane Prestes Machado. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/24020/a-ilegalidade-das-cobrancas-do-ecad>> Acesso em 03 de novembro de 2017

Lei de direitos autorais nas obras musicais – por: Leonardo Mota Costa Rodrigues. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3848> Acesso em 06 de novembro de 2017

A música sob o Prisma Legal – por: Emmerich Ruysam. Disponível em <<https://ruysam.jusbrasil.com.br/artigos/434883735/a-musica-sob-o-prisma-legal>> Acesso em 05 de novembro de 2017

Ecad: música, dinheiro e polêmicas na Justiça. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2811648/ecad-musica-dinheiro-e-polemicas-na-justica>> Acesso em 29 de outubro de 2017

O que é o Ecad? E por que ele está cobrando direito autoral de blogs? – por: Felipe Ventura. Disponível em <<http://gizmodo.uol.com.br/o-que-e-o-ecad-e-por-que-ele-esta-cobrando-direito-autoral-de-blogs/>> Acesso em 2 de novembro de 2017

Gestão de direito autoral gera polêmica entre ECAD e músicos – por: Leonardo Fernandes. Disponível em <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2015/09/29/interna_diversao_arte,500444/gestao-de-direito-autoral-gera-polemica-entre-ecad-e-musicos.shtml> Acesso em 5 de novembro de 2017