SANDRO ROBERTO DOS SANTOS

O DIREITO DE AUTOR NA OBRA MUSICAL

Desequilíbrio do contrato e os novos rumos da proteção autoral

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob orientação da Professora Associada Dra. Silmara Juny de Abreu Chinelato.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, fevereiro de 2009

Banca Examinadora:

Professora Associada Dra. Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida

Membro do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Membro externo do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

À força real criadora do Universo, autora do inexplicável.

A meus pais, Iracema Sardagna e Pedro Camacho, autores da minha existência, a quem devo tudo o que tenho e o que sou.

A meus irmãos Fernando e Claudia, pelo companheirismo e exemplo de compromisso com a pesquisa.

À Professora Silmara Chinelato, guia intelectual desta obra, pelos ensinamentos e caminhos apresentados.

Aos professores Newton Silveira e Nestor Duarte, pelas contribuições oferecidas no exame de qualificação.

Aos irmãos de convivência, juristas e músicos, pela experiência compartilhada.

RESUMO

Trabalhando com a linha de pesquisa “Direito moral e patrimonial de autor” propõe-se um estudo sobre o Direito de Autor na obra musical, abordando mais especificamente as relações contratuais entre autores e empresas de gravação e distribuição, quais sejam: produtores fonográficos (gravadoras) e editoras musicais. O presente trabalho é dividido em três partes. A primeira trata da propriedade intelectual sobre obras imateriais, sua evolução histórica e os conceitos da doutrina autoralista, substrato intelectual necessário para compreensão do problema de pesquisa: o desequilíbrio contratual e o dano autoral. A segunda parte analisa a questão proposta sob o ponto de vista do Direito Civil e da Constituição Federal brasileira, apresentando propostas de solução pela via judicial. A terceira e última parte cumpre a tarefa de apresentar propostas preventivas ao problema apresentado, seja quanto à prática contratual seja na atualização da legislação autoral brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual; Direito de Autor; Desequilíbrio Contratual; Dano Autoral; Obra Musical.

ABSTRACT

Working in the research context of “moral and patrimonial right in the common law copyright of the author”, recording musical is considered more specifically the contract relations between authors and companies of writing and distribution, which are: record labels (recorders) and musical editors. The present work is divided into three parts. The first deals with copyright as incorporeal workmanships, its historical evolution and the concepts of authorial doctrine, required intelectual substratum for understanding the research problem: the contractual disequilibrium and the authorial damage. The second part analyzes the question proposal under the point of view of the Civil law and the brazilian Federal Constitution, presenting proposals of solution for the judicial way. The third and last part fulfill the task to present preventive proposals to the presented problem, either how much to practical the contractual one either in the update of the brazilian authorial legislation.

Keywords: Intellectual property; Copyright; Contractual disequilibrium; authorial damage; musical workmanship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
Parte I – A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE OBRAS IMATERIAIS.....	11
I.1. A história da proteção jurídica sobre obras imateriais	11
I.1.1. O reconhecimento da propriedade intelectual pessoal do autor	17
I.1.2. Direitos autorais e Direito de Autor: terminologias distintas.....	21
I.1.3. Os sistemas de proteção autoral	23
I.2. Natureza jurídica e os princípios gerais do Direito de Autor	28
I.3. O autor e a obra musical: sujeito e objeto da proteção autoral.....	33
I.4. O conteúdo dos direitos de autor e sua alienabilidade	38
I.5. A utilização da obra musical como fato gerador de direitos	43
Parte II - O SISTEMA CONTRATUAL	45
II.1. O novo paradigma contratual e os princípios sociais do contrato.....	45
II.1.1. O equilíbrio contratual	52
II.1.2. Boa-fé objetiva.....	53
II.1.3. A função social do contrato	57
II.2. A prática contratual no meio autoral musical	60
II.2.1. A cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais de autor.....	67
II.3. O desequilíbrio contratual e o dano autoral	70
II.3.1. A reparação do dano autoral	75
II.4. Fundamentação jurídica	80
II.4.1. A Constituição Federal	82
II.4.2. O instituto da lesão nos contratos	83
II.4.3. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e as teorias revisionistas	90
II.4.4. Revisão e resolução contratual: a função da boa-fé nos contratos.....	98
II.4.5. Conversão dos negócios jurídicos.....	101
Parte III – OS NOVOS RUMOS DA PROTEÇÃO AUTORAL NA MÚSICA.....	103
III.1. Direito de autor e interesse público	103
III.2. O mercado fonográfico e a cópia privada.....	109
III.3. O paradigma digital e a crise do Direito de Autor.....	118
III.4. Contribuição para atualização da legislação autoral brasileira.....	123
III.5. O contrato de concessão como instrumento de prática contratual justa.	128
CONCLUSÕES	132
BIBLIOGRAFIA	136

INTRODUÇÃO

Até meados do século XX as obras musicais eram difundidas ao público por meio de partituras e suas interpretações. A evolução da tecnologia permitiu a fixação e reprodução fonográfica, impulsionando a difusão dessas obras intelectuais em larga escala. Assim, a proteção autoral passa a adquirir proporções maiores e, como consequência, o relacionamento entre autores e empresas de publicação de obras musicais também se intensificou.

O tema referente à tutela jurídica dos autores na obra musical, além de carecer de muitos estudos doutrinários, demanda várias reflexões. Uma delas diz respeito ao dano autoral quando do relacionamento contratual entre autores e empresas de publicação, gravadoras e editoras musicais.

Foi pelo seu aspecto patrimonial que o Direito de Autor alcançou a positivação, ou seja, a previsão legal. Como se sabe, uma queixa que sempre pontuou o meio autoral diz respeito à incorreta estrutura de pagamento dos *royalties*¹, ou seja, a porcentagem paga ao autor quando da exploração econômica de sua obra.

Anos passaram e a evolução da tecnologia permitiu que se fixe, reproduza e distribua obras musicais com um custo menor. Porém, boa parte dos contratos contém cláusulas onde são pactuados os mesmos *royalties* pagos com base no antigo *long-play* de vinil, ou LP, época em que os custos de fixação, reprodução e distribuição eram maiores, o que justificava as porcentagens pagas. Também não há

¹ O termo *royalties*, originado do sistema autoral anglo-saxão, referia-se, inicialmente, aos valores devidos pelos editores à Coroa pela concessão do direito de explorar economicamente obras literárias. Neste trabalho, o termo designa os valores devidos aos autores de obras musicais resultantes da exploração das mesmas no mercado. GUEIROS JR., Nehemias. *Direito autoral no show business – A música*. Rio de Janeiro: Ed. Gryphus, 1999. p. 137.

previsão legal que determine um mínimo a ser pago a título de *royaltie*, deixando o autor à mercê das regras de mercado².

O artigo 91 da lei autoral portuguesa (Lei 50/2004) dispõe que, na falta de estipulação quanto à retribuição do autor, tem este direito a 25% sobre o preço de cada exemplar vendido. Outras legislações, como a da França, que é de 1957 (Lei nº 57.298/1957, alterada pela lei nº 85.660/1985), adotam o regime básico do pagamento proporcional ou progressivo de *royalties*, baseado em patamares de vendas progressivamente maiores. A legislação autoral brasileira nada dispõe no sentido de prever um percentual mínimo a ser pago ao autor, deixando a prática contratual aos ditames do mercado.

O dano autoral decorrente da remuneração não eqüitativa é o problema apresentado na presente pesquisa, cujo objetivo é apresentar uma reflexão crítico-construtiva da proteção conferida aos autores no meio musical. A elevação ao plano constitucional dos princípios da legislação civil, materializados nas novas regras contratuais e na função social do contrato, e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações jurídicas privadas, constituem a essência da leitura que se faz necessária na abordagem crítica do Direito de Autor.

Na busca de uma interpretação que permita a efetividade dos preceitos constitucionais em conjugação com a atual legislação civil, com as normas ordinárias estabelecidas pela legislação autoral, e os tratados internacionais sobre a matéria ratificados no Brasil, far-se-á uso, como metodologia de pesquisa, da leitura civil-constitucional³.

² *Ibid.* p. xxvi

³ Nesse sentido, leciona Carlos Alberto BITTAR: “A partir da nova Carta, a aplicação das normas do Direito Civil deverá ajustar-se aos princípios e regras já em vigor, para sua perfeita higidez jurídica, revelando-se, nesse passo, de grande valia a interpretação integrativa, por meio da qual se empresta a determinadas regras o sentido próprio à realidade social do momento, obedecidos os cânones correspondentes da Constituição”. BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 42. *Diante da nova Constituição, o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. “Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”*. TEPEDINO, Maria Celina

O presente trabalho é dividido em três partes. Na primeira, é feita uma retrospectiva histórica sobre a proteção jurídica às obras intelectuais, da Idade Antiga à atualidade, resgatando conceitos e princípios jurídicos valiosos para uma melhor compreensão do problema de pesquisa. A segunda apresenta as características do paradigma contratual atual e os princípios sociais do contrato, a fim de conduzir o estudo à análise das práticas negociais do meio musical e, por fim, ao problema de pesquisa: o desequilíbrio contratual e o dano autoral. Diante da questão proposta, expõem-se os fundamentos e a instrumentação jurídica com vistas a dirimir tal situação pela via judicial.

Intitulada “Os novos rumos da proteção autoral”, a terceira parte traduz o esforço no sentido de delinear os novos caminhos da proteção autoral na área musical e apresentar propostas preventivas, a fim de adequar o contrato à parâmetros justos e razoavelmente aceitáveis. Partindo da análise das Convenções Internacionais e das legislações autorais de diversos países, são apresentadas contribuições para a atualização da legislação brasileira a fim de contribuir para o avanço da proteção autoral no que diz respeito ao seu sujeito originário: o autor.

Cumpre frisar, que não se trata de uma proposta privatista de estudo, entendendo que a proteção autoral deva favorecer única e exclusivamente os interesses do autor. Tampouco se afirma que as empresas de gravação e distribuição atuem desonestamente quando da contratação. Entretanto, agindo na defesa de seus legítimos interesses, ainda que despidos da vontade de causar danos, estes ocorrem e, conseqüentemente, provocam uma injustiça que é contrária aos desígnios da proteção autoral⁴.

Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil-constitucional. In : Revista de Direito Civil, nº 65, São Paulo, 1992. p. 24.

⁴ MANSO, Eduardo V. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 102.

PARTE I – PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE OBRAS IMATERIAIS

SUMÁRIO: I.1. A história da proteção jurídica sobre obras imateriais; I.1.1. O reconhecimento da propriedade intelectual pessoal do autor; I.1.2. Direitos autorais e Direito de Autor: terminologias distintas; I.1.3 Os sistemas de proteção autoral; I.2. Natureza jurídica e os princípios gerais do Direito de Autor; I.3. O autor e a obra musical: sujeito e objeto da proteção autoral; I.4. O conteúdo dos direitos de autor e a alienabilidade dos direitos patrimoniais; I.5. A utilização da obra musical como fato gerador de direitos.

I.1. A história da proteção jurídica sobre obras imateriais

A tutela jurídica das criações do espírito humano remonta a Antiguidade. Apesar de parte da doutrina afirmar que não se pode falar em uma proteção autoral na tradição greco-romana, alguns estudos revelam que existiam condições para reprodução de obras literárias, ainda que trabalhosa e dispendiosa⁵.

Face à possibilidade de reprodução de livros, o desenvolvimento cultural e o acesso às obras literárias cresceu. Entretanto, o autor não poderia alcançar esse novo público sem o investimento inicial de um intermediário. Esses intermediários,

⁵ D'OCK, Marie-Claude. *Contribution Historique a l'étude des droits d'auteur*. Paris: Pichon et R. Durand-Auzias, 1963. p. 12. D'OCK expõe que as operações necessárias para o fabrico de um livro eram numerosas e complexas. O manuscrito era entregue pelo autor às mãos dos copistas, que formavam em Roma uma corporação potente. Faziam juramento de fazer cópias exatas e eram punidos se alterassem os seus modelos. Um leitor lia em voz alta e ditava a obra aos copistas reunidos numa mesma sala. Estes, sentados sobre sedes baixas, escreviam sobre os seus joelhos. De acordo com este método, um número considerável de exemplares era transcrito rapidamente. Na sala vizinha corrigiam-se as faltas e em outra as cópias eram organizadas para entrega aos leitores. p. 13.

editores de livros, motivados pelo resultado econômico da venda das obras, impulsionaram o fortalecimento dos direitos patrimoniais de autor⁶.

Mesmo que presente a noção de propriedade literária na Antiguidade e, apesar de contar com alguns privilégios, desde àquela época os autores e artistas não tinham reconhecidos seus direitos já que para os editores a fama decorrente da publicação de um livro já era uma recompensa suficiente para o esforço intelectual do autor. Desde a Idade Antiga, a criação intelectual demanda interesses, sobretudo de seu autor.

Ainda que o foco central desses interesses não fosse econômico, o reconhecimento público da paternidade das criações era reivindicado. Apesar do silêncio da legislação romana quanto ao Direito de Autor, não seria correto concluir pela inexistência de questões autorais, sobretudo no plano casuístico, onde a dinâmica jurisprudência dos pretores era uma fonte de Direito com autonomia em relação à legislação da época, silenciosa a respeito das questões autorais⁷.

A inexistência de condições propícias para a reprodução em larga escala não impede que se reconheça a utilidade econômica da obra literária e de um modelo artesanal de edição e distribuição em Roma, basta lembrar o papel dos *bibliopoles*, os editores e livreiros de hoje, e os *librarius*, que correspondem às bibliotecas atuais, descritos por D'OCK⁸.

Não só os romanos perceberam a noção de coisa incorpórea, mas também os textos traziam uma concepção bem evoluída da propriedade intelectual. Esta noção

⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo FTD: 1998. p. 32.

⁷ COSTA NETTO, José Carlos. *Critérios de reparação em violações de direito autoral*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. p. 03-04. *É válido destacar nesse sentido, que a maioria dos negócios àquela época desenvolvia-se por meio do Direito Consuetudinário, ou seja, nos usos e costumes.*

⁸ *Retratando a atividade dos bibliopoles a autora expõe que os mesmos ocupavam os pontos mais animados da cidade, principalmente o Fórum. As lojas dos bibliopoles tinham cartazes que indicavam as obras em venda. Logo que um livro aparecia, os bibliopoles, para excitar a curiosidade do público, escreviam o seu título sobre os murais destinados aos cartazes. Quanto às lojas, elas mesmas eram verdadeiras feiras literárias onde se revendia e discutia literatura.* D'OCK, 1963. *Op. Cit.* p. 13

é encontrada em uma passagem de Cícero, que afirma ser do grupo das coisas não somente qualquer um que tenha uma existência material, mas também as puras concepções do espírito. Além disso, na própria literatura encontram-se passagens com noções atuais de Direito de Autor, como no texto do poeta Horácio⁹.

Mesmo que a distribuição de livros anteceda a tipografia¹⁰, sem dúvida foi a invenção da imprensa no século XV o ponto de partida para positivação deste instituto jurídico. Como se sabe, a primeira lei considerada autoral foi editada na corte da rainha *Anne*, da Inglaterra em 1710. Tal dispositivo legal destinou-se a conferir alguma proteção às obras intelectuais, não aos autores das mesmas. O *Copyright Act*, ou “ato do direito de cópia”, de 1710, tutelou os interesses dos editores contra a reprodução ilegal de seus impressos, ficando conhecido como “privilégio de impressão”¹¹. A segunda nação a promulgar sua lei autoral foi a Dinamarca em 1741¹².

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1783 concedia por tempo determinado, direitos exclusivos para autores de obras intelectuais. Posteriormente foi editado o *Federal Copyright Act*. Na França, em 1793, foi promulgada lei garantindo direitos aos autores, compositores e artistas plásticos durante a vida, fixando prazos de proteção pós-morte, e permitindo a execução de obras dramáticas¹³. Mas foi a partir da Revolução Francesa, por influência do Iluminismo

⁹ D’OCK cita outro texto que contém implicitamente noções atuais de direito autoral. Trata-se de um texto do poeta latino Horácio, *A Arte Poética*, na qual expõe os princípios pelas quais determina se uma obra é original ou não. Afirma que as idéias fazem parte do domínio público e, como tais, são suscetíveis de livre exploração. Horácio traz a idéia de que é a originalidade da forma que fará da obra propriedade de seu autor. Tais noções perduram até hoje no entendimento da doutrina autoral. *Ibid.* p. 15-18.

¹⁰ É propenso pensar que a divulgação de livros data apenas da tipografia. Os detalhes dados pelos autores latinos a este respeito permitem constatar que a indústria e o comércio de livros eram conhecidos perfeitamente pelos romanos e praticada na Itália em larga escala. Entretanto, foi necessário esperar a introdução no comércio do ocidente do papiro egípcio e, posteriormente, a do pergaminho para ver a edição desenvolver-se. D’OCK. *Ibid.* p. 12.

¹¹ Conforme expõe Eliane Y. ABRÃO: “A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se *copyright*, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. ABRÃO, Eliane Yachou. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 28.

¹² GUEIROS JR., Nehemias. *Direito autoral no show business – A música*. 3 ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p. 31.

¹³ Silmara CHINELATO e Giselda HIRONAKA esclarecem que: “Em 1793 duas leis francesas foram editadas: uma sobre execução e sobre reprodução de obras dramáticas e escritas, composições musicais, pintura e desenhos; outra sobre direito de exclusividade aos criadores, como direito do autor e não do editor, conforme ocorria na Idade Média”. CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda

e do Humanismo, que a noção de Direito de Autor passou a ser de um direito de propriedade¹⁴.

No plano internacional, a Convenção de Berna de 1886 foi o primeiro tratado internacional destinado a tratar da proteção aos direitos de autor, estabelecendo regras gerais e mínimas observadas e adotadas posteriormente por inúmeras legislações internas. O Brasil desde 1922 é signatário dessa Convenção, que se tornou ponto de referência no Direito de Autor moderno, por reunir como signatários as grandes potências e os países em desenvolvimento, até mesmo do Oriente Médio e Ásia¹⁵.

A Convenção de Berna passou por várias revisões nos anos seguintes, no intuito de uniformizar a legislação internacional e as específicas dos países participantes. A primeira delas ocorreu dez anos depois, em 1896, na França, conhecida como Convenção de Paris. Em 1908 editou-se a Convenção de Berlim; em 1928 a Convenção de Roma, que assentou a unidade e a incidibilidade dos direitos de autor; em 1948 a Convenção de Bruxelas; em 1967, a de Estocolmo; e, em 1971, outra revisão foi feita novamente em Paris, texto modificado em 1979¹⁶.

Conforme leciona Marisela LOPEZ, outro instrumento internacional de grande importância em matéria de direitos de autor, é, sem dúvida, a Convenção Universal de Genebra, firmada em 1952. Sua finalidade foi apresentar uma proteção eficaz aos autores, por meio de um sistema menos rigoroso que o proposto na Convenção de Berna, propiciando assim, a adesão dos países que, até então, haviam negado a adesão a esta última¹⁷.

Maria Fernandes Novaes. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. V. 14. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 108.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 13.

¹⁵ GUEIROS JR., 1999. *Op. Cit.* p. 31.

¹⁶ Destaca-se ainda a *Convenção Universal de Genebra (UNESCO)*, de 1952, revista em 1971 na *Convenção de Paris e outras, como a sobre direitos conexos, de Roma (1961) e Genebra (1971)*. BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 13.

¹⁷ LOPEZ, Marisela Gonzales. *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1993. p. 109.

No continente americano, destaca-se o Congresso de Direito Internacional Privado de Montevideu (1889), revisto em 1939; e as Convenções realizadas no México (1902); Rio de Janeiro (1906); Buenos Aires (1910); Caracas (1911); Havana (1928), que revisou a de Buenos Aires; e a de Washington (1946)¹⁸.

No Brasil, o Direito de Autor passou por três momentos legislativos. A Lei de 11 de setembro de 1827, que instituiu os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda¹⁹, o Código Civil de 1916, que tratou da matéria nos artigos 649 a 673, e, posteriormente, a Lei 5.988 de 1973, também denominada Lei dos Direitos Autorais, atualizada pela Lei 9.610 de 1998, que regulamentou em caráter especial os Direitos de autor e os que lhe são conexos²⁰.

No plano constitucional brasileiro, a Constituição do Império de 1824 fez, pela primeira vez, referência aos privilégios dos inventores, silenciando, contudo, quanto aos direitos de autor. Somente na Constituição de 1891 é que se reconheceu definitivamente os direitos dos autores. A partir daí, conforme leciona BITTAR:

“As demais Constituições mantiveram, à exceção da carta de 1937, esse Direito, como uma das liberdades públicas (Emenda de 1926, art. 72 § 26, A Constituição de 1934, art. 113, inciso 20, a Constituição de 1946, art. 150 § 25, Constituição de 1967, art. 153 § 25, Constituição de 1988, art. 5º, XXVII e XXVIII)”²¹.

A música é uma das mais antigas formas de arte. Os antepassados faziam uso no contato com espíritos, na busca de algum sentido para o universo desconhecido²². A história da edição musical e conseqüentemente proteção das obras musicais teve início com a edição de partituras, obviamente propiciadas pelo desenvolvimento da escrita musical. Com a imprensa, a idéia de reproduzir músicas

¹⁸ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 13.

¹⁹ *Sobre a lei que instituiu os cursos jurídicos no Brasil, o artigo 7º concedia privilégio exclusivo aos lentes sobre compêndio de suas lições. Ibid.* p. 14.

²⁰ GUEIROS JR., 1999. *Op. Cit.* p. 31-33.

²¹ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 14.

²² GUEIROS JR., 1999 *Op. Cit.* p. 03.

em forma de textos fortificou-se, de modo que a partir dos primeiros anos do século XVI pode-se falar de uma atividade industrial relativa à edição de obras musicais.

As primeiras tentativas de notação musical ocorreram entre os anos 590 e 604, no papado de Gregório I, o Grande, por ocasião do amplo programa de reformas litúrgicas que implementou, dentre elas a codificação do repertório de canto. Tratava-se de um rudimentar sistema de símbolos que permitiam indicar ao intérprete algumas informações rítmicas e melódicas das músicas. Atribui-se historicamente ao monge beneditino Guido D'Arezzo (995-1050) a elaboração do pentagrama, sistema de notação musical utilizado até a atualidade²³.

Desde os primeiros anos do Renascimento os editores recebiam privilégios de impressão das mãos do soberano, promovendo a propagação de obras musicais por meio da reprodução, distribuição e execução pública. Durante a Revolução Francesa, as obras musicais juntamente com as dramáticas passaram a contar com a regulação do direito de representação. A edição e distribuição em forma de partituras, juntamente com a representação e execução pública, são modalidades que representam os primórdios da utilização de obras intelectuais musicais²⁴.

Até meados do século XX as músicas eram difundidas ao público por meio de partituras e suas interpretações, não obstante um cenário cultural onde poucas pessoas sabiam ler e interpretar escritos musicais. A evolução da tecnologia tornou possível a fixação e reprodução fonográfica. Assim, a inserção da obra musical em suporte, ou seja, o fonograma, pode ser considerado o marco inicial da até então limitada comunicação ao público, para uma circulação em larga escala²⁵.

²³ ARISTI, Rafael Sánchez. *La propiedad musical sobre las obras musicales*. 2ª edición. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 16.

²⁴ *Ibid.* p. 05.

²⁵ *Imprescindível para a compreensão de toda a questão relativa aos direitos autorais musicais é a noção de obra musical e de fonograma. Enquanto a obra musical corresponde ao fruto da criação humana que possui letra e música ou simplesmente música, o fonograma diz respeito à fixação dos sons de uma interpretação da obra musical ou de outros sons. Assim, cada faixa de um disco, por exemplo, é um fonograma distinto.*

As obras musicais constituem a categoria que talvez melhor se adaptou às distintas fases evolutivas da proteção autoral, desde a época dos privilégios de impressão até a atualidade. Rafael Sánchez ARISTI expõe que, de todas as obras protegidas pelo Direito de Autor, a música foi a que alcançou um maior nível de exploração, graças à facilidade atual de sua comunicação²⁶.

Mas mesmo nas primeiras décadas do século XX não existia tecnologia suficiente de reprodução fonográfica como é feita atualmente. Os discos eram feitos de cera e, não raro, os músicos e intérpretes eram obrigados a realizar uma sessão de gravação para criação de cada disco. A ampliação das formas de utilização e proteção das obras musicais ampliou-se e viabilizou o crescimento dos negócios da música, que movimentam atualmente bilhões de dólares por ano²⁷.

Percebe-se que a relevância que têm adquirido as obras musicais na atualidade, no contexto da proteção autoral, contrasta com seu papel relativamente secundário em outros estágios da evolução da legislação autoral.

L1.1. O reconhecimento da propriedade intelectual pessoal do autor

Da Idade Antiga à Idade Média, assim como desta até a atualidade, pode-se vislumbrar momentos de expansão da consciência ética no tocante ao Direito de Autor. A partir da invenção da imprensa, a conscientização sobre a necessidade de estabelecimento de uma forma diferenciada de proteção intensificou-se²⁸.

²⁶ ARISTI, 2005. *Op. Cit.* p. xv.

²⁷ GUEIROS JR., 1999. *Op. Cit.* p. 71.

²⁸ Na Idade Média, a proteção aos autores de obras intelectuais dava-se por meio de concessões. Concedidas arbitrariamente pelo rei, tais concessões limitavam-se, na maioria dos casos, ao reconhecimento da autoria. MILEO, Bruno Alberto Paracampo; SOARES, Gysele Amanajás. *A cultura tradicional e o direito autoral*. In: Revista da ABPI, nº 76. mai./jun. de 2005. p. 64.

José Carlos COSTA NETTO esclarece que, mesmo assim, a identificação do titular da proteção ainda não seria o autor, mas sim os editores, tendo em vista que a atividade técnica tipográfica era mais visível²⁹. A proteção autoral na forma de privilégios, existente desde a tradição greco-romana e priorizando interesses dos editores em detrimento dos autores, perdurou por toda a Idade Média. Somente no século XVIII esse sistema seria substituído pelo Direito de Autor nos moldes atuais.

Esses privilégios garantiam aos editores a exclusividade nos direitos de reprodução e distribuição, além de um prazo de duração para essa proteção³⁰. Conforme expõe BITTAR, os privilégios consistiam em monopólios de utilização econômica da obra, conferidos por 10 anos³¹.

No aspecto legal, o sistema de privilégios começou a mudar em 1710, com a instauração do *Copyright* na Inglaterra, momento em que se inaugura uma nova etapa na evolução do Direito de Autor. A Lei inglesa previa um prazo de proteção de 14 anos, contados da data de publicação, bem como um prazo adicional de igual período, caso o autor continuasse vivo³². Mas a tutela dos interesses dos autores ainda não estava presente. Como bem explica BITTAR:

“Coube à Inglaterra a primazia na expedição de diploma legal sobre Copyright, com o Estatuto da Rainha Ana (1710), em que se buscava mais resguardo à obra, ou seja, com sensível marca de objetividade. Direito mesmo, atribuído ao criador, somente se fez presente com as leis francesas baixadas pelos revolucionários (1793), exatamente para extinção dos privilégios dos editores”³³.

Em 1777 promulgam-se na França seis decretos, onde é reconhecido, ao autor, o direito de editar e vender suas obras. Também são criadas duas categorias de privilégios, uma dirigida aos editores e outra aos autores³⁴. Os privilégios dos

²⁹ COSTA NETTO, 2005. *Op. Cit.* p. 07.

³⁰ STEWART, Stephen M. *International Copyright and neighbouring Rights*. Londres: Buttersworths, 1983. p. 16.

³¹ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 12.

³² COSTA NETTO, 2005. *Op. Cit.* p. 8.

³³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor nos limiares do século XXI*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. V. 31. n. 122. p. 33-40. abr./jun. 1994. p. 35.

³⁴ COSTA NETTO, 2005. *Op. Cit.* p. 09.

editores eram proporcionais ao investimento na edição da obra e tinham prazo de duração. Delia LIPSZYC esclarece que os privilégios dos autores, por sua vez, eram perpétuos, porém, só aplicáveis aos escritores, excluindo os autores de obras teatrais e musicais³⁵.

O Código Civil Francês de 1804, assim como as demais codificações que se edificaram no século XIX e trataram do Direito de Autor, teve como fundamento os chamados “direitos subjetivos”, ou “direitos naturais”, legados ao ser humano pela natureza e ligados à sua personalidade. Nos moldes da Revolução Francesa, o Direito de Autor evoluiu, conforme destaca COSTA NETTO, do aspecto patrimonialista, com a noção do Direito de autor como um direito de propriedade, para um direito da personalidade do criador, trazendo a noção de direito moral³⁶.

Bruno MAEDA retrata essa evolução nos seguintes termos:

“Nesse sentido, a teoria dos direitos da personalidade, surgida sob a influência da doutrina e jurisprudência européias, preconizava serem os direitos autorais essencialmente imateriais, oriundos da relação personalíssima entre o autor e sua obra, com atributos de inalienabilidade e intransmissibilidade. Justamente por essa razão, passaram a ser reconhecidas inicialmente na Europa continental, determinadas faculdades típicas de um direito de personalidade, através dos chamados direitos morais de autor, baseados na concepção da criação intelectual do autor como uma verdadeira emanção da personalidade humana, sendo ela exclusiva e indissociável”³⁷.

O direito romano concebia uma divisão tripartite do Direito em: direitos pessoais, obrigacionais e reais. Àquela época não existiam regras específicas que definissem a natureza jurídica do Direito de Autor. De início, a proteção autoral foi inserida na classificação como um direito real, a propriedade sobre um bem incorpóreo.

³⁵ LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Ediciones UNESCO, 1993. p. 33.

³⁶ COSTA NETTO, 2005. *Op. Cit.* p. 12.

³⁷ MAEDA, Bruno Carneiro. *A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 19.

Com a evolução do pensamento jurídico, o Direito de Autor passou a integrar os chamados direitos da personalidade. Os direitos da personalidade referem-se às relações da pessoa consigo mesma e suas projeções para o exterior, como, por exemplo, os direitos à vida, à honra, à imagem, dentre outros. Os direitos intelectuais, por sua vez, são aqueles advindos das relações das pessoas com coisas (bens) imateriais, ou seja, entre ser humano e os produtos de seu intelecto³⁸.

Rubens Limongi FRANÇA divide os direitos da personalidade em três gêneros: o direito à integridade física, como, por exemplo, o direito à vida, o mais importante de todos; o direito à integridade intelectual, como os direitos do autor; e o direito à integridade moral, como o direito à imagem³⁹. A partir da elaboração da teoria dos direitos da personalidade, a doutrina passou a classificar o Direito de Autor não mais a partir do objeto de proteção, a obra, mas a partir do sujeito, o autor, inserindo-os nos direitos da personalidade.

O Direito de Autor passa a ser entendido como uma espécie do direito à integridade intelectual, como uma espécie dos direitos intelectuais. Para a afirmação desses direitos destaca-se a contribuição de Edmond PICARD, em tese lançada em 1877, onde defendeu a inserção dessa nova categoria. Ao passo que os direitos da personalidade alcançam o ser humano em si e suas projeções para o exterior, os direitos intelectuais referem-se às relações entre pessoas e coisas, autores e obras, sujeito e objeto da proteção autoral⁴⁰.

Por possuir princípios próprios e natureza jurídica *sui generis*, o Direito de Autor desgarrou-se do Direito das Coisas, dos Direitos da Personalidade, constituindo, enfim, um ramo autônomo do Direito Civil. Trata tanto de direitos da personalidade do autor: direitos personalíssimos, morais⁴¹; quanto de direitos

³⁸ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 02.

³⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. V. 1, 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 403.

⁴⁰ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 02.

⁴¹ "Os direitos morais são os liames eternos que unem o autor à sua criação, no intuito de prover a defesa da sua personalidade" GUEIROS JR., 1999. *Op. cit.* p. 57.

patrimoniais, advindos da utilização da obra intelectual, que a princípio são de propriedade do autor.

I.1.2. Direitos autorais e Direito de Autor: terminologias distintas

Como se sabe, a criação intelectual representa um patrimônio que existe e circula na sociedade. Tal criação, por sua vez, pode ter cunho utilitário ou estético. Sabe-se também que sob a égide dos direitos intelectuais encontram-se de um lado, os direitos industriais, referente à proteção das patentes de invenções e dos engenhos de cunho utilitário, e de outro os direitos imateriais, que regulam e protegem a criação intelectual com finalidade incorpórea, abstrata, ou seja, não obras de caráter utilitário, mas de característica estética, como é o caso das obras pertencentes ao campo da literatura, das artes e da ciência⁴².

A terminologia “Direito Autoral”⁴³ ou “Direitos Autorais” designa a propriedade imaterial em sentido geral, que por sua vez divide-se em “Direitos de Autor”, os direitos do autor em si sobre a obra fruto da sua criação, e os “Direitos conexos aos de Autor”, conferidos àqueles que auxiliam na materialização e fixação daquela obra, caso das empresas de publicação. Portanto, os Direitos Autorais designam o gênero da propriedade imaterial, da qual são espécies os Direitos de Autor e os Direitos Conexos aos de Autor⁴⁴. Mas porquê essa distinção interessa ao presente estudo?

⁴² GUEIROS JR., *Ibid.* p. 42.

⁴³ Conforme leciona Eduardo Vieira MANSO: “Direito autorial é o conjunto de prerrogativas jurídicas de patrimonial e não-patrimonial atribuídas aos autores de obras intelectuais pertencentes ao reino da literatura, da ciência e das artes, motivo por que são, tradicionalmente, denominadas “obras literárias, artísticas e científicas, locução, porém, que não esgota as hipóteses de obras suscetíveis de proteção por tal ramo do Direito Privado”. MANSO, 1991. *Op. Cit.* p. 01.

⁴⁴ Quanto às divergências de entendimento dessas denominações, Antonio Carlos Morato e Fernanda Mazzafera Salles lembram que para alguns autoralistas, como Carlos Alberto Bittar e Nehemias Gueiros Junior, direito autorial e direito de autor são sinônimos e designam um ramo do direito privado regulador das relações jurídicas criadas entre autor e obra. Para outros, como José de Oliveira Ascensão, direito de autor e direito autorial são institutos diversos. Enquanto o primeiro trata dos direitos do autor em relação à

Em função dessa distinção é possível entender a evolução desse ramo autônomo do Direito Civil, da sua previsão legal aos dias atuais, e a posição ocupada pelo autor no desenvolvimento da proteção autoral. Como já visto, os primeiros vestígios da proteção autoral encontram-se nas civilizações clássicas. Na Grécia e Roma antigas, sabe-se que o Erário distribuía prêmios aos recitadores de versos. A positivação deste instituto jurídico foi trazida em 1710, com a instauração do *Copyright Act*, ou “ato do direito de cópia”, destinado a proteger os editores contra a reprodução ilegal de seus impressos, ficando conhecido como privilégio de impressão.

Percebe-se, portanto, que a lei autoral inglesa consagra não um direito ao autor, mas sim, aos editores, qual seja, o direito das empresas de publicação exercerem seu privilégio de impressão. A idéia de proteção ao autor foi se ampliando gradativamente, por influência do iluminismo e do humanismo, culminando com a noção oriunda da Revolução Francesa, que pela primeira vez considerou o Direito de Autor como um direito de propriedade. É nesse cenário que se desenvolve a proteção autoral.

A noção e o reconhecimento do sistema de Direitos Humanos influenciaram de maneira fundamental o desenvolvimento da proteção puramente autoral. Em defesa do ser humano, contra ele mesmo, a dignidade da pessoa humana do autor atinge a consciência ética do pensamento autoralista. Conforme leciona Rodrigo MORAES:

“O paradigma do Direito Autoral contemporâneo, deve ser, também, antropocêntrico, ou seja, deve considerar o homem como o centro dos

sua obra, o segundo ainda inclui os direitos conexos aos de autor, como os direitos das gravadoras. MORATO, Antonio Carlos; SALLES, Fernanda Mazzafera. *O direito de autor na obra musical*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. V. 6, nº 12, p. 123-46. jul/dez. 2003. p. 125. Nesse sentido, segundo Antonio CHAVES, os chamados “direitos conexos”, há décadas atrás repudiados, hoje estão em franca ascensão, a tal ponto que a própria expressão tende a ser eliminada, vencendo a última barreira da discriminação. In: CHAVES, Antonio. *Experiência en la enseñanza del Derecho de Autor en una Universidad latino americana*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. V. 84, nº 15. São Paulo: Editora Vellenich, 1991. p. 37.

interesses. O autor, antes de ser criador intelectual, é gente, pessoa humana. Sua dignidade deve ser priorizada”⁴⁵.

I.1.3. Os sistemas de proteção autoral

O termo “sistema” tem origem no grego: “sis”, que significa reunião ou conjunto, e “tema”, assunto. Significa, pois, organizar um tema, embora a palavra não corresponda a uma idéia unívoca, apresentando-se diferenciada conforme a área do conhecimento. No campo do Direito, sistema vem a ser um conjunto de elementos que interagem mantendo relações de alguma constância⁴⁶.

A princípio, o sistema jurídico poderia ser entendido como ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto das leis. Essa noção mostra-se simplista, tendo em vista a existência de outros elementos além das leis. Como bem expõe Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembléias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores, justiça e jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos, como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. [...] Além de complexo, o sistema jurídico é um sistema de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social [...]”⁴⁷.

O sistema autoral é, portanto, a relação entre o sistema jurídico e o sistema social. É a relação entre as normas, tribunais, advogados, juízes, doutrina, jurisprudência, autores, empresas de publicação, artistas, intérpretes e executantes,

⁴⁵ MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 267.

⁴⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem*. In: Revista Forense. v. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 127-128.

⁴⁷ *Ibid.* p. 128.

e a sociedade, numa relação de retro-alimentação em prol do desenvolvimento. Nesse sentido, do ponto de vista jurídico, a idéia de sistema não é algo recente, embora poucos juristas tenham essa visão, entendendo o Direito mais como um conjunto de normas estático, chamado ordenamento jurídico⁴⁸.

Carlos Alberto BITTAR destaca que, por força de influências culturais e políticas, formaram-se três grandes sistemas de proteção autoral: o individual, o comercial e o coletivo. O sistema individual (francês ou europeu) possui caráter subjetivo, dirigido a proteção do autor. É o sistema da Convenção de Berna, consubstanciado na exclusividade outorgada ao autor, permitindo-lhe a participação em todos os meios de utilização econômica. O sistema comercial do *Copyright*, como já visto, direciona a proteção à obra, sob a justificativa de proteção da cultura do país. O terceiro sistema na classificação de BITTAR é o coletivo, da Rússia e dos países sob sua influência. Esse sistema também é baseado na Convenção de Berna, e reconhece a proteção autoral para promover o alcance do progresso da cultura própria, certa vez o socialismo⁴⁹.

Pode-se afirmar que dessa variedade de sistemas, cristalizaram-se na doutrina autoral regras de proteção de natureza real e pessoal correspondentes aos chamados direitos patrimoniais e morais de autor. O sistema objetivo do *Copyright* tutela os direitos de exploração econômica da obra, pertencentes, na ampla maioria dos casos, à indústria responsável pela reprodução e difusão desses bens incorpóreos. Já o Direito de Autor engloba, além dos direitos patrimoniais, os direitos morais, aqueles inerentes ao ato de criação, como uma prerrogativa pessoal do próprio autor. O sistema do *Copyright* contém a exigência de registro formal da obra intelectual como condição primordial para sua proteção. O Direito de Autor confere a proteção independentemente de registro da obra ou outra formalidade⁵⁰.

⁴⁸ Nesse sentido, "Ordenamento e sistema, como se sabe, não são sinônimos. O ordenamento é o conjunto das normas que regulam a vida jurídica em certo espaço territorial. O sistema exprime as ligações, nem sempre existentes, entre essas normas". MARTINS COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. RT, São Paulo, 1999. p. 43.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 09.

Extrai-se das reflexões de José de Oliveira ASCENSÃO:

“A visão anglo-americana sempre diferiu da romanística: o *copyright*, como o nome indica é o direito de cópia. Parte do objecto e protege-o contra a cópia, reservando ao titular um valor que se tutela simplesmente porque pode ser cobiçado por terceiros. O sistema romanístico, ao contrário, parte do autor. Porque este trouxe uma contribuição individualizada, deve ser protegido. A tutela da obra é um corolário da proteção do autor”.⁵¹

Sobre o sistema de proteção autoral da extinta União Soviética, acrescenta BITTAR que o sistema coletivo apresentava um esquema normativo que mais se aproximava do individual/subjetivo, ou seja, voltado à proteção dos autores, estimulando também as criações que pudessem contribuir para a difusão do socialismo. A marca desse sistema era o coletivismo, “mas a legislação aproximava-se mais do modelo subjetivo”⁵².

Basicamente, esses sistemas baseiam-se em: 1) Um organismo central de controle, cuja função é assegurar, no âmbito estatal, os interesses dos titulares, compatibilizando-os com os de caráter público; 2) Associações de titulares, que se constituem para a concessão da autorização autoral nos níveis nacional e internacional; e 3) a legislação autoral, que define os direitos assegurados, pune as violações e disciplina o exercício dos direitos de autor⁵³. No Brasil esse sistema é formado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD, pelas entidades de gestão coletiva, as Associações, pelos autores e titulares de seus direitos.

⁵¹ *O direito intelectual em metamorfose*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 4. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 06. Nesse sentido, complementa Bruno Jorge HAMMES: “O *copyright* norte-americano remonta o século XVIII. A própria denominação revela uma conotação editorial. A resistência das empresas impressoras se fez sentir sempre que a legislação era objeto de estudos no sentido de reconhecer o direito aos autores”. HAMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3 ed. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2002. p. 193-194.

⁵² “Mas as transformações políticas operadas no equilíbrio mundial, com a queda do “Muro de Berlim”, a ruptura da União Soviética e a influência da doutrina subjetivista no direito norte-americano produziram modificações importantes nesse contexto. A liberação da pressão ideológica, de um lado, e a conseqüente busca da democracia, na Rússia, e, de outro, a aproximação com o sistema universal de Berna – ao qual não se haviam integrado os EUA – vêm ocasionando a cristalização do sistema subjetivo como o ideal perseguido pelo universo”. BITTAR, 1994, Op. cit. p. 37.

⁵³ *Ibid.* p. 36-37.

A representação dos autores e titulares de seus direitos por entidades de gestão coletiva é imprescindível para o exercício da proteção autoral. Se o autor tivesse que cuidar da gestão de suas obras, cuidando de todas as autorizações e fiscalizando todas as execuções públicas, certamente seu tempo para criar seria consideravelmente menor. A importância das entidades de gestão coletiva é reconhecida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, OMPI⁵⁴, conforme lembra Plínio CABRAL:

“A arte não tem fronteiras. Os meios de comunicação multiplicam-se. Autores e usuários, evidentemente, não podem manter contato pessoal para negociar direitos autorais. Isto seria impraticável e até mesmo impossível. A OMPI reconheceu a necessidade das associações gestoras de direitos autorais”.⁵⁵

Diferentemente de outros ordenamentos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 garante esse direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras intelectuais aos titulares e suas entidades representativas⁵⁶. Na área musical brasileira, são doze as associações de titulares relacionadas a obras e profissionais da música, e o escritório central, o ECAD, que unifica o sistema arrecadatário e distribuidor dos direitos referentes à execução pública de obras musicais⁵⁷.

Maurício Cozer DIAS resume em poucas linhas o desenvolvimento das entidades gestoras no Brasil:

⁵⁴ A OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual, foi criada em 1967 na Convenção de Estocolmo para disciplinar os diferentes interesses envolvidos na utilização de obras intelectuais. Sua função é: estimular a proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados; assegurar a cooperação administrativa entre as nações; e estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de tecnologia relativa à propriedade industrial para os países em desenvolvimento em vista de acelerar o desenvolvimento econômico, social e cultural. Disponível em < http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos/ompi_html>. Último acesso em 15 de janeiro de 2008.

⁵⁵ CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais – comentários*. 4 ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 220.

⁵⁶ Artigo 5º, XXVIII da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷ DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 45.

“A história dessas entidades é bastante tumultuada, permeada pelas dissensões entre os titulares, a interferência da indústria fonográfica multinacional, bem como, a interferência estatal que, em vários momentos históricos, reprimiu as entidades de titulares em razão da restrição da liberdade de expressão e de suas influências na formação da opinião pública”⁵⁸.

As associações atuam em nome dos autores, artistas e empresas de publicação a elas associadas. O ECAD age em nome das associações e de seus associados. Newton SILVEIRA expõe que a posição do ECAD no topo da pirâmide o deixa isolado para impor o preço de retribuição pela execução pública de obras musicais, sem oportunidade de negociação entre as partes interessadas⁵⁹.

⁵⁸ *Ibid.* p. 149-150.

⁵⁹ SILVEIRA, Newton. *Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a lei nº 9.610/98*. In: *Revista de Direito Autoral*, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 08-14.

I.2. Natureza jurídica e os princípios gerais do Direito de Autor

Sobre a importância de se conhecer a natureza jurídica do Direito de Autor, assim lecionam Silmara CHINELATO e Giselda HIRONAKA:

“A discussão sobre a natureza jurídica do Direito de Autor é de fundamental importância, pois repercutirá em temas diversos em relação aos quais as polêmicas, dúvidas, indagações e perplexidades são resolvidos à luz da tomada de posição quanto à natureza em tela”⁶⁰.

A doutrina brasileira consagrou o dualismo da proteção autoral, reconhecendo a existência de direitos patrimoniais e morais. Trata-se, portanto, de um direito de natureza jurídica *sui generis*, justamente pela dualidade de prerrogativas protetivas. Países como França, Itália e Alemanha abordam o Direito de Autor como um só, do qual decorrem várias prerrogativas⁶¹.

Sobre a teoria dualista, que explica a dupla natureza da proteção autoral, Antônio CHAVES expõe:

“O direito autoral deve ser considerado como um domínio tendo por objeto um bem intelectual e que devido à dupla natureza pessoal e patrimonial, abrange no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial”⁶².

Carlos Alberto BITTAR lembra que foram várias as teorias que buscaram explicar a natureza jurídica do Direito de Autor, ora considerando-o como privilégio, ora definindo-o como direito de propriedade, ora qualificando-o como direito da personalidade, além de combinações dessas correntes monistas. A

⁶⁰ CHINELATO; HIRONAKA. 2000. *Op. cit.* p. 109.

⁶¹ Um exemplo é a definição de Direito de Autor alemã, baseada na teoria monística e utilitária. Embora reconheça que o Direito de Autor é constituído de dois elementos, ou seja, o direito do autor afirmar sua relação pessoal com a obra criada e o direito de explorar suas potencialidades econômicas, não acha possível distinguir os limites de cada elemento e, por consequência, os considera como duas facetas de um mesmo direito. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *O Direito de Autor: um direito de propriedade?* In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17. p. 105-12. jul./dez. 1999. p. 105-106.

⁶² CHAVES, Antônio. *Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão*. Tese apresentada para provimento de Cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1952. p. 20.

proteção autoral realiza a defesa dos vínculos pessoais e patrimoniais do autor com sua obra, de índole *sui generis*, que não se insere nessas categorias de direitos, ao revés, reclama sua consideração como ramo autônomo do Direito Civil⁶³.

Pierre RECHT contrapõe a teoria dualista ao afirmar que o Direito de Autor não está limitado à vida do autor, nem a prazo determinado; ele é um instituto de Direito Civil, ele é o regulamento de uma coisa, e não apenas de um indivíduo. Refuta assim a teoria dualista, a personalista bem como todas que mantêm o mito da “emanação da personalidade”. O Direito de Autor é um direito perpétuo, cujo titular vem a ser, finalmente, a coletividade⁶⁴.

José de Oliveira ASCENSÃO propõe que “O Direito de Autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra”⁶⁵. Carlos Fernando Mathias de SOUZA afirma que o Direito de Autor guarda características tanto de um direito pessoal (direito moral), quanto de direito real (direito patrimonial), além de socorrer-se, não raro, para o seu pleno exercício pela via obrigacional⁶⁶. Conforme leciona Maurício Cozer DIAS: “O direito intelectual possui características muito próprias. É, com certeza, direito privado, porém possui reflexos muito importantes no campo do Direito Público”⁶⁷.

No Brasil, de corrente dualista, a proteção autoral é prevista na Lei 9.610/98 e, no âmbito constitucional, no art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição Federal, que disciplina a proteção aos direitos morais e patrimoniais

⁶³ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 10-11. *Sobre a definição comum de direito de autor, Silmara CHINELATO e Giselda HIRONAKA expõem: “Embora haja doutrinas diversas que procuram explicar a natureza jurídica do direito de autor, a predominante desvincula-o do direito de propriedade material. Na falta de uma denominação mais precisa, cai-se na classificação comum de direito especial ou direito sui generis”.* CHINELATO; HIRONAKA. 2000. *Op. cit.* p. 109. *Nesse sentido, José de Oliveira ASCENSÃO assim expõe: “Fala-se em um direito sui generis. Como é habitual, qualificar como “sui generis” é não dizer nada, para além da confissão da dificuldade de qualificar. ASCENSÃO, José de Oliveira. As novas tecnologias e os direitos de exploração das obras intelectuais. In: Revista da ABPI, nº 47. jul./ago. de 2000. p. 04.*

⁶⁴ RECHT, Pierre. *Lê droit d’auteur: une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. p. 30.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 616.

⁶⁶ SOUZA, 1999, *Op. cit.* p. 105.

⁶⁷ DIAS, 2006. *Op. cit.* p. 33.

de autor. Segue, no âmbito da legislação internacional, a Convenção de Berna de 1886, a qual o Brasil é signatário desde 1922.

O Direito de Autor brasileiro, assim como o francês e todos os outros fundados na tradição greco-romana, é regido por um conjunto de princípios que permitem interpretar e compreender a abrangência da proteção autoral bem como os negócios jurídicos⁶⁸ realizados a partir da criação da obra. Nesse sentido, conforme leciona Carlos Alberto BITTAR:

“De início, como esses relacionamentos envolvem uso da obra intelectual, ficam todos sob a égide de princípios e regras próprias, que nos permite sustentar a existência de um estatuto obrigacional próprio, distinto do Direito Comum, exatamente para a defesa da personalidade especial do homem como criador e cercado de normas que restringem a liberdade de ação (na contratação) e o direito de propriedade (na utilização da obra)”⁶⁹.

Eliane Y. ABRÃO observa que, muito embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha sido aprovada em 1948, portanto, sessenta e dois anos após a Convenção Berna, essa carta de princípios pode ser considerada o começo, o meio e o fim da proteção autoral. Trata-se de um corpo de leis com abrangência mundial, de proteção ao homem-autor, sua criação intelectual, e à coletividade, propulsora do progresso da humanidade⁷⁰.

O princípio do privilégio *erga omnes* significa que o autor é detentor de um privilégio legal que se traduz em um direito oponível contra todos que eventualmente violem seu direito. O princípio da temporariedade indica que a propriedade sobre obras intelectuais é limitada no tempo, a fim de que possa servir,

⁶⁸ “A idéia de negócio jurídico, seu conceito, é, no nosso entendimento, de todo o sempre, porque “negócio jurídico” não é conceito criado pela doutrina – conceito técnico – e sim, conceito real, concreto, próprio do homem vivendo em sociedade, do homem sócio do homem, como dizia Cícero e os estóicos. [...] Como quer que seja, é a sociedade que cria o Estado e, da mesma forma, é ela que cria o negócio jurídico como modelo de comportamento jurídico de que as pessoas se servem”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e Pareceres de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43-50.

⁶⁹ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 86.

⁷⁰ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: editora do Brasil, 2002. p. 35.

quando tombada pelo domínio público, como mola propulsora da cultura⁷¹. O princípio da exclusividade garante aos autores o monopólio sobre a utilização de suas criações.

Pelo princípio da transmissão entende-se que os direitos de autor, assim como os direitos de propriedade, são passíveis de transmissão, seja por ato entre vivos, seja por sucessão hereditária. A autorização prévia, principal meio de controle do uso e distribuição de obras intelectuais, é o princípio que reconhece ao autor, originalmente, a legitimidade para autorizar qualquer utilização da sua obra⁷².

O princípio da interpretação restritiva determina que todos os negócios jurídicos em matéria autoral devam ser interpretados restritivamente, em favor da pessoa do autor. Pelo princípio da proteção automática, os direitos de autor nascem com o próprio ato de criação, desde que exteriorizada por qualquer modo ou meio, independentemente de registro formal. A perpetuidade do vínculo autor-obra é o princípio que determina que a obra intelectual jamais deixará de estar vinculada ao seu autor, desde que seja conhecido, independentemente do decurso do tempo⁷³.

Carlos Alberto BITTAR assim leciona:

“A idéia nuclear do sistema reside na já referida autorização autoral, que é necessária e imprescindível, para qualquer uso legítimo da obra, em qualquer meio de comunicação possível, princípio este cristalizado no Direito legislado universal e reafirmado, sucessivamente, em nossa legislação, para diferentes meios, desde os seus primórdios, como no Decreto nº 4.790/24; nos Decretos nº 5.492/28 e 18.527/28; no Decreto-Lei nº 20.493/46; na Lei nº 2.415/55; no Decreto-Lei nº 1.023/62; alcançando teatro, rádio, televisão, cinema e espetáculos públicos em geral”⁷⁴.

⁷¹ *Ibid.* p. 36.

⁷² *Ibid.* p. 37.

⁷³ *Ibid.* p. 37.

⁷⁴ BITTAR, 2004. *Op. Cit.* p. 87.

Segundo o princípio da especialidade da matéria, o Direito de Autor possui conteúdo próprio, com características que o distinguem em âmbito especial, o que justifica sua regulamentação em leis especiais e sua autonomia conceitual. Pelo princípio da protegibilidade da forma estética original, tem-se que a tutela jurídica alcança a forma estética, ou seja, a criação dotada de contornos distintos dos existentes, que tragam contribuição pessoal à coletividade⁷⁵.

Pelo princípio da reciprocidade, a proteção a autores entre os países reflete a necessidade de difusão da cultura sem a observância de fronteiras. Outro princípio que vem sendo previsto em novos tratados e diretivas internacionais é o princípio da retribuição equitativa, segundo o qual os autores fariam *jus* a uma remuneração mínima pela utilização econômica da obra autoral⁷⁶.

Sobre esse princípio, aponta Fabio Maria de MATTIA, a lei mais realista foi a Lei uruguaia de 1937, que determina o pagamento de 25% sobre o rendimento obtido com a exploração econômica da obra, ao autor. A retribuição prevista na Lei polonesa de 1935 era menor, 20%. A Lei italiana de 1941, por sua vez, prevê uma porcentagem que varia de 1 a 10%⁷⁷. Vários são os fatores que justificam a retribuição equitativa. Mas, em suma, são duas as justificativas básicas, uma relacionada ao Direito Privado, vez que a proteção conferida ao autor pelo seu esforço intelectual significa uma fonte de renda e sustento, e outra no Direito Público, servindo de estímulo e garantia do desenvolvimento cultural.

Conforme leciona Mohamed-Hossam LOUTFI: *"A ignorância dos princípios do Direito de Autor e do fim cultural deste é sempre a origem de problemas que ameaçam os interesses morais e pecuniários dos criadores"*⁷⁸.

⁷⁵ BITTAR, 1999, *Op. Cit.* p. 22.

⁷⁶ ABRÃO, 2002. *Op. Cit.* p. 38.

⁷⁷ DE MATTIA, Fabio Maria de. *O Autor e o Editor na Obra Gráfica: Direitos e Deveres*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.p. 103.

⁷⁸ LOUTFI, Mohamed-Hossam. *O ensino do Direito de Autor no Egito. O ensino do Direito de Autor no Egito*. In: Estudos Jurídicos. V. 20. nº 49. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1987. p. 47.

I.3. O autor e a obra musical: sujeito e objeto da proteção autoral

O suporte fático do Direito de Autor é a criação, ou seja, é do fenômeno da criação que resulta a atribuição de direitos sobre obras intelectuais. Assim sendo, a proteção autoral pode ser entendida como um complexo de normas legais destinadas a regular as relações entre o criador e a utilização da obra criada. Das lições de Carlos Alberto BITTAR extrai-se:

“Nesse contexto, reservou-se ao Direito Autoral a regência das relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização das obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências”⁷⁹.

Nesse sentido, Newton SILVEIRA expõe:

“O fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de criação; só a ele compete decidir revelá-la ao mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor”⁸⁰.

Segundo a legislação autoral brasileira, autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica, e pertencem ao autor os direitos patrimoniais e morais da obra que criou. Entretanto, a autoria não representa a titularidade dos direitos autorais na sua totalidade, compreendendo como tais os direitos patrimoniais e morais. Isso, porque é a utilização econômica da obra que constitui a base para a incidência desses direitos. Tal utilização pode ser feita pelo próprio autor ou por terceiros, em várias modalidades. Nesse escopo, BITTAR expõe com propriedade:

“Com efeito, normalmente, o criador não dispõe do aparato próprio para a comunicação e a conseqüente utilização de sua obra, daí por que

⁷⁹ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 03.

⁸⁰ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

se contrata com as entidades do setor (editoras, produtoras de discos, de fitas e videofitas, produtoras de cinema ou de televisão)”⁸¹.

Tal como entende José Carlos COSTA NETTO, a titularidade originária nasce com a própria criação, independentemente de fixação, no caso da música a gravação sonora⁸². A titularidade derivada é entendida como aquela adquirida em razão da cessão e transferência de direitos autorais patrimoniais ou da sucessão, onde a titularidade é transmitida aos herdeiros, podendo envolver, nesse caso, os direitos morais de autor⁸³.

Assim, a lei contempla com a titularidade de direitos o autor da obra e as pessoas que auxiliam na criação, produção ou difusão da mesma. Portanto, os titulares de direitos são pessoas físicas às quais a legislação autoral confere direitos de autor, ligados à obra intelectual, ou conexos, relacionados à fixação, reprodução e execução dessa obra⁸⁴.

Quanto às modalidades de autoria, as obras intelectuais podem ser concebidas de forma singular, quando apenas uma pessoa cria, ou não, como no caso da co-autoria e na obra coletiva. O artigo 5º, VIII, “a” da lei autoral brasileira, define obra em co-autoria como aquela realizada em comum, com a conjugação simultânea de esforços⁸⁵. A obra coletiva é aquela em cuja realização ingressam

⁸¹ BITTAR, 2004. *Op. Cit.*, p. 58.

⁸² *Como bem assinala Carlos Alberto BITTAR FILHO, a proteção autoral incide sobre a criação do espírito, desde o momento em que é plasmada em suporte (corpus mechanicum), que pode ser tangível, como no caso de um disco, ou intangível, como no caso de uma coreografia apresentada em desfile de carnaval.* BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais*. Brasília: Secretaria especial de editoração e publicação do Senado Federal, 1999. p. 51.

⁸³ COSTA NETTO, 1998. *Op. cit.* p. 105-106.

⁸⁴ *Das lições de Newton SILVEIRA extrai-se que: “Os sujeitos de direitos originários são basicamente o autor (pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica) e os artistas intérpretes ou executantes, aos quais aplicam-se as normas relativas aos direitos de autor”. Estrategicamente essa definição foi estendida aos produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.* SILVEIRA, 2005. *Op. cit.* p. 05.

⁸⁵ *Conforme destaca Carlos Alberto BITTAR, em função do resultado final produzido podem advir diferentes situações. A divisibilidade absoluta ocorre quando é possível a individualidade de cada autor, como no caso das coletâneas de artigos. A divisibilidade relativa ocorre quando, embora individualizadas, as criações fundem-se para formar a obra final, como é o caso da composição litero-musical, com letra e música de autores diferentes.* BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 37.

várias pessoas, cabendo a organização à pessoa natural ou jurídica, que em seu nome a utiliza posteriormente, conforme o artigo 5º, VIII, “h”⁸⁶.

Uma vez abordado o sujeito da proteção autoral, qual seja, o autor, cumpre analisar seu objeto, a obra intelectual. Carlos Alberto BITTAR reconhece que o termo *obra* tem várias acepções no sistema jurídico. Pode designar a materialização do trabalho humano, como nas construções em geral, ou da natureza, como os rios e vulcões. Mas o que vem a interessar no presente trabalho é o conceito de obra como produção intelectual⁸⁷.

A Lei brasileira define obra como criação do espírito, seguindo os contornos dados pela Convenção de Berna. Trata-se de um conceito amplo e aberto, adequado às rápidas transformações da sociedade da informação. Como exemplo desse conceito aberto de obra pode-se citar o caso dos *ringtones*, *truetones* e *realtones*⁸⁸, toques musicais dos aparelhos celulares que movimentam cifras consideráveis de direitos autorais⁸⁹.

Conforme leciona Aline VITALIS, a LEI 9.610/98 define no *caput* do artigo 7º as obras intelectuais protegidas. Trata-se das obras do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Essa definição demonstra a adoção, no Brasil, da orientação universalmente consagrada de arrolar apenas de maneira exemplificativa, nunca taxativa, as obras intelectuais protegidas. Isso se aplica

⁸⁶ Na área musical, a co-autoria é muito comum e possui reflexos diretos na determinação de quais obras integram atualmente o domínio público. Isso porque o prazo de proteção de uma obra feita em co-autoria tem início após o falecimento do último autor ou co-autor. DIAS, 2006. *Op. cit.* p. 59-60.

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Verbete “Obra”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 55. p. 215.

⁸⁸ *Ringtone*, *truetone* e *realtone* dizem respeito aos toques de aparelhos celulares caracterizados, em geral, por serem adaptações de obras musicais pré-existentes (*ringtone*) ou verdadeiras reproduções dos fonogramas originais (*truetone* e *realtone*). BRAGA, Glória. O direito de execução pública musical e as novas tecnologias. In: *Revista de Direito Autoral*, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 20.

⁸⁹ DIAS, 2006. *Op. cit.* p. 51.

também quanto aos exemplos de direitos morais e patrimoniais de autor, propiciando a inclusão de outros não expressos diretamente na legislação⁹⁰.

A finalidade primordial da obra intelectual é o interesse cultural, seja de ordem estética, técnica, didática, científica, religiosa ou pedagógica. Isso se dá por meio da exploração comercial da obra, sua publicação e divulgação. No entanto, os requisitos essenciais para que a obra seja enquadrada como objeto passível de proteção autoral, são: a criatividade e a originalidade.

As obras que se incluem no âmbito do Direito de Autor são aquelas que por si, realizam finalidades estéticas. Extrai-se dos ensinamentos de BITTAR:

“Para a proteção da obra, não se leva em conta o respectivo valor ou mérito. [...] Assim, mesmo as obras de mínimo valor intelectual encontram abrigo, no plano autoral, desde que revelem criatividade. [...] A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação. [...] Cumpre, a par disso, haver originalidade na obra, ou seja, deve ser integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente”⁹¹.

O Direito de Autor não protege idéia, mas sim a forma, que por sua vez deve ser criativa e original⁹². A originalidade pode ser absoluta, caso da obra primígena, ou relativa, caso das obras derivadas, em que se retoma outra preexistente, no todo ou em parte, por diversas formas de elaboração, como a transformação, incorporação, complementação, redução, junção e reunião⁹³. Um exemplo de obra derivada dá-se por meio da tradução, como a tradução de um livro

⁹⁰ VITALIS, Aline. *A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral*. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 198-199.

⁹¹ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 21-23.

⁹² *Identificados os pressupostos de proteção, deve-se ressaltar ainda que, para que receba o amparo legal, a criação deve ser exteriorizada e fixada em suporte. “A obra (corpus mysticum) deve ser incluída em um suporte material (corpus mechanicum), salvo nos casos em que é oral a comunicação, quando se identifica e se exaure, no mesmo ato, a criação (aula, conferência, palestra, discurso, dança, mímica e outras)”*. *Ibid.* p. 24.

⁹³ *Ibid.* p. 25-26.

para outro idioma. Na área da música, a tradução constitui o chamado arranjo musical⁹⁴.

A legislação autoral brasileira define obra musical em seu artigo 7º, V, como sendo “as composições musicais, tenham letra ou não”. Obra musical, por sua vez vem a ser a arte dos sons. É formada por três elementos básicos: melodia, harmonia e ritmo. Conforme leciona Almir CHEDIK: “*melodia é uma sucessão de sons musicais combinados. Harmonia é a combinação dos sons simultâneos. Ritmo é a acentuação dos sons e das pausas*”⁹⁵.

A originalidade na obra musical relaciona-se com a melodia. É a melodia que vai determinar a originalidade da obra, mas é lógico que o uso da letra também pode caracterizar plágio. O ritmo não é protegido no aspecto da originalidade. Por isso, em determinados gêneros musicais, o que determinará a originalidade é a letra, pois o ritmo pode ser o mesmo em várias músicas.

⁹⁴ *Sobre as obras derivadas*, Carlos Alberto BITTAR assim expõe: “Consistem, pois, em novas elaborações intelectuais sobre criações existentes, sem concurso direto dos respectivos titulares na sua realização”. BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 26.

⁹⁵ CHEDIK, Almir. *Harmonia & improvisação*. 7ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Lumiar Editora, 1986. p. 41. No mesmo sentido, expõe COSTA NETTO que a melodia corresponde a uma série de notas musicais dispostas em sucessão, num determinado padrão rítmico, para formar uma unidade identificável. Harmonia é a sucessão de sons que, tocados simultaneamente, formam o que se chama de acorde. O ritmo, por sua vez, corresponde à divisão de um lapso de tempo em seções perceptíveis. COSTA NETTO. *Os direitos de autor e os que lhes são conexos na obra musical*. Dissertação (mestrado) defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1984. p. 43.

I.4. O conteúdo dos direitos de autor e a alienabilidade dos direitos patrimoniais

O suporte fático da tutela autoral é a criação, ou seja, é do fenômeno da criação que resulta a atribuição de direitos sobre obras intelectuais. Assim sendo, o Direito de Autor pode ser entendido como um complexo de normas legais destinadas a regular as relações entre o criador e a utilização da obra criada.

Com relação ao conteúdo dos direitos autorais, dois são os grupos de prerrogativas conferidas pela lei, cada um cumprindo funções próprias. As prerrogativas morais relacionam-se à defesa da personalidade do criador, constituindo barreiras contra a ação de terceiros sobre a obra. Já os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários⁹⁶.

Integrantes de um mesmo complexo jurídico, tais direitos são intimamente ligados qualquer que seja a utilização da obra, na medida em que, nenhuma dessas prerrogativas pode ser desrespeitada, seja no aspecto moral ou patrimonial. Assim, tem-se que o direito moral é a base e o limite do direito patrimonial que, por sua vez, é a tradução da expressão econômica do direito moral⁹⁷.

Os direitos morais nascem com a criação da obra e sua inserção na ordem fática. Com a subsequente reprodução e representação da obra para comunicação ao público, emergem um elenco de prerrogativas morais reconhecidas pela doutrina e jurisprudência. Esses direitos podem ser anteriores à comunicação ao público, ou seja, nascem com a criação da obra (direito de inédito, de paternidade, de nomeação), e posteriores à colocação da obra para utilização econômica (à integridade, à modificação, à reivindicação)⁹⁸.

⁹⁶ BITTAR, 2004, p. 45-46.

⁹⁷ *Ibid.* p. 47.

⁹⁸ *Ibid.* p. 47.

Possuem como características fundamentais: a pessoalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, e a impenhorabilidade. São direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são perpétuos e perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo ingressar no comércio jurídico, ainda que o criador o queira, pois deles não pode dispor; são imprescritíveis, admitindo demanda judicial a qualquer tempo e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial⁹⁹.

Compõem esse conjunto, na lei autoral brasileira, os direitos de: inédito, ou seja, de não comunicar a obra; reivindicação de paternidade da obra a qualquer tempo; menção ao nome do autor em qualquer utilização, pseudônimo ou sinal convencionado; integridade da obra, que possibilita a oposição a qualquer modificação ou prática de ato que possa atingir o autor em sua reputação ou honra; modificação da obra; e a retirada de circulação da obra.

Conforme leciona Eduardo Vieira MANSO, a expressão “direitos morais”, no plural, não indica a existência, ou a possibilidade de existência, de várias espécies de direitos de autor de ordem moral, mas somente a possibilidade de exercer o direito de várias maneiras. A enumeração pela lei autoral brasileira tanto dos direitos morais quanto patrimoniais é meramente exemplificativa, visto que não passa de explicitação do conteúdo amplo do Direito de Autor¹⁰⁰.

Como visto, os direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por meio dos processos técnicos existentes. Trata-se de um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se com a sua comunicação ao público. A doutrina expõe que tais direitos possuem como características básicas: o cunho real ou patrimonial; o caráter de bem móvel e, por consequência, sua alienabilidade; a temporaneidade, ou

⁹⁹ *Ibid.* p. 48.

¹⁰⁰ MANSO, 1991. *Op. Cit.* p. 04-05.

seja, limitação no tempo; a penhorabilidade; a prescritibilidade, ou seja, a perda da ação por inércia no lapso de tempo legal¹⁰¹.

Os direitos patrimoniais são relacionados, intrinsecamente, com os meios de comunicação com os quais se concretizam na prática, de maneira que cada processo autônomo de utilização da obra corresponde a uma prerrogativa patrimonial. Como a comunicação pode ser feita diretamente ao público, como por exemplo, em espetáculos musicais ou teatrais, ou indiretamente, pela fixação das obras em suporte físico, os direitos patrimoniais podem ser resumidamente divididos em: direitos de representação e reprodução da obra.

Os direitos de representação tratam da comunicação direta da obra, por meio de recitação pública, execução, difusão por qualquer procedimento de palavras, sons e imagens, como, por exemplo, a transmissão radiofônica e televisiva¹⁰². Por sua vez, os direitos de reprodução decorrem da comunicação indireta da obra, ou seja, de sua fixação material e distribuição gradual ao público por meio do mercado de livros, discos, entretenimento, etc¹⁰³.

A proteção ao autor, quando das contratações para publicação da sua obra, é expressa pelos princípios do “alcance limitado dos contratos celebrados pelo autor para a exploração da obra” e da “interpretação restritiva dessas convenções”, em

¹⁰¹ *Ibid.* p. 49-50.

¹⁰² José Carlos COSTA NETTO esclarece quem são os titulares de direitos patrimoniais de autor de uma composição musical quando executada publicamente. No caso de uma obra lítero-musical, composta por letra e música, são titulares o autor da letra e da música e, no caso de uma obra musical, somente o autor da melodia. Caso os autores autorizem um arranjo musical, o arranjador também será titular. Os titulares de direitos conexos de execução pública de uma obra musical são os intérpretes dessa composição (cantor (a), duplas, trios, etc.), os músicos ou cantores acompanhantes e o produtor fonográfico (gravadora). COSTA NETTO, José Carlos. *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997. p. 58.

¹⁰³ Carlos Alberto BITTAR assinala que: “Podem coexistir os direitos em causa, ou separar-se, em diferentes usos, consoante o interesse do titular, ou do concessionário ou cessionário de direitos, sempre à luz das premissas expostas (assim, por exemplo, um show pode ser realizado ao vivo, transmitido pela televisão, reproduzido em satélite, gravado em videofita, vendido em cartuchos próprios ou locado, pelas entidades do setor; um romance pode ser adaptado para o cinema, o teatro e a televisão). BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 51-52.

defesa dos interesses do autor. A saber, o limite que a legislação autoral impõe é representado pela inalienabilidade dos direitos morais¹⁰⁴.

A cessão total e definitiva de direitos de autor de natureza patrimonial é prevista na legislação autoral brasileira (Lei nº 10.610/98, artigo 49, II). Por conta disso, os contratos que permeiam as negociações entre autores de obras musicais e empresas de publicação, gravadoras e editoras, representam, quase sempre, contratos de cessão. José Oliveira ASCENSÃO¹⁰⁵ preconiza:

“De fato, as transmissões do Direito de Autor são muitas vezes impostas aos criadores intelectuais pelas empresas a que eles têm de recorrer para a publicação das suas obras. Quando estes não estão em condições de ameaçar com a mudança de empresário, a cláusula de cessão global do direito é uma cláusula a que não podem fugir. Isso significa que, para conseguir as vantagens de uma primeira utilização, o criador intelectual tem de pagar o amargo preço da renúncia a todas as utilizações posteriores”.

Como esclarece Aline VITALIS:

“Os direitos patrimoniais têm na negociabilidade, o condão de possibilitar o ingresso da obra em circulação, por vontade do autor, a fim de que possa receber os proventos correspondentes pelos usos. Portanto, são passíveis de transmissão mediante estipulação contratual, cessão de direitos, licenciamento, concessão e outros meios admitidos em Direito, obedecidas as limitações estatuídas no artigo 49 da lei de direitos autorais em vigor”¹⁰⁶.

A alienabilidade dos direitos patrimoniais evidencia o caráter mercadológico imposto à proteção autoral. Conforme ressalta José de Oliveira ASCENSÃO, é bastante significativo que a instituição que atualmente determina o regime jurídico internacional da propriedade intelectual não seja nem a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), nem a OMPI (Organização

¹⁰⁴ Ora, a inalienabilidade dos direitos morais dispostos no artigo 24 e seguintes da Lei 9.610/98, constitui o fundamento ético da proteção autoral.

¹⁰⁵ ASCENSÃO, 1997. *Op. Cit.*, p. 293.

¹⁰⁶ VITALIS, 2006. *Op. cit.* p. 201.

Mundial da Propriedade Intelectual), mas a OMC (Organização Mundial do Comércio), porque o Direito de Autor converteu-se, ele próprio, em mercadoria¹⁰⁷.

¹⁰⁷ “Os direitos intelectuais passam a ser regulados num Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (1994), conhecido pelas iniciais APDIC ou TRIPS. Esse Acordo está anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio e deverá ser aceite por todos os membros daquela organização. Assim, a disciplina destes direitos passa a ser entregue aos disciplinadores do comércio internacional. No que respeita ao Direito de Autor a vertente da cultura apaga-se. Ou melhor: o fomento da cultura é sempre entendido como o fomento das indústrias culturais, ou de copyright”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito intelectual em metamorfose*. In: Revista de Direito Autoral. v. II, nº 4. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 13.

1.5. A utilização da obra musical como fato gerador de direitos

Posto que a utilização da obra musical constituiu o fato gerador dos direitos de autor, mister que se faça uma análise das modalidades de utilização e os direitos daí advindos. Sabe-se que, atualmente, face à latente evolução tecnológica vários são os formatos e suportes em que as obras musicais podem ser fixadas.

A exploração das obras intelectuais musicais é realizada no mercado por gravadoras e editoras, além dos promotores de espetáculos e concertos, empresas de televisão e organismos de radiodifusão. É nesse contexto que os autores vêm a celebrar os contratos com as referidas empresas de publicação.

A gravação de uma obra musical, ou seja, sua fixação em suporte material tangível (LP, fitas K7, CD, etc.)¹⁰⁸, constitui uma das modalidades de utilização e cria direitos tanto ao autor da obra musical (Direito de Autor), como ao produtor fonográfico, arranjador, adaptador e aos músicos intérpretes e executantes (Direitos Conexos)¹⁰⁹. A distribuição dessas obras, por meio de sua comercialização no mercado, gera direitos pecuniários, conhecidos como direitos fonomecânicos¹¹⁰.

¹⁰⁸ Tais siglas dizem respeito aos tipos de suporte físicos destinados à fixação de fonogramas, que foram desenvolvidos no decorrer dos tempos. A sigla LP significa *Long Play*, o popular disco de vinil; K7 é uma expressão que existe somente em português e se refere à fita cassete magnetizada, outro suporte físico para fixação de fonogramas. CD é a sigla que designa o *Compact Disk*, disco de policarbonato utilizado para armazenar dados digitais de áudio. LOSSO, Fabio Malina. Os direitos autorais no mercado da música. Tese apresentada ao programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 65.

¹⁰⁹ A Convenção de Berna passou por revisões e o direito de autor clássico passou a ceder perante a pressão das indústrias e da cultura de consumo. O direito de autor passou a proteger muito mais as indústrias de *copyright* que a criação pessoal. Assim, o objeto ganha prevalência sobre o criador, ao ponto em que se pode falar de uma vitória do *copyright*. "A Convenção de Roma de 1961 fundara a proteção conjunta dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. É verdade que essa proteção não foi concretizada através da outorga dum direito de autor, como tinha sido, aliás, pretendido. Mas atribuiu-se do mesmo modo um direito intelectual, cuja afinidade com o direito de autor foi expressamente afirmada". Ora, não se trata de tomar como um axioma que só os autores devem ser titulares de direitos intelectuais. Pode haver outros candidatos à proteção, como é o caso dos artistas intérpretes e executantes, que trazem uma contribuição pessoal e personalizada. ASCENSÃO, *Ibid.* p. 8-9.

¹¹⁰ Segundo Nehemias GUEIROS JR.: "a expressão *direitos fonomecânicos* nunca foi bem entendida, mesmo dentro das grandes gravadoras e seus departamentos jurídicos, justamente pela ausência de uma literatura ágil e compreensiva sobre o assunto. Tem-se então, que os *direitos fonomecânicos* designam todos aqueles direitos derivados da utilização econômica no grande mercado, por meio da comercialização de suportes materiais musicais, seja na modalidade de "direito de autor", seja na de direito conexo". GUEIROS JR. 1999, *Op. cit.* p. 72.

Outra forma de utilização de uma obra musical ou fonograma é sua inserção em filmes, novelas, programas de TV, etc, constituindo as trilhas sonoras dessas obras audiovisuais. Tal modalidade de utilização gera os chamados direitos de sincronização. Outra possibilidade de uso refere-se à execução pública das obras musicais, seja por meio da execução de fonogramas em rádios e estabelecimentos públicos seja pela execução das obras musicais em shows e concertos musicais. Os direitos daí advindos são conhecidos como direitos de execução pública¹¹¹.

Assim, é da circulação da obra pelos meios de comunicação disponíveis que os autores habilitam-se à obtenção dos resultados econômicos produzidos. Em suma, essa comunicação pode ser realizada de forma direta pela representação, especialmente por meio da execução pública, como também indiretamente, pela fixação material da obra musical, constituindo um fonograma, e sua reprodução em determinado número de cópias.

Vislumbra-se, portanto, que se reconhece direitos aos criadores intelectuais em três níveis distintos de realização e de comunicação das obras, a saber: na criação da obra (direito moral do autor); em sua reprodução (direitos fonomecânicos e de sincronização); e em sua representação (execução pública). Decorre daí, desde a concepção da obra musical, um complexo de direitos de cunho moral e patrimonial¹¹².

¹¹¹ Quanto à execução pública de obras musicais, é importante frisar que não se configura execução quando pessoas, ou até mesmo multidões se reúnem para cantar, mesmo que acompanhadas de instrumentos musicais. HAMMES, Bruno Jorge. *O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V. 23. n. 58. maio/ago. 1990. p. 72.

¹¹² BITTAR, 1989, p. 17.

PARTE II – O SISTEMA CONTRATUAL

SUMÁRIO: II.1. O novo paradigma contratual e os princípios sociais do contrato; II.1.1. O equilíbrio contratual; II.1.2. Boa-fé objetiva; II.1.3. A função social do contrato - II.2. A prática contratual no meio autoral musical; II.2.1. A cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais de autor - II.3. O desequilíbrio contratual e o dano autoral; II.3.1. A reparação do dano autoral. II.4. Fundamentação jurídica; II.4.1. A Constituição Federal. II.4.2. O instituto da lesão nos contratos; II.4.3. A cláusula *rebus sic stantibus* e as teorias revisionistas; II.4.4. Revisão e resolução contratual: as funções da boa-fé nos contratos; II.4.5. Conversão dos negócios jurídicos.

II.1. O novo paradigma contratual e os princípios sociais do contrato

Um dos institutos jurídicos civis que mais se submeteu às transformações sociais e econômicas no decorrer dos tempos foi o contrato. As alterações ocorridas desde o Direito Antigo até o Pós-moderno foram tantas, que atualmente é possível admitir uma Teoria Geral dos Contratos apartada da teoria obrigacional clássica¹¹³.

No Direito Romano, o estudo do contrato encontrava-se fundamentalmente inserido na teoria da obrigação, cabendo à jurisprudência, ao pretor e ao imperador a concepção do contrato como um acordo de vontades revestido da forma solene exigida pela lei. No Direito Justinianeu, os juristas bizantinos entendiam que a obrigação nascia da forma e não do acordo de vontades. Tal noção não prevaleceu.

A evolução histórica do contrato permite perceber que o formalismo excessivo foi diluído, fortalecendo-se o valor jurídico atribuído ao acordo entre os

¹¹³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – V. 3 - Contratos e Declarações Unilaterais: teoria geral e espécies*. 3 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

contratantes. Na época medieval havia o *princípio da fé jurada*, segundo o qual a mera palavra dada de maneira convergente entre as partes constituía o contrato. Esse princípio informalizou o contrato, na medida em que lhe retirou as solenidades existentes, salvo quando a lei assim determinava¹¹⁴. Coube ao jusnaturalismo e aos estudos do Direito Canônico a introdução ao contrato moderno. Assim, o acordo de vontades passou a ser o fator determinante na celebração dos contratos e a autonomia da vontade sua mola propulsora.

A autonomia da vontade consiste, segundo Silvio RODRIGUES, na prerrogativa conferida a quem queira criar relações na órbita do Direito, submetendo-se, para isso, às regras da lei. Assim, qualquer pessoa capaz pode, por meio da manifestação da vontade, tendo objeto lícito, criar relações jurídicas válidas¹¹⁵. Sobre a autonomia da vontade Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO expõe:

“[...] a autonomia da vontade é o poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito. No campo contratual, corresponde à chamada “liberdade contratual”, entendida em sentido amplo, isto é, liberdade de contratar ou não, de fixar o conteúdo do contrato, determinando suas cláusulas, de escolher com quem contratar e sob que forma contratar. Autonomia da vontade é, aí, então, a liberdade de cada indivíduo poder agir juridicamente, isto é, poder realizar negócios jurídicos”¹¹⁶.

No direito contratual moderno, encontram-se três princípios tradicionais, todos relacionados à autonomia da vontade, quais sejam: Princípio da liberdade contratual *lato sensu*; Princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; e Princípio da relatividade eficaz. Formulando esses três princípios, Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO expõe:

“São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da *autonomia da vontade* e assim se

¹¹⁴ *Ibid.* p. 62.

¹¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. V.3. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

¹¹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 47.

formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – o princípio da relatividade dos efeitos contratuais”¹¹⁷.

O princípio da liberdade contratual *lato sensu* revela o predomínio da função individual e consiste na liberdade que possuem os contratantes de celebrar ou não o contrato (*liberdade de contratar*); na liberdade de celebrar ou não contrato com determinada pessoa; e, por fim, na liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato (*liberdade contratual*)¹¹⁸.

A liberdade de contratar vem sofrendo uma erosão face à existência de alguns tipos de contratos necessários e, até mesmo, obrigatórios, como o do seguro obrigatório para proprietários de veículos automotores. A liberdade de celebrar ou não contrato com determinada pessoa refere-se à liberdade de escolha da parte co-contratante. Essa noção também vem sendo erodida, tendo em vista os vários casos em que não se pode escolher com quem contratar, como é o caso dos contratos de fornecimento de energia elétrica e água.

Pelo princípio da liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, as partes podem adotar no todo ou em parte, o conteúdo de um conjunto de tipos de contratos previamente descritos, reconhecidos e disciplinados em textos normativos, formando assim um contrato único. Considerando a massificação das relações contratuais e a conseqüente restrição da possibilidade de escolha, quer com relação aos sujeitos, quer com relação ao conteúdo do contrato, é evidente que não se pode

¹¹⁷ *Ibid.* p. 140.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 47.

mais falar em paridade no momento da contratação e, por seu turno, em liberdade contratual¹¹⁹.

Pelo princípio da força obrigatória entende-se que o contrato faz lei entre as partes. Este princípio apresenta dois aspectos: a irretratabilidade e irrevogabilidade da declaração jurídica emitida, ou seja, o contrato não pode ser desconstituído ou alterado no conteúdo por apenas uma das partes; e a intangibilidade do conteúdo pelas partes e pelo próprio juiz, que traduz a idéia de que o conteúdo do contrato é intocável, mas que o mesmo pode ser ajustado em certas circunstâncias em razão de uma relevância social.

Como leciona Mônica Y. BIERWAGEN, a realidade após a metade do século XIX mostrou que o pressuposto sobre a qual se assentava o princípio da obrigatoriedade, qual seja, a liberdade, não se apresentava nas vestes como havia sido inicialmente idealizada¹²⁰. Se por um lado, a lei previa a igualdade formal, por outro, o poder econômico retirava cada vez mais o poder de negociação da parte economicamente mais fraca.

Assim, não se pode falar mais em obrigatoriedade do contrato absoluta, se, em contrapartida, a noção de liberdade e igualdade mostra-se relativa, meramente formal. Com o objetivo de atenuar a desigualdade substancial das partes contraentes, a ingerência estatal atenuou o extremismo desse princípio, admitindo a intervenção judicial no conteúdo do contrato, a fim de adequá-lo à situação fática formada após a avença¹²¹.

A reestruturação do princípio da obrigatoriedade tornou-o mais flexível, na medida em que se passou a admitir a interferência estatal para corrigir os rigores do

¹¹⁹ "A redução no poder de escolha com quem contratar e em quais termos, em especial pelo surgimento dos monopólios e oligopólios que apresentam negócios predispostos de forma unilateral, estrangula a vontade do indivíduo, mas não a sacrifica de modo letal". LISBOA, Roberto Senise. *Princípios gerais dos contratos*. RT, 745. nov. 1997. p. 27-40.

¹²⁰ BIERWAGEN, Mônica Yashizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no código civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39.

¹²¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

contrato ante o desequilíbrio das prestações. Sobre as causas da relativização desse princípio, Arnold WALD assinala:

“Em um mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada”¹²².

Pelo princípio da relatividade eficaz, entende-se que os efeitos do contrato só atingem as partes, não atingindo terceiros. Tal entendimento também encontra abrigo no modelo clássico de contrato, onde o escopo era a satisfação de necessidades individuais. Por tal princípio não se admitia que o contrato viesse a operar efeitos sobre terceiros, como também que terceiros pudessem intervir na relação contratual¹²³.

Entretanto, o novo Código Civil brasileiro, de 2002, relativizou essa concepção. Inspirado no princípio da socialidade o contrato passa a ser visto não mais como instrumento de satisfação de finalidades egoísticas, mas lhe reconhece um valor social. Roberto Senise LISBOA, nesse sentido, expõe:

“O maior desenvolvimento, vislumbrando o contrato em sua função social, verificou-se com o princípio da relatividade dos efeitos, que ainda subsiste, porém, de modo bem mais atenuado, ante o reconhecimento da oposição ao teor do liame jurídico firmado por terceiros interessados. As normas jurídicas de ordem pública passam a ser interpretadas não apenas como protetoras de indivíduos isoladamente considerados, mas de categorias nas quais esses mesmos indivíduos poderiam vir a integrar: é o fenômeno da coletivização, com a tutela do interesse geral de todos os contratantes”¹²⁴.

Como bem expõe Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

¹²² WALD, Arnold. *Um novo direito para uma nova economia*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 12:47, jul./ago. 2001, p. 49.

¹²³ BIERWAGEN, 2003. *Op. Cit.* p. 33.

¹²⁴ LISBOA, 2005, *Op. Cit.* p. 99.

“Após a Primeira Guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com a justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado agindo sem peias, levaram à visão de que a lei – rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida –, antes útil instrumento da justiça, era um *obstáculo* a ultrapassar”¹²⁵.

Na visão contratual clássica, o contrato assume as vestes de um instrumento destinado a promover a afirmação econômica do estamento social burguês, então ascendente. Como reflexo da passagem do chamado “Estado Liberal” para o “Estado Social” (*welfare state*)¹²⁶, o contrato ganha nova dimensão, que determina sua leitura em função da afirmação de outros princípios que lhe dão conteúdo¹²⁷.

A análise do paradigma pós-moderno parte da constatação que o Direito não é um sistema completamente autônomo; integrado na sociedade, ele é um sistema de segunda ordem, que existe em função do sistema maior, o sistema social. Sua função é de solucionar conflitos da melhor maneira possível¹²⁸.

Como já visto, são três os princípios do Direito Contratual que vêm do século passado. Giram eles em torno da autonomia da vontade, e assim se formulam: princípio da liberdade contratual *lato sensu*; princípio da obrigatoriedade ou *pacta sunt servanda*; e princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

¹²⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e Pareceres de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. *Op. Cit.* p. 58.

¹²⁶ “O Estado Social, no plano do Direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil”. LÓBO, Paulo Luiz Netto. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de [Coord.]. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 202.

¹²⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 04.

¹²⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. cit.* p. 59.

Esses princípios, que marcam o modelo de estrutura jurídica moderno, não tardaram a revelar a desigualdade real que promoviam¹²⁹. Conforme leciona GODOY, nesse sentido, *“a estandarização dos contratos impedindo qualquer exercício, pelo aderente, da faculdade de discutir as condições do ajuste, acabou por reclamar uma nova concepção da liberdade contratual”*¹³⁰.

O paradigma contratual pós-moderno impõe, portanto, a necessidade de externar a igualdade real das partes, com o solidarismo que deve compor suas relações. Nesse sentido, Claudia Lima MARQUES expõe:

“A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para qual não é o momento da manifestação da vontade (consenso) que importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”¹³¹.

Na esteira desses novos valores, o novo paradigma contratual acaba por revelar outros princípios, ditos sociais. Os anteriores não devem ser considerados extintos pelos novos tempos. A constatação que se faz é que o número de princípios contratuais ampliou-se, com a afirmação dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato e da sua função social¹³².

A aplicação desses princípios, com o fim de preservar a fraternidade nos contratos é realizada mediante a intervenção do Estado nas relações contratuais. Assim, o Estado cria normas cogentes, interferindo nas contratações a fim de evitar lesões. Com bem expõe Giselda HIRONAKA, *“a intervenção do Estado no âmbito*

¹²⁹ Enzo ROPPO assim expõe que o liberalismo, em se tratando de contratos, de um lado desamarra o indivíduo dos vínculos feudais, garantindo-lhe a abstrata possibilidade, igual para todos, sob o aspecto formal, de desenvolver sua livre iniciativa, e, de outro, “configura de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, que é justamente interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tente, interessadamente, fazer crer a sua coincidência. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1998. p. 36.

¹³⁰ GODOY, 2004. *Op. cit.* p. 06.

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

¹³² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. cit.* p. 140.

contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco"¹³³. Atualmente, os princípios do direito contratual indicam que o alvo é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo.

II.1.1. O equilíbrio contratual

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, por seu turno, leva à admissão de duas figuras, a lesão e a onerosidade excessiva. Tem por alicerce a exigência de equivalência das prestações e o equilíbrio entre elas. Como já dito, nas relações contratuais, sempre se invocou a igualdade das partes contratantes. Entretanto, essa presunção de igualdade que o pensamento jusracionalista impôs, não serviu aos propósitos desejados de se alcançar a justiça e o efetivo equilíbrio das relações contratuais¹³⁴.

No intuito de sopesar as relações jurídicas, o Direito Contratual da atualidade abandonou a teoria da igualdade abstrata ou formal, que inúmeros contratempos trouxe, face à desigualdade econômica e política dos contratantes. Buscou-se, assim, por meio da utilização de normas jurídicas de ordem pública, a efetivação da igualdade real e concreta.

Há quem critique essa visão, afirmando que ela não satisfaz aos interesses da coletividade, bem como pelo fato de que há de se reconhecer que as desigualdades sempre existirão. Nesse norte, a busca da igualdade real e concreta reflete-se sob as vestes de uma verdadeira utopia.

¹³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A função social do contrato*. In: *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 109.

¹³⁴ LISBOA, 2005. *Op. Cit.* p. 90.

Entretanto, como expõe LISBOA, essa visão, tida como utópica por parte da doutrina pode sucumbir partindo da premissa de que, havendo desigualdade entre as partes, deve-se procurar a solução mais justa para o caso concreto. Por meio de um sistema aberto e principiológico, que busque conciliar os interesses divergentes, é possível recompor o equilíbrio contratual¹³⁵.

Quanto a isso, a evolução do pensamento jurídico é evidente. O legislador, além de proibir determinadas condutas e a inserção de determinadas cláusulas, por meio das normas jurídicas de ordem pública e de interesse social, confere ao juiz os poderes necessários para buscar o re-equilíbrio contratual, mediante a revisão judicial do contrato¹³⁶.

Conforme expõe Teresa NEGREIROS, por força do princípio do equilíbrio econômico, não é permitido “que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes”¹³⁷.

II.1.2. Boa-fé Objetiva

A acepção jurídica da boa-fé ganhou expressão no direito romano, que, historicamente, caracterizava-se pela dicotomia entre contratos de direito estrito e

¹³⁵ *Ibid*, p. 91.

¹³⁶ *Extrai-se da Jurisprudência: Equilíbrio da relação contratual. – Compromisso de compra e venda. Negócio efetuado por preço exorbitante. Configurada a lesão aos compradores, integrantes de classe pobre ou fabril. Desproporcionalidade ao intuito de lucro. Desequilíbrio entre as partes. Imposição, ainda, de cláusula abusiva de reajustamento. Necessária a redução do valor do preço de extirpação da cláusula abusiva para devolver o equilíbrio aos contratantes. Recurso parcialmente provido. Faltando prova da adequação razoável do preço imposto, o contrato passa a ser lesivo e ofende a ordem social, autorizando o Estado-juiz, competente segundo o artigo 5º XXXV, da Constituição Federal, a intervir na relação contratual para adequá-la a sua concepção social (TJSP, AC 115.014-4, 3ª Câmara e Direito Privado, rel. Dês. Ênio Zuliani, j. 30.01.2001).*

¹³⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. p. 155.

contratos de boa-fé (consensuais). Conforme leciona Humberto THEODORO JR., enquanto os primeiros eram formais, os de boa-fé não dependiam de forma ou solenidade para produzir eficácia¹³⁸.

Na cultura germânica medieval e no direito canônico, a boa-fé assume uma feição de regra de comportamento social, um dever ser necessário ao estabelecimento da confiança e segurança das relações sociais. No campo das relações comerciais, esse dever é exercido no cumprimento exato dos deveres assumidos, ou seja, respeitar fielmente o que fora pactuado. O Código Civil francês, de 1804, retrata a boa-fé nessa perspectiva, não como instituto jurídico, mas como regra moral cuja função se restringe a reforçar o princípio da obrigatoriedade ou *pacta sunt servanda*¹³⁹.

O referido Código Civil francês tratou muito melhor da boa-fé subjetiva, restando inexitosa qualquer tentativa de tratamento do aspecto objetivo do conceito. Influenciado pelo Código de Napoleão, o Código Comercial Brasileiro de 1850 contemplou regra que mandava interpretar os contratos conforme a cláusula da boa-fé. Coube ao Código Civil alemão, em vigor a partir de 1900, introduzir de maneira inegável a cláusula geral de boa-fé objetiva no mundo do Direito Civil. O código alemão tornou clara a separação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, operando essa última em caráter geral e servindo como um reforço material do contrato¹⁴⁰.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não adotou o sistema de cláusulas gerais¹⁴¹. No Código Civil de 2002, conforme expõe Antônio JUNQUEIRA DE

¹³⁸ THEODORO JR., Humberto. *Contratos*. In: Doutrina 4. Coord. James Tubenchlak, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. p. 248.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, 2000. *Op. cit.* p. 201.

¹⁴⁰ Conforme lição de Fernando NORONHA: "[...] mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contratante. Uma é boa-fé estado, a outra boa-fé princípio". NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 132.

¹⁴¹ Judith MARTINS-COSTA explica que as cláusulas gerais são "normas cujo enunciado é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de

AZEVEDO, “a boa-fé é um conceito jurídico indeterminado. Quando se refere ao tipo de comportamento exigido – por exemplo, dos contratantes – configura-se em cláusula geral”¹⁴². Assim, por ter sido prevista como cláusula geral, a boa-fé objetiva tem seu conteúdo fixado pelo juiz com base nas circunstâncias do caso concreto. Antônio Manuel MENESES CORDEIRO explica que: “[...] a boa fé objectiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo não adviria da lei, mas da sua aplicação pelo juiz”¹⁴³.

Segundo Álvaro Villaça de AZEVEDO, a boa-fé “assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito”¹⁴⁴. Pelo princípio da boa-fé objetiva, as partes contratantes devem manter o espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes acerca da avença, com vistas a equilibrar razoavelmente as prestações.

Para tanto, devem prestar informações, expressando e esclarecendo o conteúdo do contrato. A boa-fé objetiva deve existir em todas as tratativas negociais, desde a negociação, até a formação, conclusão, execução e extinção do mesmo, devendo persistir ainda após essa última¹⁴⁵. Importa no aspecto moral da obrigação contratual, impondo às partes uma conduta leal para o cumprimento das obrigações.

Leciona Mário Júlio de ALMEIDA COSTA:

“Entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória – o comportamento dos contratantes terá de pautar-se pelos cânones da lealdade e da

valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”. MARTINS-COSTA, 2000. *Op. Cit.* p. 286.

¹⁴² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 149.

¹⁴³ MENESES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. 2 volumes. Coimbra: Almedina, 1984. p. 43.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

¹⁴⁵ “Após a extinção do contrato, existem, também, deveres, que devem ser respeitados pelos contratantes, como, por exemplo, o dever de não divulgar informações sigilosas de que tomem conhecimento, segredos profissionais, de fabricação de produtos, fórmulas secretas e que devam manter-se sob reserva. Qualquer divulgação desses e de outros fatos, por um dos contratantes, pode causar sérios prejuízos ao outro”. AZEVEDO, 2004, *Op. Cit.* p. 29.

propriedade. De modo mais concreto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio, o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que esta lavre, o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração, o de abster de propostas de contratos nulos por impossibilidade do objecto; e, ao lado de tais deveres, ainda em determinados casos, o de contratar e prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um acto jurídico. O reconhecimento da responsabilidade pré-contratual reflecte a preocupação do direito de proteger a confiança depositada por cada um dos contratantes nas expectativas legítimas que o outro lhe crie durante as negociações, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração¹⁴⁶.

Como regra de conduta, a boa-fé objetiva é objeto de estudo da jurisprudência, ante a abertura concedida ao juiz para aplicar a solução mais justa no caso concreto¹⁴⁷. Fundamenta uma série de deveres ou obrigações acessórias, como: a lealdade, a cooperação mútua, a informação, a assistência técnica, a veracidade, a segurança e a transparência de agir.

Cabe mencionar a crítica *Junqueiriana* ao artigo 422 do novo diploma civil¹⁴⁸, em que vislumbra insuficiências e deficiências nesse dispositivo legal. O jurista destaca o fato de que, pela leitura de tal dispositivo, não se pode saber se o artigo representa uma norma cogente ou dispositiva. A boa-fé é um conceito jurídico indeterminado. No direito norte-americano a boa-fé não pode ser afastada por contrato, por se tratar de norma cogente¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. p. 224.

¹⁴⁷ Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência: *Boa-fé Objetiva – Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condomínios. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários. Princípio da boa-fé objetiva. I – O Recurso Especial carece de prequestionamento quando a questão federal suscitada não foi debatida no acórdão recorrido. II – Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de trinta anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembléia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva* (STJ, Resp 356821 – RJ, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.04.2002, DJ 05.08.2002, p. 334).

¹⁴⁸ O novo Código Civil prevê a boa-fé objetiva em três artigos: um, sobre o exercício de direito (art. 187); outro, sobre a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); e outro, sobre a boa-fé nos contratos*art. 422). JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. cit.* p. 141

¹⁴⁹ No direito americano as partes podem ainda, *in casu*, no contrato, determinar os *standards* pelos quais a execução da obrigação seja feita. Trata-se de níveis de boa-fé, que podem variar. Assim, se o sujeito vai

A segunda insuficiência indica que o referido artigo se limita ao período que vai da conclusão até a execução do contrato, não havendo previsão sobre aplicação da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais. O contrato pode ser entendido como um processo e, como tal, possui começo, meio e fim. Há, portanto, a fase pré-contratual, contratual propriamente dita, e pós-contratual. Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO assinala que uma das possíveis aplicações da boa-fé diz respeito a sua aplicação na fase pré-contratual. Nessa fase já são exigidos deveres específicos que uma pessoa deve ter como medida de correção de comportamento em relação à outra parte contratante¹⁵⁰.

Luiz Guilherme LOUREIRO também afirma que o artigo 422 da atual legislação civil tem uma redação insuficiente e limita a aplicação do instituto da boa-fé tanto na fase pré-contratual quanto na pós-contratual. Assim, cabe à doutrina e à jurisprudência sanar esse caso¹⁵¹. Como deficiências, pode-se citar a ausência de disposições sobre deveres anexos, cláusulas faltantes e cláusulas abusivas.

II.1.3. Função social do contrato

O princípio da função social destina-se a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudicam a coletividade, quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. Esse princípio traz a noção de que os contratos desempenham relevante papel na sociedade, impondo ao jurista entender o contrato não como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais.

negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser aquela do vendedor de uma loja fina. Ibid. p. 150.

¹⁵⁰ Ibid. p. 148.

¹⁵¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 52.

A consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental inerente a todas as relações jurídicas, seja de ordem pública ou privada, permite o preenchimento do conteúdo da expressão *função social*. Nesse escopo, a *função social* é aquela que serve de instrumento para a satisfação de interesses da sociedade, do sistema social¹⁵².

Entretanto, tal expressão é criticada, sob a argumentação de que toda lei, a princípio, possui uma função social a cumprir. Mas a força dessa expressão está mais relacionada ao conteúdo dela e, nesse ponto, vislumbra-se que, na sociedade, figuram interesses os mais variados e as necessidades, por sua vez, são freqüentemente divergentes.

A previsão legal da função social do contrato repeliu o individualismo jurídico existente no modelo clássico e conferiu uma função institucional ao contrato, subordinando-o ao bem comum. Dessa forma, tutelam-se os direitos subjetivos indisponíveis e os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente quando contrastados com os direitos subjetivos patrimoniais, que por sua vez, são despidos de relevo social¹⁵³.

Uma síntese da nova principiologia contratual é apresentada por Jeferson Luiz Dellavalle DUTRA nos seguintes termos:

“[...] o novo Código Civil trata da boa-fé objetiva quando determina no seu art. 422 que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Contudo, a partir dela são criadas expectativas comportamentais que se estendem para além de uma simples regra de conduta imposta pelo legislador, aparecendo também como critério de interpretação de vontade (art. 113) e de compreensão da abusividade no exercício de direitos subjetivos (art. 187). Já o equilíbrio econômico

¹⁵² LISBOA, 2005. *Op. Cit.* p. 129.

¹⁵³ Conforme leciona Roberto Senise LISBOA: “os interesses difusos são relevantes socialmente porque afiguram a litigiosidade máxima possível, dada a grande dispersão das necessidades existentes entre as mais variadas pessoas, cuja totalidade é de identificação indeterminada. Os interesses difusos são os que merecem tutela especial mais abrangente porque a titularidade é mais extensa e de maior importância que os interesses coletivos, que, embora amplos, limitam-se aos grupos, classes ou categorias de pessoas determináveis de que tratam”. LISBOA, 2005. *Op. cit.* p. 130.

vem expresso no Código Civil através da consagração do instituto da lesão contratual, que é definida como um defeito do negócio jurídico, autorizando a parte prejudicada a requerer a anulação do negócio. [...] Assim, a idéia de equilíbrio econômico se reflete diretamente na desproporção das prestações, ou seja, na desigualdade fática. Por fim, a função social do contrato fixa no art. 421 que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Aqui, percebe-se que a relação contratual não deve ser compreendida como uma relação que interesse exclusivamente às partes contratantes (interação), tendo seus efeitos e seu alcance estendidos à coletividade (sociedade)”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. *Princípios contratuais e reflexividade sistêmica: boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato*. In: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. (Org.). *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2008. p. 153.

II.2. A prática contratual no meio autoral musical

Como já citado na primeira parte (ítem I.5), quando uma obra musical é concebida, sua circulação realiza-se por meio da comunicação direta ao público, em concertos e shows musicais, ou indiretamente, mediante prévia fixação da obra em suporte material. Surge assim, uma relação de interdependência entre o autor da obra musical e o produtor de fonogramas¹⁵⁵.

Tal relação é vislumbrada na dependência do autor e sua obra dos suportes materiais para maior difusão e comunicação e, por outro lado, na dependência das empresas de publicação de obras musicais dos autores e suas criações intelectuais, sem os quais não teriam matéria-prima para produção. Essas relações entre autor/obra e produtor fonográfico/fonograma são viabilizadas pelo relacionamento contratual entre as partes, de acordo com princípios e dispositivos contidos nas Convenções Internacionais e, no plano nacional, pela Lei 9.610/98.

Conforme esclarece ALMENO DE SÁ, na maioria das vezes as empresas recorrem a formulários ou modelos de contratos, visando uniformizar o regulamento negocial. Assim expõe:

“Se tivermos presente a normal confrontação do autor, isolado e profano, com as entidades empresariais organizadas que se encarregam da exploração econômica da obra, de imediato ficaremos alertados para o problema de restrição da liberdade contratual aqui potencialmente implicado e para o perigo, típico nestas situações, de uma conformação contratual desequilibrada, em prejuízo do autor¹⁵⁶.”

¹⁵⁵ Como se sabe, a exploração das obras intelectuais musicais é realizada no mercado por gravadoras e editoras musicais, além dos promotores de espetáculos e concertos, empresas de televisão e organismos de radiodifusão. É nesse contexto que os autores vêm a celebrar os contratos com as referidas empresas de publicação. SÁ, 1994. *Op. cit.* p. 407.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 408.

José de Oliveira ASCENSÃO afirma que, no relacionamento entre autores e empresas de publicação, os primeiros são, presumivelmente, parte mais fraca, sujeitando-se, muitas vezes, a verdadeiros contratos de adesão¹⁵⁷. Sobre esses contratos padronizados, ALMENO DE SÁ afirma:

“Trata-se, na verdade, nesses formulários ou modelos, de articulados negociais pré-elaborados, dirigidos a uma série de relações contratuais, com caráter de rigidez, já que se destinam a ser aceites tal como se apresentam, sem negociação individualizada ou alterações de regime. O que as empresas em causa visam é, de facto, um regulamento negocial uniforme, que vai formar o conteúdo dos diversos contratos jurídico-autorais a celebrar com cada um dos autores”¹⁵⁸.

Diz-se que o sistema legislativo brasileiro de proteção autoral, pautado na Convenção de Berna, é destinado à proteção do autor e consubstanciado na faculdade exclusiva que lhe é atribuída de participar de todos os meios de utilização econômica da sua obra. No mesmo norte, proclama-se na doutrina que são princípios desse sistema: “*o alcance limitado dos contratos celebrados pelo autor para a exploração da obra*” e a “*interpretação restritiva dessas convenções*”, em defesa dos interesses do autor.

O limite que a legislação impõe é representado pela inalienabilidade dos direitos morais do autor. Ora, os direitos morais dispostos no artigo 24 e seguintes da Lei 9.610/98, constituem o fundamento ético da proteção autoral e sua garantia representa o mínimo de respeito à dignidade do criador. Assim, o legislador “resguarda” os interesses elementares dos autores ao prever a inalienabilidade dos direitos morais e, concomitantemente, prevê a cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais pela via contratual.

¹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra, 1992, p. 431. Complementando essa idéia: “*O Direito de Autor não escapa à acentuada tendência para a standardização das relações contratuais que de há muito vem marcado o direito privado*”. SÁ, 1994. *Op. cit.* p. 411.

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 413.

Tais direitos são negociados em razão dos contratos de edição, em que se transferem os direitos de reprodução, divulgação e comercialização da obra; ou de cessão, os mais corriqueiros, em que são transmitidos, um, alguns ou todos os direitos patrimoniais. Em vários casos, o autor originário acaba por sofrer restrição aos direitos patrimoniais em benefício da empresa de publicação.

Eduardo Vieira MANSO, em sua obra *Contratos de Direito Autoral* assim expõe:

“E o mal é muito maior quando se trata de autor novo, isto é, de autor que ainda não tenha publicado nenhuma obra, ou que tenha tido poucas obras publicadas (quando estas, por sua natureza, são de pequena extensão, como os poemas, as letras de canções, as telas, etc.). Faltando-lhe, a um só tempo, experiência e renome, faltam-lhe condições suficientes para negociar livremente, os contratos de cessão de direitos autorais, recebendo, em razão disso, valores muito inexpressivos e, não raro, ridículos, para terem a oportunidade de se verem lançados ao público, o que é, mesmo, a mais impulsiva das razões por que o autor aliena os seus direitos autorais: todo autor novo é, quase que por princípio, um amador”¹⁵⁹.

E conclui o autoralista:

“Paradoxalmente, seu maior prejuízo ocorrerá justamente se sua obra consistir em grande sucesso; aí, a sensação de injustiça leva-o à convicção de que faltou honestidade na contratação inicial, porque a desproporção entre o que recebera e o que a obra está rendendo ao usuário dela, dar-lhe-á nítida configuração de uma lesão insuportável”¹⁶⁰.

Assim, na prática, o alcance limitado dos contratos e a interpretação restritiva dos mesmos representam proteção aparente, face à previsão legal de cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais do autor. Não se trata de uma proposta privatista de estudo, entendendo que as normas jurídicas devam ser voltadas preponderantemente para o favorecimento pessoal do autor. A

¹⁵⁹ MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 100.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 101.

indispensável proteção conferida pelo Direito de Autor não pode exercer-se em detrimento dos legítimos direitos e interesses de gravadoras e editoras musicais, pelo que não se deve, ao assegurá-la, perder de vista o interesse do autor originário.

Como demonstrado anteriormente, a dependência do autor e sua obra dos veículos de comunicação ao público é fato. A recíproca mostra-se verdadeira, na medida em que as gravadoras e editoras musicais não sobreviveriam sem a criação intelectual. Assim, o autor de uma obra musical precisa relacionar-se contratualmente com tais empresas para publicação, difusão e exploração de suas respectivas obras.

A despeito de como é e como deve ser esse relacionamento contratual, mostrar-se-á, a seguir, alguns aspectos dos contratos mais comuns que permeiam as relações jurídicas no meio musical. A título de alusão, uma breve análise é feita a respeito dos contratos de gravação e edição musical e, por fim, o contrato de cessão total e definitiva de direitos autorais.

O contrato de gravação, tipificado comumente como “Contrato de produção e fixação de fonogramas” é aquele em que o autor confere ao empresário o direito de fixação da obra, pelos meios de reprodução possíveis, para sua exploração econômica. Em se tratando de música e sua utilização, diferentes tipos de contratos são firmados, para uso na cinematografia, na televisão, na radiodifusão, na publicidade, entre outros.

Assim, o contrato de gravação envolve negócios jurídicos complexos e diferentes aspectos do relacionamento entre autor, produtor, artistas e intérpretes. Por isso, pertence ao gênero dos contratos de edição, assumindo, não raro, as vestes da cessão de direitos. Uma característica comum nesses contratos é a existência de uma abusiva cláusula contratual que desnatura o contrato de gravação, pretendendo dar-lhe efeitos próprios do contrato de cessão total e definitiva de direitos autorais.

A origem etimológica da palavra “edição” é exposta pelo *jus* autoralista Fábio Maria de MATTIA. Senão vejamos: “*Edição significa parto, publicação e deriva do latim edere que quer dizer tirar para fora, dar à luz, publicar*”¹⁶¹.

O contrato de edição é aquele por via do qual o autor entrega a obra ao editor, para que a reproduza mecanicamente e a explore. Assim, o editor faz a reprodução da obra, sua divulgação e venda dos exemplares convencionados, fruindo os resultados econômicos da exploração e pagando ao autor remuneração estipulada.

Segundo POUILLET, OSCAMPO E ARMAND, “contrato de edição é uma convenção pela qual o autor de uma obra intelectual compromete-se a entregá-la ao editor, que de sua parte obriga-se a publicá-la, vale dizer a reproduzi-la e a divulgá-la às suas custas, riscos e perigos”¹⁶². Para José de Oliveira ASCENSÃO, “o contrato de edição “é um contrato oneroso pelo qual alguém assume em exclusivo perante o titular o direito de publicação: o direito e o dever de reproduzir e comercializar uma obra literária ou artística”¹⁶³. Carlos Fernando Mathias de SOUZA define edição como “contrato pelo qual o editor obriga-se a reproduzir mecanicamente e a divulgar obra literária, artística ou científica, que o autor lhe confiou, adquirindo o direito exclusivo de publicá-la ou explorá-la nos termos do ajuste”¹⁶⁴.

Como contrato típico, com características próprias, tem merecido regulamentação especial na generalidade das legislações. Oferece modalidades diversas, desde a edição pura e simples, em que o editor assume, sozinho, os riscos do negócio; a edição em que o autor remunera o editor para que produza número

¹⁶¹ MATTIA, Fábio Maria de. *O autor e o editor na obra gráfica: direitos e deveres*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 01.

¹⁶² *Definição proposta em 1893 no Congresso da Associação Literária e Artística Internacional*. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Contratos de direito de autor*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 18. p. 68-77. 2000. p. 69-70.

¹⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 384.

¹⁶⁴ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito autoral: legislação básica*. Brasília: DF, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998. p. 72

certo de exemplares da obra e a divulgue; e, por fim, o caso em que autor e editor dividem entre si os resultados econômicos, e não apenas uma percentagem ao autor, como na edição simples.

Habitualmente, os contratos de edição musical não contém apenas as relações de edição gráfica (impressão, publicação e divulgação da partitura correspondente à obra musical editada). Na prática, a edição gráfica quase que se dissipa em relação às demais atividades do editor no controle do vasto e complexo campo de utilização da obra musical, seja por meio da sincronização ou inclusão, reprodução fonomecânica e execução pública¹⁶⁵.

O relacionamento entre autores e editores musicais (empresas) é retratado por José Carlos COSTA NETTO, nos seguintes termos:

“O editor musical é mais um mandatário ou administrador dos direitos patrimoniais da obra, do que, propriamente, um editor (...). Quase sempre, inclusive, o editor procura adquirir, abusivamente, a condição de verdadeiro cessionário dos direitos patrimoniais de autor, durante a íntegra do período legal de proteção da obra. Pretende, assim, praticamente, substituir o autor no que tange à exclusividade na exploração econômica da obra, isolando este da sua disposição e controle”¹⁶⁶.

Visto isso, ainda que a prática não seja essa, o contrato de edição não pode ter por objeto a transmissão integral dos direitos do autor, mas somente a transferência ao editor do exercício do direito de utilização econômica, permanecendo com o autor, mesmo após o contrato, o exercício de seus direitos pessoais sobre a obra.

Antônio CHAVES explica como o editor passou a almejar a titularidade dos direitos do autor por meio da cessão desses direitos:

¹⁶⁵ COSTA NETTO, 1998, *Op. Cit.* p. 112.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 112.

“Ao perceber o editor que sua função era muito importante para a casa gravadora de fonogramas, pois a provia de um insumo vital como era a obra a ser gravada que já não era tão importante para o autor, porque este ou podia substituir por outro ou bem entender-se diretamente como o fonogravador, decidiu por em jogo toda a sua astúcia e engenho criando uma figura jurídica que o converteria em dono absoluto da obra, relegando o autor a um segundo plano como máquina produtora de bens em troca de uma percentagem, que na maioria das vezes não lhe chegava em forma completa”¹⁶⁷.

Focado nesse interesse, o editor criou o que se conhece como “contrato de cessão de direitos autorais”, que o transformaria em “titular dos direitos de autor” de determinada obra musical. Além disso, seria o único que poderia autorizar ou transferir a terceiros o aproveitamento dessa obra, excluindo o autor da possibilidade de retirar o melhor proveito da sua obra.

Atualmente ainda vigora a luta desigual em que mais de um século vivem editores e autores, onde o poder econômico daqueles acaba sempre prevalecendo. Desta feita, tornou-se tão bom o negócio das empresas de publicação, que praticamente todas as gravadoras estabelecidas no Brasil, resolveram criar suas próprias editoras a fim de participar, mais ativamente, do pequeno lucro do autor.

A Lei autoral brasileira abusa quanto às ressalvas de disposição em contrário nos contratos. Assim, aquilo que, a princípio, deveria ser disciplina imperativa, deixa de ser naturalmente pelo “acordo de vontades”. Conforme expõe Carlos Fernando Mathias de SOUZA:

“Os contratos têm importância capital para o Direito de Autor, não só pelos contratos típicos, mas também em face de que muitas normas de tutela autoral, que poderiam ser consideradas como de ordem pública, podem ser mitigadas por estipulação contratual em contrário”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CHAVES, Antônio. *Obras literárias e musicais (Contrato de Edição)*. São Paulo: Julex Livros, 1988. p. 162.

¹⁶⁸ SOUZA, 1998. *Op. cit.* p. 68.

II.2.1. A cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais de autor

A cessão de direitos autorais patrimoniais é um negócio jurídico autônomo, sendo uma espécie de contrato típico, por meio do qual o autor transfere, a título oneroso ou gratuito, a outrem, todos direitos patrimoniais sobre a criação intelectual. Dessa forma, o autor despoja-se de seus direitos exclusivos, na sua totalidade, no âmbito patrimonial¹⁶⁹.

Por previsão legal, os direitos patrimoniais de autor podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, a título universal ou singular, observadas determinadas limitações legais¹⁷⁰. Mas vejamos quais são essas limitações.

A primeira restringe a transferência dos direitos aos patrimoniais, ou seja, àqueles referentes à exploração econômica da obra. A inalienabilidade dos direitos morais representa o mínimo de proteção legal, por constituir o fundamento ético da proteção autoral. Ainda assim, sabe-se que o comércio de autoria existe. Tal limite simplesmente busca afastar-se do que seria absurdo, mas não evita danos autorais nem protege o autor como deve se propor uma lei autoral. A segunda limitação impõe que a transmissão total e definitiva dos direitos patrimoniais somente será admitida mediante estipulação contratual escrita. Também somente evita o absurdo de admitir cessão total e definitiva por acordo verbal. A simples exigência de uma estipulação contratual escrita revela a fragilidade dessa limitação¹⁷¹.

Com o objetivo de proteger o autor e delimitar o alcance da cessão de direitos, a lei autoral brasileira dispõe de normas tanto formais como substanciais. Assim, determina que se presume onerosa qualquer tipo de cessão de direitos e que deve ser obedecida a forma escrita dos contratos, devendo ser averbados para valer contra terceiros. O contrato deverá mencionar os direitos cedidos, mencionando

¹⁶⁹ MANSO, 1989, *Op. Cit.* p. 99.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 70.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 75-76.

ainda a extensão, o destino, o lugar e a duração da avença, sob pena de nulidade, eis que se trata de exigências legais, em norma de ordem pública.

A Lei ainda disciplina que cada forma de utilização ou cada processo de utilização deve ser mencionado por expreso no instrumento, figurando a interpretação estrita e em favor do autor. Tais normas, a princípio, visam reforçar a própria índole do Direito Autoral, qual seja, a proteção ao autor e às suas criações.

Entretanto, tais disposições não produzem efeito protetivo ao autor, quando se tratar de caso de cessão total e definitiva. Cumprindo essas formalidades, forma escrita, averbação e as especificidades do contrato, há a possibilidade de cessão total e definitiva e, por conseguinte, há possibilidade de desequilíbrio contratual na execução do contrato, tendo em vista que tais contratos são, quase sempre, não paritários.

Os efeitos do contrato de cessão total e definitiva de direitos autorais são muito semelhantes aos da compra e venda, vez que determina a transferência de um bem (doutrinariamente tais direitos são considerados bens móveis). No âmbito das práticas contratuais essa prática resulta em verdadeira espoliação do patrimônio do autor cedente. Essa analogia também é válida no tocante à retribuição pecuniária, ou seja, na determinação de um preço fixo, certo, irreajustável e totalmente feito antecipadamente¹⁷².

Os usuários das obras musicais, gravadoras e editoras, procuram acautelarse face à impossibilidade de antever o resultado de suas publicações, tentando reduzir os eventuais prejuízos ao mínimo. Assim, pagam pela cessão valores muito baixos, considerando o real valor da obra.

Assim, não raro, os contratos de cessão total e definitiva acabam por promover uma lesão ao autor, que recebeu pagamentos muito abaixo do valor da

¹⁷² *Ibid*, p. 100.

obra, em face do proveito econômico que ela terminou por render ao cessionário. Nesse norte, assim expõe Eduardo Vieira MANSO:

“Não se afirma, aqui, que os cessionários de direitos autorais dos autores novos agem desonestamente, provocando aquela lesão dolosamente. Muito ao contrário, eles atuam também na defesa de seus interesses, da maneira mais legítima possível. No entanto, a despeito da ausência da vontade de causar os danos, estes ocorrem e provocam uma injustiça que inteiramente contrária aos próprios desígnios do Direito, principalmente quando se trata de direitos de tal natureza”¹⁷³.

O mal da cessão total e definitiva de direitos autorais patrimoniais reside na maneira de remunerar a aquisição de tais direitos, que é feita mediante um pagamento global fixo e antecipado. Nessa condição o autor sempre assumirá o risco do insucesso da comercialização dos exemplares da sua obra, quando o risco é próprio do usuário delas. Isso porque só começará a receber seus *royalties* depois que a cessionária recuperar o investimento, que envolve também essa quantia paga antecipadamente.

A cessão total e definitiva não impede que o autor receba seus direitos. No entanto, não terá mais as prerrogativas de disposição sobre a obra que criou. A empresa de publicação torna-se titular tanto do direito de dispor da obra, como de utilizá-la com fins econômicos. Portanto, a cessão difere da concessão ou da autorização para utilizar economicamente a obra¹⁷⁴.

¹⁷³ *Ibid*, p. 102.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 76.

II.3. O desequilíbrio contratual e o dano autoral

Como visto, a idéia de cessão de direitos patrimoniais de autor remonta à época do *Copyright*. Aquele argumento de que os editores haviam adquirido os direitos dos autores acabou por resultar no instrumento jurídico destinado à alienação dos direitos patrimoniais de autor. A cessão total e definitiva desses direitos é prevista na legislação autoral brasileira (Lei nº 10.610/98, artigo 49, II). Por conta disso, os contratos que permeiam as negociações entre autores e empresas de publicação representam, quase sempre, contratos de cessão.

Nehemias GUEIROS JR, na obra intitulada “*Direito Autoral no Show Business – Volume 1 – A música*”, discorre sobre as “armadilhas” contratuais contidas nos contratos de gravação, destinadas primordialmente a reduzir o valor dos *royalties* do autor. Essas armadilhas não são em si situações totalmente ilegais, pois uma vez inseridas nos contratos e aceita por ambas as partes estão amparadas pelo Direito Civil¹⁷⁵.

Ocorre que, por vezes, acabam por desequilibrar a relação contratual. Geralmente o artista não tem conhecimento técnico capaz de participar sozinho das negociações do contrato, mas movido pela necessidade de ver publicada a obra fruto de sua criação, acaba contratando sem o devido cuidado¹⁷⁶.

A Lei autoral brasileira, tanto a primeira de 1973, quanto a Lei 9.610 de 1998, não define critérios para o estabelecimento da remuneração para os autores, ou seja, da porcentagem de *royalties* que deve ser paga no sentido do justo. Essa porcentagem fica, portanto, a cargo das práticas do mercado.

No caso da indústria fonográfica, há mais de trinta anos, é pago ao autor a porcentagem de 8,4% sobre a venda de discos. Essa porcentagem sempre foi

¹⁷⁵ GUEIROS JR., 2005. *Op. Cit.* p. 182.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 182.

calculada sobre 90% das vendas, nunca sobre 100%, alegando “quebra industrial”, transferindo ao autor, dessa forma, o prejuízo pela perda da matéria prima, que pode vir a ocorrer quando da reprodução de uma quantidade significativa de cópias¹⁷⁷.

Sobre o chamado “desconto industrial”, Nehemias GUEIROS JR conclui:

“Esse desconto por si só cobre razoavelmente a grande maioria dos custos iniciais de contratação, gravação, produção e divulgação de artistas campeões de venda, por exemplo, *constituindo um verdadeiro superfaturamento* em relação aos direitos autorais legais, estipulados em lei e consagrados nos contratos tradicionais do mercado, além de ser cumulativo ao corolário de descontos regularmente aplicados às receitas dos artistas-intérpretes por todas as gravadoras do mercado, tais como, mas não limitados a, desconto de capa (de 10 a 15%), devoluções de mercadoria, despesas de *administração e transferência de fundos*, e outros”¹⁷⁸.

Outro aspecto comum e abusivo é que, passados mais de 20 anos da chegada da era digital, com o advento do CD (*compact disk*) em 1981, as gravadoras continuaram a pagar os *royalties* com base no antigo *long play* de vinil, o LP¹⁷⁹. Trata-se de um dos aspectos mais irregulares e injustos praticados nos contratos autorais na música, retratada por Nehemias GUEIROS JR. Nos seguintes termos:

“Prática antiga da indústria fonográfica, desde o advento do CD em 1983, os contratos têm cláusulas específicas nesse sentido. **Atenção para não deixar passar essa cláusula, ela não deve ser aceita, nem mesmo suas variações.** As gravadoras costumam “inventar” um sistema mediante o qual os *royalties* são pagos sobre o preço do LP de vinil de maior valor (não existe esse preço, pois nenhuma

¹⁷⁷ “Até a década de 40 a tecnologia dominante na fabricação de discos fonográficos era rudimentar, e empregava, como matéria-prima, uma cera secretada pelos besouros *laccifer lacca*, depositada em árvores e denominada *shellac*. Esse material era muito frágil e uma razoável quantidade de discos chegava quebrada nos revendedores, não só pela fragilidade, como também devido à precariedade do transporte. As quebras por vezes chegavam a até 15% de um carregamento de discos. Em função disso, os executivos, responsáveis pelos departamentos financeiros das gravadoras da época, resolveram criar uma reserva de caixa, destinada a compensar essa quebra, e passaram a aplicar um desconto automático de 10% sobre a base de cálculo dos *royalties* dos artistas contratados, reduzindo-a de 100 para 90%.. *Ibid.* p. 191.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 192.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 223.

gravadora fabrica mais LPs de vinil) e mais um acréscimo percentual para compensar o CD. O ideal é não aceitar essa cláusula, ela é ilegal”¹⁸⁰.

Ainda hoje algumas gravadoras continuam trabalhando assim, e outras só interromperam essa prática quando os autores ou seus representantes procuraram os seus direitos na esfera judicial¹⁸¹. Enfim, são disposições pactuadas que acabam por promover, em alguns casos, situações de desequilíbrio contratual.

Num panorama atual, ainda que as práticas contratuais continuem praticamente as mesmas, a legislação civil mudou. No contexto do paradigma contratual pós-moderno, a primeira constatação que se faz é que essa tese ganha força e certamente demanda uma reflexão mais aprofundada. Conforme expõe José Carlos COSTA NETTO, o dano autoral pode ser visto como a lesão, de ordem moral ou patrimonial, ou as duas concomitantemente, sofrida pelo autor ou titular em virtude de violação ao seu direito¹⁸².

Quanto aos delitos no direito de autor, Bruno Jorge HAMMES destaca: a divulgação de obra inédita; o plágio; o desrespeito à integridade da obra e as violações ao direito de modificação; a reprodução ilícita de obras intelectuais, popularmente conhecida como “pirataria”; a distribuição não autorizada de exemplares; a comunicação pública não autorizada, entre outros¹⁸³.

Propõe-se no presente estudo, a tipificação do dano autoral decorrente da violação a direito patrimonial de autor nas relações contratuais, como por exemplo, as decorrentes do descumprimento total ou parcial da avença (falta de

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 175.

¹⁸¹ Um exemplo diz respeito a um caso em que as herdeiras do falecido cantor e compositor Raul Seixas venceram uma ação pioneira, iniciada em 1995 e vencida em 2001, recebendo cerca de R\$ 1.200.000,00 de indenização. A gravadora havia digitalizado todos os LPs do artista e os lançou no mercado no formato de CD, pagando a suas filhas, titulares legítimas pela sucessão, royalties calculados com base no preço dos LPs. Pelo valor da indenização obtida percebe-se a desproporção entre o que a gravadora pagou e o que deveria ter pago. GUEIROS JR., 2005. *Op. Cit.* p. xxvi.

¹⁸² COSTA NETTO, José Carlos. *Crêterios de reparação em violações de direito autoral*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. p. 82.

¹⁸³ HAMMES, Bruno Jorge. *Crimes contra propriedade intelectual*. In: Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados. p. 134-137.

remuneração; ausência de prestação de contas; extrapolação dos limites de exemplares permitidos; falta de numeração de exemplares editados. Nesse contexto, leciona Carlos Alberto BITTAR: “Além disso, no âmbito contratual, as lesões podem ocorrer, desde a prática de atos preparatórios para o ajuste até depois de exaurida a respectiva execução [...]”¹⁸⁴.

Um exemplo de dano por remuneração não equiparada, análogo ao que ocorre com os autores, diz respeito aos jogadores de futebol e o chamado Direito de Arena. Como se sabe, esse direito foi inicialmente previsto dentre os direitos conexos aos de autor na Lei Autoral nº 5.988/73, sendo suprimido posteriormente tendo em vista a regulamentação dada pela legislação desportiva¹⁸⁵.

O jogador de futebol está fortemente ligado à arte. Nesse sentido, Silmara CHINELATO explica:

“A consideração do povo também projeta no jogador, um artista. Lembrem-se os famosos dribladores, dos quais o mítico Garrincha parece ser unanimidade nacional. Compara-se-o a um verdadeiro artista, um bailarino talvez. Assim, o jogador de futebol está forte e expressivamente ligado à arte: como poeta, como prosador, como bailarino, como compositor, como pintor. Ligados pela arte, a lei os separa para melhor tutela das especificidades de cada um: artistas, em sentido estrito, e atletas”¹⁸⁶.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5.º, inciso 28, a, proteção às participações individuais em obras coletivas e à produção da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Entretanto, esse direito não ficou sem tutela específica. Conforme expõe Carlos Alberto BITTAR:

“O Capítulo V da Lei, nº 9.615, de 24 de março de 1998 (“Lei Pelé”), que institui normas gerais sobre desporto e institui medidas para o

¹⁸⁴ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 131-132.

¹⁸⁵ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 161.

¹⁸⁶ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Futebol, arte e direito de arena*. In: PIMENTA, Eduardo Salles [Coord]. *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 337.

setor, em seu art. 42 prevê o seguinte: Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem¹⁸⁷.

Desta forma, o legislador buscou proteger o praticante profissional de desportos conferindo-lhe participação nos rendimentos que a entidade desportiva vier a ter com a autorização para filmagem e transmissão de eventos dessa natureza. De acordo com o § 1º do artigo 42, cabe ao atleta, no mínimo, 20% desses rendimentos. Entretanto, historicamente, são raros os casos em que um atleta recebeu algum provento advindo dos valores negociados entre os clubes e as redes de televisão¹⁸⁸.

Os anos se passaram e a situação permaneceu a mesma. Em 1997 o Sindicato dos Atletas de Futebol do Estado do Rio de Janeiro (SAFERJ) propôs uma ação judicial contra os clubes visando à reparação desses danos. Assim, em setembro de 2000, foi assinado o acordo entre os sindicatos e as entidades representantes dos clubes. Foi acordado que os sindicatos receberiam os valores devidos aos atletas em cada competição, responsabilizando-se pelo repasse. O percentual acertado foi de 5% sobre o valor total do contrato¹⁸⁹.

À primeira vista, despido de uma análise mais aprofundada, pode-se concluir que esse acordo representou uma grande perda para a categoria, vez que a Lei prevê o mínimo de 20% e o que ficou acordado foram apenas 5%. Entretanto, o acordo possibilitou um ganho em percentuais vantajosos para o atleta. Isso porque os contratos entre os clubes e as redes de televisões eram unicamente sobre os valores de transmissão dos jogos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 162.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 162.

¹⁸⁹ SAFERJ (Sindicato dos Atletas de Futebol do Estado do Rio de Janeiro). *Direito de arena*. Disponível em <<http://www.saferj.com.br/direito.asp>>. Último acesso em 14 de janeiro de 2008.

¹⁹⁰ *Ibid.*

Estrategicamente, os dirigentes dos clubes fracionavam o valor total do contrato em vários itens, de modo que o valor total inicial do contrato era dividido em percentuais destinados às despesas com viagens, prêmios extras, utilização de emblemas, dentre outras deduções. Com essa estratégia, pagava-se, a título de valor de transmissão, um percentual muito aquém do justo. Assim, por meio do acordo, o percentual de 5% sobre o valor total inicial do contrato passou a valer muito mais do que os 20% previstos em lei, que, quando pagos, eram calculados sobre um valor menor, face os descontos acima expostos¹⁹¹.

A conclusão que se pode tirar desse exemplo é sintetizada por Silmara CHINELATO nos seguintes termos:

“O direito de arena pertence às entidades de prática desportiva – com pagamento obrigatório de porcentagem aos atletas, assegurado o mínimo de 20%. Por quê não também ao autor, que não chega a receber metade”¹⁹².

II.3.1. A reparação do dano autoral

Conforme leciona Carlos Alberto BITTAR, os direitos de autor podem ser protegidos sob os aspectos administrativos, civil e penal, cumulada, sucessiva ou independentemente. A mais ampla proteção aos direitos de autor, por meio da garantia, defesa ou da reparação devida frente às ameaças ou lesões sofridas deve ser o princípio básico. Em suma, as formas de reação possíveis dizem respeito à abstenção de continuação de atos violadores; apreensão de coisas nascidas do ilícito, mediante a retirada de circulação da obra; reparação de prejuízos de ordem moral e patrimonial, com danos emergentes e lucros cessantes; e a apenação do agente infrator¹⁹³.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² CHINELATO, 2005. *Op. cit.* p. 338.

¹⁹³ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 132-133.

No plano administrativo as providências mais comuns são o registro da obra, o depósito de exemplares e a menção de reserva. No Direito brasileiro, o registro e a menção de reserva são medidas de cunho facultativo, destinadas a proporcionar maior segurança ao autor. Conforme esclarece Carlos Alberto BITTAR:

“O registro da obra é, entre nós, meramente facultativo, instituído pela lei para efeito de segurança de direitos ao autor, efetivando-se nas entidades previstas em seu contexto, conforme a respectiva natureza, e em outras, previstas na regulamentação especial editada para outras criações”¹⁹⁴.

O depósito de exemplares é de caráter obrigatório e cunho estatístico para efeito de controle de publicações e preservação da memória nacional. Para tanto, exige-se das editoras e gráficas a remessa de cada obra impressa em dez dias após o seu lançamento (Decreto-Lei nº 824, de 05.09.69). Incluem-se nesse contexto, os livros, obras musicais, mapas, planos, plantas, estampas, revistas, jornais, plaquetas e folhetos, bem como reimpressões, novas edições e traduções de obras estrangeiras¹⁹⁵.

A menção de reserva tem por objetivo cientificar a coletividade da existência da proteção autoral. Tal providência consiste na aposição de indicação no suporte da obra, de expressão semelhante a “direitos reservados” ou *copyright by*, ou apenas o símbolo universal “C”, comumente utilizado em discos e fitas gravadas¹⁹⁶.

No plano penal, os direitos de autor têm guarida especial, por meio da definição de crimes por violação contra eles perpetrados, incluindo também os direitos de natureza conexa¹⁹⁷. Nesse sentido, expõe Carlos Alberto BITTAR: “A

¹⁹⁴ BITTAR ainda explica que: “Em consonância com o regime legal, o registro deve ser feito, conforme o caso, nas seguintes entidades: Biblioteca; Escola de Música; Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Instituto Nacional do Cinema (depois CONCINE) e Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”. *Ibid.* p. 133-134.

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 135.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 135.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 145.

apenação do agente depende de iniciativa do interessado, ou de ação pública, conforme o caso, mediante os procedimentos comuns previstos no estatuto processual penal [...]”¹⁹⁸.

No âmbito civil, as providências judiciais são previstas de acordo com a natureza dos direitos de autor em questão, seja de cunho personalíssimo, seja de ordem patrimonial. De um modo geral, as medidas acautelatórias de direitos e as providências reparatórias visam à garantia de direitos, suspensão de eventuais atentados, conservação de direitos e cessação de atentados, com a reparação, em qualquer caso, de lesões sofridas. Tais ações podem ser concentradas nos planos normais do processo civil, ou seja, cautelar, ordinário ou executório¹⁹⁹.

Conforme ressalta Carlos Alberto BITTAR:

“A ação de maior espectro é a de reparação de danos, normalmente o objetivo último em todas as medidas expostas, eis que representa a resposta que o ordenamento jurídico arquitetou, para a recomposição do patrimônio, moral ou pecuniário, do lesado”²⁰⁰.

Nesse contexto, a ação de responsabilidade civil assume importante relevo. A reparação de danos, fundada, conforme o caso, em relação contratual ou extracontratual, deve observar todos os princípios próprios, com destaque para o princípio da responsabilidade integral, que impõe o total ressarcimento do lesado. O pedido pode ser formulado com a definição da indenização pretendida, ou de maneira genérica, quando dependente de posterior apuração²⁰¹.

José Carlos COSTA NETTO esclarece que cada tipo de utilização realizada sem a devida autorização constitui um tipo respectivo de violação, devendo ser

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 151. Quanto à ação judicial, complementa Bruno Jorge HAMMES: “De maneira geral procede-se apenas mediante queixa, salvo quando as violações forem praticadas em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público”. HAMMES, 2003. *Op. cit.* p. 139.

¹⁹⁹ BITTAR, 2004. *Op. cit.* p. 137-138.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 142.

²⁰¹ *Ibid.* p. 143.

analisada isoladamente. *“Em cada caso, portanto, deverá ser analisada separadamente levando-se em conta as regras econômicas aplicáveis àquela respectiva modalidade de uso”*²⁰².

Maria Luiza EGEA expõe que, nesses casos, a perícia tem importância fundamental, vez que as situações fáticas, técnicas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca da utilização lícita ou ilícita de obras intelectuais, serão trazidas em Juízo por peritos especializados, verdadeiros “experts” da matéria. A fim de que o laudo pericial traga todos os elementos e contribuições imparciais sobre o caso, o perito deve ser sempre da livre escolha do juiz²⁰³.

Sobre a indenização, leciona Carlos Alberto BITTAR:

*“A indenização deve corresponder à reposição, ao patrimônio do lesado, do prejuízo experimentado, revertendo-se, a seu favor, o resultado indevido obtido pelo agente, a par dos lucros cessantes, dentro da técnica tradicional da responsabilidade civil”*²⁰⁴.

Maria Luiza EGEA destaca que: *“nessas matérias, normalmente em liquidação de sentença, a perícia ganha nova importância, pois, servirá para trazer ao julgador os parâmetros necessários para fixar o valor indenizatório”*²⁰⁵.

O prazo prescricional nas ações relativas à violação dos direitos de autor foi previsto inicialmente na atual legislação autoral brasileira no artigo 111. Contudo, tal dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, sob a justificativa de que o assunto já estava devidamente disciplinado

²⁰² COSTA NETTO, 2005. *Op. cit.* p. 95.

²⁰³ EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. *A relevância da prova pericial na área da propriedade intelectual: casos concretos*. In: Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2003. p. 167.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 143.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 173.

pelo artigo 178, parágrafo 10, VII, do Código Civil²⁰⁶.

Inspirado num engano cogitou o acolhimento do efeito reprecinatório pelo sistema jurídico brasileiro, ou seja, a revogação da lei autoral 5.988/73 com o advento da lei 9.610/98, fez valer novamente o Código Civil de 1916 no tocante à prescrição em questões autorais. O resultado foi uma lacuna legislativa a esse respeito visto que o Brasil não acolhe o efeito reprecinatório. O artigo 2º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil expõe que, quando é revogada uma lei que revogou outra, a anterior somente volta a ter vigência no caso de expressa disposição nesse sentido²⁰⁷.

Com o advento do Código Civil de 2002, as dúvidas quanto ao prazo prescricional foram dirimidas pelos artigos 205 e 206, § 3º, incisos IV e V²⁰⁸. Conforme informa Bruna Rego LINS: *“Por ter o novo Código Civil/2002 entrado em vigor há pouco tempo não existem decisões judiciais a respeito de prazos prescricionais nas ações de direito autoral que tenham tido por base os dispositivos pertinentes”*²⁰⁹.

²⁰⁶ CAMELIER, Alberto. Efeito Reprecinatório e o veto presidencial ao artigo 111 da nova lei de direitos autorais. In: Revista da ABPI, nº 30 set./out. de 2007. p. 50.

²⁰⁷ Conforme expõe Alberto CAMELIER: *“Temos assim que a inopinada decisão de vetar o artigo 111, da Lei nº 6.910/98, causou, como já exposto, uma lacuna no direito, cuja solução, a nosso ver, será a edição de uma nova lei, objetivando sanar o problema. Ibid. p. 51.*

²⁰⁸ LINS, Bruna Rego. O prazo prescricional nas ações relativas à violação de Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 149.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 150.

II.4. Fundamentação jurídica

A caracterização do dever de indenizar e as teorias revisionistas dos contratos são apresentadas a seguir. De início, cumpre ressaltar que o novo Código Civil introduziu o “dano” como requisito para caracterizar o ilícito. Conforme lembra Marcelo Martins de Andrade GOYANES: “a redação anterior dava a impressão de que a simples violação de direito ensejaria reparação indenizatória, mesmo sem a ocorrência de dano”²¹⁰.

Com relação ao “dano” na responsabilidade civil, Rui STOCO destaca que o mesmo é:

“[...] elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada do ato ilícito com o inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana. Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do resultado danoso”²¹¹.

Assim, a responsabilidade civil subjetiva, prevista no *caput* do artigo 927 do novo Código Civil, tem como requisitos fundamentais: a conduta culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva, exposta no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, é aquela que tem como requisitos o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, prescindindo da caracterização da culpa²¹².

Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO reforça essa idéia nos seguintes termos:

“Não há, porém, responsabilidade civil sem dano. A afirmação é

²¹⁰ GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A caracterização do dever de indenizar por violação à propriedade intelectual*. In: Revista da ABPI n° 67. nov./dez/ 2003. p. 59.

²¹¹ STOCO, Rui. *O novo código civil, estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Ltr, 2002. p. 801.

²¹² GOYANES, 2003. *Op. Cit.* p. 59.

pacífica, a começar pela própria lei. [...] A doutrina brasileira repete a mesma idéia incansavelmente. Aguiar Dias: *o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu quantum, que é matéria de liquidação*. (“Da responsabilidade civil”. 6ª ed. Vol. I, Forense, 1979; p. 93). [...] Sergio Cavalieri Filho: *o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano*. (“Programa de Responsabilidade Civil”. Malheiros Ed. São Paulo, 1997. p. 69). [...] A jurisprudência é pacífica no entendimento de que não se pode falar em indenização quando o autor não comprova a existência do dano (TJSC, 2ª C., Ap., Rel. Wilson Antunes, j. 4.5.1982, RT 568/167)²¹³.

O artigo 47 da lei autoral espanhola, intitulado “Ação de revisão por remuneração não equitativa”, dispõe que nos casos em que se vislumbre uma manifesta desproporção entre a remuneração do autor e os benefícios obtidos pelo cessionário, o autor poderá pedir a revisão do contrato para que se fixe uma remuneração equitativa. Nesse sentido, a jurisprudência espanhola tem-se mostrado sempre cautelosa, exigindo, para isso, uma alteração considerável das circunstâncias existentes no momento da celebração do contrato, alteração desencadeada por uma desproporção entre as prestações das partes²¹⁴.

Embora a lei autoral brasileira não contemple esse grau de maturidade, a atual legislação civil protege os autores quanto aos vícios do consentimento. Vários são os casos de autores que, por extrema necessidade, negociaram a publicação e divulgação de suas obras por “migalhas de pão”, conforme lembra Eugélio Luiz MÜLLER²¹⁵. Tais situações poderão ser corrigidas. Vejamos seus fundamentos.

²¹³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2005. *Op. Cit.* 131-133.

²¹⁴ VIDE, 2005. *op. cit.* p. 83.

²¹⁵ MÜLLER, Eugélio Luiz. *As cláusulas gerais do novo código civil e sua influência no direito autoral: uma breve análise*. In: Revista de Direito Autoral. v. II, nº 4. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 146.

II.4.1. A Constituição Federal

Na busca de uma interpretação que permita a efetividade dos preceitos constitucionais em conjugação com as normas ordinárias estabelecidas pela legislação autoral, e os tratados internacionais sobre a matéria ratificados no Brasil, necessário que se faça uso da leitura civil-constitucional. O objetivo é, conforme assinala Allan Rocha de SOUZA, compreender o fenômeno jurídico do constitucionalismo aplicado às relações consideradas privadas, bem como compreender os efeitos das normas constitucionais sobre a interpretação da legislação especial autoral. O papel dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas tem relação direta com a aplicação da Constituição aos casos concretos²¹⁶.

A Constituição de 1988 manteve o fulcro dos Direitos de Autor como garantia constitucional. No entanto, quanto ao tratamento dado à prerrogativa da titularidade, os dispositivos constitucionais vieram despidos de clareza técnica. Conforme assinala Georgete NAZO, a redação constitucional é enganosa, podendo gerar dúvidas de hermenêutica. Isso porque não fala claramente sobre a titularidade dos direitos morais e patrimoniais. *"A prerrogativa da titularidade é que permite ao autor de obra intelectual de qualquer natureza, a exclusividade da utilização econômica de sua produção"*²¹⁷.

Por isso é que, na prática, apesar da previsão constitucional trazer uma idéia de que pertence ao autor o monopólio sobre a utilização de sua obra, essa afirmação só se aplica no caso do autor ser o próprio produtor fonográfico e editor musical. Porque em todos os outros casos a titularidade do autor fica restrita aos direitos morais.

Mas com relação à correção do problema apresentado – o desequilíbrio contratual e o dano autoral – a Constituição Federal de 1988 traz importantes

²¹⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 212-213.

²¹⁷ NAZO, 1991. *Op. cit.* p. xiv.

fundamentos. A dignidade da pessoa humana constitui a base elementar para justificar a intervenção do Estado na esfera privada e corrigir desequilíbrios contratuais.²¹⁸

Assim leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

“A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170). À justiça social importa *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º e inciso VII do art. 170)”²¹⁹.

A previsão constitucional consolida o fortalecimento do princípio da equivalência material das prestações e garante o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios, sempre indesejados. Paulo Luiz Netto Lôbo destaca que esse princípio é espécie do macrop princípio da justiça contratual, que por sua vez abrange a boa-fé objetiva, o princípio da lesão nos contratos, a onerosidade excessiva e a invalidade das cláusulas abusivas²²⁰.

II.4.2. O Código Civil de 2002 e o instituto da lesão nos contratos

Pode-se dizer que o instituto da lesão é, à primeira vista, fruto de uma regra moral que percorreu diversos povos, desde os mais antigos. A origem direta está no Direito romano. O Código de Justiniano, ao citar dispositivos das Constituições

²¹⁸ Nesse sentido, expõe Guilherme CARBONI: “A proteção da dignidade da pessoa humana não pode resultar num individualismo exacerbado, uma vez que ela difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, pois tem de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social e nunca como uma célula autônoma”. CARBONI, Guilherme C. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 219.

²¹⁹ LÔBO, 2003. *Op. Cit.* p. 214.

²²⁰ *Ibid.* p. 215.

imperiais de Diocleciano (285 d.C) e Maximiliano (294 d.C), já o contemplava²²¹. As bases e fundamentos do instituto da lesão no Direito romano orientavam-se no sentido da manutenção do equilíbrio e da equidade nas relações contratuais.

Os romanos entendiam que o desequilíbrio do contrato restava configurado quando o preço avençado era menor que a metade do justo preço – isso seria a dita lesão enorme. Assim, o direito romano estabeleceu uma tarifa para indicar o desequilíbrio e caracterizar a lesão, sendo permitida a rescisão do negócio quando a desproporção do preço fosse maior que a metade do valor da coisa. Este era o único requisito para a caracterização da lesão, não se falando nem se considerando o comportamento das partes ou a sua situação quando do exato momento da celebração do negócio jurídico²²².

No Direito medieval o instituto teve seu campo de aplicação ampliado no final do século XI, onde canonistas e glosadores passaram a analisar e desenvolver a teoria da lesão, sob a influência de sistemas sócio-econômicos e idéias dominantes ditadas pela Igreja²²³. Coube aos canonistas o desenvolvimento dos fundamentos da lesão sob a idéia que ficou conhecida como *lesão enormíssima*. Trata-se, pois, da lesão que supera dois terços do justo preço, considerando-se o contrato por ela atingido como inexistente. Logo, não haveria uma ação de rescisão, mas sim a constatação da inexistência do contrato, não havendo possibilidade de complementação do preço pelo comprador nem a possibilidade de prescrição²²⁴.

²²¹ “A lesão não existia no direito romano pré-clássico, é duvidoso que existisse no direito romano clássico e existia no direito romano pós-clássico e justiniano”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 113.

²²² “Alienando o vendedor a coisa por preço menor que a metade do valor, rescinde-se o contrato, sob o fundamento da lesão. Os romanistas em geral, apresentam como fundamento a presunção de que tal venda teria sido realizada por necessidade: quem a fez, vendeu para viver, e é eqüitativo – *humanum est* – que obtenha a reposição ao *status quo ante*, porque o comprador estaria conseguindo um enriquecimento causado pela exploração daquela necessidade do co-contratante. [...] Alegada a *laesio enormis*, ficava ao adquirente uma solução facultativa: ver decretado o desfazimento da venda, ou oferecer o complemento do preço”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos contratos*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 37-38.

²²³ *Ibid.* p. 113.

²²⁴ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 05. Nesse sentido, Caio Mario da Silva PEREIRA assim expõe: “Foi devido aos canonistas que se criou a chamada *laesio enormíssima*, sem fundamento na lei romana. Quando o vendedor era enganado além dos dois terços do valor da coisa, considerava-se que os princípios que regiam a lesão enorme eram insuficientes para atender a essa situação, e imaginaram-se novos: a lesão *enormíssima* não apenas viciava o contrato, tornando-o rescindível, mas ia além, importando na sua inexistência como ato jurídico”. PEREIRA, 1959. *Op. Cit.* p. 60.

A Era Moderna, caracterizada pela mudança no cenário sócio-econômico e político, foi palco decisivo no desenvolvimento e aplicação do instituto da lesão. As concepções medievais fundadas em valores eclesiásticos e feudais são substituídas pelas idéias de individualismo e voluntarismo jurídico. Como consequência, passou-se a repudiar toda e qualquer intervenção do Estado na ordem privada²²⁵.

Em 1795 a Lei do 14 Frutidor aboliu a ação de rescisão dos negócios por lesão, suspendendo todos os processos em tramitação²²⁶, época em que se começava a discutir sobre a elaboração do Código Civil francês. Dada a rejeição que a lesão causava entre os doutrinadores franceses da época, foi tratada como um vício do consentimento, ensejando a rescisão do negócio²²⁷.

No Direito Francês a lesão foi tarifada, ou seja, era considerado lesivo o contrato quando a perda chegasse ao patamar de sete doze avos do preço. Apesar de ser considerada como um vício do consentimento, não se pode dizer que o Direito Francês, ao positivar a lesão, introduziu um elemento subjetivo em sua caracterização. Uma vez verificada a desproporção das prestações na tarifa de sete doze avos do preço, o negócio podia ser rescindido pela lesão. Assim expõe Caio Mario da Silva PEREIRA:

“O Código Civil francês adotou, pois, a rescisão dos contratos lesivos, enunciando no art. 1.118 o princípio, segundo o qual a lesão é um vício do consentimento, compreendido que está este inciso na seção encimada pela epígrafe *du consentement*. É um vício de consentimento que não atinge qualquer transação, mas apenas as que o código expressamente menciona (venda e partilha), salvo em atenção às pessoas. [...] Vencendo a idéia de Bonaparte, só as alienações

²²⁵ Conforme leciona Teresa NEGREIROS: “[...] o instituto só entrou em declínio no final da Idade Média, por força da exacerbação da importância atribuída à liberdade e do espírito individualista que daí resultou”. NEGREIROS, 2002. *Op. Cit.* p. 170.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 3 ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 56.

²²⁷ Orlando GOMES explica que a previsão da lesão como vício do consentimento foi o recurso encontrado para preservar o princípio de que os contratos devem ser respeitados: “A antinomia entre a lesão, em sua armadura clássica, e o princípio da vontade, então triunfante na sua plenitude, leva os redatores do Código Civil a uma tentativa de conciliação que lhe sacrifica a natureza, reduzindo-a a um vício do consentimento equiparado ao erro para que se tornasse admissível a rescisão do contrato, sem sacrifício da força vinculante da vontade, nem do seu poder criador”. GOMES, Orlando. *Reflexões sobre a Lesão*. In: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, 2ª edição, p. 29.

imobiliárias podem ser rescindidas a este título, e o valor do fundo em de ser aferida à data da venda”²²⁸.

Além de restrita a negócios imobiliários, no sistema francês, a alegação de lesão é possibilidade conferida apenas ao vendedor. Ao comprador restava a opção pela complementação até o justo preço ou a rescisão do negócio. O Código Civil italiano, de 1865, influenciado pelo Código de Napoleão, enunciou que a ação fundamentada na lesão só poderia ser proposta nos casos e sob condições expressas na lei, ressaltando os direitos adquiridos sobre os imóveis anteriormente à demanda²²⁹.

O Código Civil alemão, posto em vigor em 1900, rompeu com a escola francesa, vez que estendeu a todas as partes a faculdade de invocar a lesão na formação do negócio jurídico. Optou pela concepção subjetiva da lesão, exigindo a prova do chamado *dolo de aproveitamento* da parte beneficiada pela avença. Assim, somente nas hipóteses em que se demonstrasse a exploração de uma situação de necessidade, inexperiência ou leviandade da parte prejudicada é que se poderia invocar a lesão como causa de nulidade no negócio jurídico²³⁰.

Das lições de Caio Mario da Silva PEREIRA extrai-se:

“O Código Civil alemão, de 18 de agosto de 1896, enfeixou num dispositivo único o princípio geral da rescisão dos contratos lesivos: o § 138. Visando a proteção do contratante necessitado, imprudente ou inexperto, declara a nulidade da convenção na qual a outra parte, aproveitando-se dessas circunstâncias, tira para si ou para terceiro vantagem pecuniária que exceda evidentemente da contra-prestação recebida”²³¹.

²²⁸ PEREIRA, 1959. *Op. Cit.* p. 40.

²²⁹ *Ibid.* p. 40.

²³⁰ “Com a concepção moderna que assumiu o Código alemão, e se estendeu pelo dos povos modernos, a lesão veio ressurgir em novas bases e condições, situando-se em zona de equilíbrio”. PEREIRA, 1959. *Op. Cit.* p. 219.

²³¹ *Ibid.* p. 89.

O Direito português acolheu e definiu a lesão enorme do direito romano e reconheceu a existência da lesão enormíssima, herdada da Idade Média. O Código Filipino prevê a tarifa à moda romana, ou seja, mais da metade do justo preço. No direito das Ordenações, além da lesão enorme havia a lesão enormíssima, caracterizada quando *alguém recebeu somente a terça parte do justo valor da coisa*²³².

No Brasil, o instituto da lesão foi incorporado após a declaração de independência, onde permaneceram em vigor Ordenações, Leis, Regimentos e demais textos legais vigentes até 25 de abril de 1821. Caio Mario da Silva PEREIRA assim destaca:

“Proclamada a independência do Brasil, só em 20 de outubro do ano seguinte foi votada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império, decretando permanecessem em vigor, nas partes em que não tivessem sido revogadas, todas as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgados pelos reis de Portugal, e pelos quais o Brasil se regia até o dia 25 de abril de 1821”²³³.

O primeiro indicativo de que o instituto da lesão seria abolido do Direito brasileiro foi dado pelo Código Comercial de 1850. Tal Código dispunha não ter lugar à rescisão por lesão, nas compras e vendas celebradas entre pessoas todos comerciantes. Com o advento do código civil brasileiro em 1916, baseado no projeto de Clóvis Beviláqua, o instituto da lesão foi completamente abolido. Já naquela época, países como Holanda, Portugal, Argentina, Espanha, Suíça e Alemanha, haviam afastado a lesão de seus sistemas jurídicos²³⁴.

²³² Ibid. p. 99. “A figura da lesão enormíssima não existiu no direito romano, nem a lei portuguesa a definiu. O legislador das ordenações, aceitando a construção herdada da Idade Média, mostrou que reconhecia sua existência, porém, na a quis conceituar, ao contrário do que fez com a lesão enorme: se a coisa vendida valia, por verdadeira e comum estimação, ao tempo do contrato, dez cruzados, e foi vendida por menos de cinco. Ibid. p. 100.

²³³ Ibid. p. 109.

²³⁴ “Clóvis Beviláqua, também convidado a auxiliar os trabalhos da Comissão, defende o parecer e com ele seu Projeto. Tece longas considerações, dos quais ressaltamos uma extraída do direito comparado, em que sustenta que os códigos mais modernos aboliram o benefício da lesão; e outra, de cunho sociológico, em que argumenta ser admissível a rescisão dos contratos lesivos nas épocas em que o Estado necessita de exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada dos indivíduos, porque esses não se sentem assaz

Após décadas de vigência sem qualquer revisão substancial, o Código Civil sente os reflexos das novas regras e princípios trazidos por outras legislações. O sistema jurídico apresentava insuficiências e a necessidade de modernização do Direito Privado foi sendo objeto de profundos debates nos meios jurídicos brasileiros a partir do século XX²³⁵.

Pode-se dizer que o instituto da lesão é fruto da socialização do Direito Obrigacional, onde as relações jurídicas contratuais passaram a ser analisadas em seu conteúdo, flexibilizando o subjetivismo do princípio da autonomia da vontade como fonte da força vinculante dos contratos²³⁶. Portanto, o novo Código Civil se alinha com a visão moderna do Direito Contratual, desenvolvida principalmente após a Primeira Guerra Mundial, quando o individualismo e o voluntarismo jurídicos já se encontravam em franco declínio.

A lesão veio prevista no livro III do Novo Código, como um dos defeitos do negócio jurídico. Percebe-se que, norteados por novos princípios de justiça contratual, o instituto da lesão foi desvinculado da intencionalidade do dano, ou seja, do dolo. O legislador não questiona sobre a intencionalidade de abuso da situação de premente necessidade ou inexperiência da parte prejudicada na avença, bastando para que se configure a lesão, a comprovação do prejuízo contratual e do nexo causal entre esse prejuízo e a situação de premente necessidade ou inexperiência.

O objetivo do instituto foi coibir desequilíbrios contratuais injustificados, independentemente da má-fé com que se tenha agido na avença. Trata-se de uma

fortes contra a prepotência e contra a cobiça e porque entre as classes sociais há um verdadeiro contraste". Ibid. p. 111.

²³⁵ Nesse sentido, leciona José de Oliveira ASCENSÃO: "No séc. XX detectaram-se em numerosos setores da ordem jurídica distorções que se traduziam em injustiça das situações. Procurou-se encontrar-lhes remédio e multiplicaram-se as propostas de solução. Porém, ainda eram quanto possível apresentadas com roupagem subjetiva". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. N. 25. Brasília: abr./jun. 2004. p. 59-69. p. 60-61.

²³⁶ "Em tese, o princípio da lesão opõe-se ao princípio da liberdade das convenções, porque no seu objetivo atinge os ajustes, em que não houve falha externa na manifestação da vontade, destinando-se a corrigir o desequilíbrio das prestações, para restaurar o princípio da justiça comutativa, anunciado por Aristóteles, e integrado no espírito das legislações". Ibid. p. 220.

garantia de preservação do aspecto moral do contrato. A regra moral demonstra que o princípio da autonomia da vontade pode e deve ser flexibilizado para que se evite o abuso de uma situação jurídica de inferioridade contratual, suficientemente grave para vulnerar a vontade de uma das partes.

Afastando-se do requisito subjetivo do dolo de aproveitamento, o novo código civil adota dois outros requisitos subjetivos para que se configure a lesão: a **inexperiência** e o **estado de premente necessidade**. A inexperiência contratual deve ser compreendida de forma circunstanciada, considerando as especificidades de cada caso, ou seja, os perfis psicológico e social de cada parte devem ser considerados como a justa medida na aferição de sua capacidade para compreensão do equilíbrio na relação contratual.

Por sua vez, o estado de premente necessidade é um conceito jurídico que afasta, nesse caso, a responsabilidade civil daquele que agiu para proteção de um interesse próprio ou de terceiro. Assim sendo, este segundo requisito deve ser entendido nos limites da relação contratual, a fim de que possa ser mensurada a sua interferência no processo decisório das partes contratantes.

O novo Código Civil alterou ainda o pressuposto objetivo da lesão, qual seja, o lucro excessivo ou abuso auferido por uma das partes contratantes. Assim, basta uma manifesta desproporcionalidade entre as prestações a que as partes se obrigaram, sem qualquer outro critério objetivo para aferir essa desproporção. O conceito de desproporcionalidade também permanece aberto, cabendo à doutrina e à jurisprudência o seu preenchimento²³⁷. Cumpre frisar que a generalidade do novo Código Civil na regulação dos requisitos subjetivos e objetivos da lesão não abala a funcionabilidade do instituto e a importância da sua introdução na lei civil brasileira.

²³⁷ "A desproporção das prestações, ocorrendo lesão, deverá ser apreciada segundo os valores vigentes ao tempo da celebração do negócio jurídico pela técnica pericial e avaliada pelo magistrado". DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9 ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 157.

Os efeitos da lesão contratual são definidos no parágrafo segundo do artigo 157, dispondo que a lesão contratual gera a anulação do negócio jurídico, que poderá, entretanto, ser convalidado caso a parte beneficiada no ajuste ofereça suplemento suficiente, ou redução do proveito contratual, aptos a equilibrar o contrato firmado. A solução adotada pelo novo Código concede às partes a opção de reverem os termos da avença, prestigiando-se assim, o prosseguimento do negócio jurídico firmado pelas partes²³⁸.

Pode-se dizer que a teoria da lesão resulta do movimento ininterrupto de modernização e adaptação do sistema jurídico, refletindo a intenção do legislador de oferecer à sociedade, instrumentos capazes de harmonizar as relações contratuais.

II.4.3. A cláusula *rebus sic stantibus* e as teorias revisionistas

Como visto, o princípio do equilíbrio econômico do contrato contempla duas vertentes, quais sejam: a lesão, referente à formação do contrato; e a onerosidade excessiva, alusiva à execução do contrato. O instituto da onerosidade excessiva está previsto no Código Civil de 2002 nos artigos 478, 479 e 480²³⁹.

O princípio da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* sofreu

²³⁸ Sobre os efeitos da lesão, expõe Caio Mario da Silva PEREIRA: "Entendemos que o legislador se deve inclinar pela anulabilidade, facultando ao lesado postular, alternativamente, ou a anulação do contrato e a reposição no *status quo ante*, ou o restabelecimento do equilíbrio das prestações, para impor ao beneficiado pagar ou restituir a diferença, de forma que cessem as condições prejudiciais". Ibid. p. 224-225. Nesse sentido, Maria Helena DINIZ assim expõe: "A lesão inclui-se entre os vícios de consentimento e acarretará a anulabilidade do negócio, permitindo-se, porém, para evitá-la, a oferta de suplemento suficiente ou se o favorecido concordar com a redução da vantagem, aproveitando, assim, o negócio". DINIZ, 2003. Op. cit. p. 157.

²³⁹ Teresa NEGREIROS explica que o princípio do equilíbrio econômico pacifica o entendimento de que "o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento de outro contratante". NEGREIROS, 2002. Op. Cit. p. 156.

abalos em decorrência do revigoramento da cláusula *rebus sic stantibus*, também denominada *teoria da imprevisão*²⁴⁰. Tal instituto existe desde muito tempo. O Código de Justiniano já presumia uma cláusula implícita em todos os contratos no sentido de que, se as condições externas à época da contratação fossem consideravelmente alteradas, o vínculo contratual poderia ser revisto ou resolvido²⁴¹.

Foi na Idade Média que a teoria em torno da cláusula *rebus sic stantibus* foi desenvolvida, sendo época precursora do revisionismo contratual. Conforme doutrina Arnold WALD:

“Atribui-se aos glosadores e pós-glosadores a enunciação da cláusula *rebus sic stantibus* de acordo com o qual as convenções só deveriam ser obedecidas enquanto as coisas continuassem como estavam por ocasião do contrato”²⁴².

A partir da Revolução Francesa, o Código Civil francês, de 1804, influenciado pelos novos princípios liberais, repudia expressamente o revisionismo contratual. Ainda que reinante o pensamento liberal, o Código Civil austríaco, de 1811, manteve-se fiel à tradição germânica do século anterior, preconizando a cláusula *rebus sic stantibus*²⁴³. Conforme expõe César FIÚZA: “De qualquer

²⁴⁰ Em verdade, conforme destaca Marcio KLANG, a teoria da imprevisão foi a roupagem moderna adotada para a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual uma convenção somente permanece em vigor enquanto o estado de coisas existente no momento do pacto não tenha sido objeto de modificações essenciais. KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

²⁴¹ Conforme expõe César FIÚZA: “Sem dúvida, não há na doutrina romana uma teoria que se possa denominar “geral” sobre a cláusula *rebus sic stantibus*. O que há são trechos que indicam, claramente, que os juristas romanos já sentiam vivamente a necessidade de adequar a execução do contrato às circunstâncias do momento, de modo que seria pura teimosia negar aos romanos o mérito de, em primeiro lugar, ter pensado a cláusula *rebus sic stantibus*”. FIÚZA, César. *Aplicação da cláusula “rebus sic stantibus” aos contratos aleatórios*. In: Revista de Informação Legislativa. a. 36, n. 144. Brasília: out/dez. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_144/r144-01.PDF> Acesso em 18 de dezembro de 2008.

²⁴² WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 8 ed. rev. e atual. Com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 165. José de Oliveira ASCENSÃO destaca que: “Na Idade Média isso estava estreitamente associado à preocupação pela justiça do conteúdo. Seria injusto manter a vinculação se as circunstâncias se alterassem radicalmente”. ASCENSÃO, 2004. *Op. cit.* p. 60.

²⁴³ “A jurisprudência alemã, por sua vez, analisando o artigo 242 do BGB (Código Civil alemão) admitiu, numa interpretação construtiva, a teoria da imprevisão. O artigo em questão se limitava a obrigar o devedor a cumprir a sua prestação de acordo com as normas da lealdade e confiança recíproca (*Treu und Glauben*) e na forma dos usos admitidos no comércio”. *Ibid.* p. 165.

*forma, por força desse pensamento mesmo, retirou-se de cena a dita cláusula, até meados do século XX, quando se voltou a dela, seriamente, cogitar*²⁴⁴.

Um breve retrospecto histórico do princípio *rebus sic stantibus* é apresentado por J. M. Othon SIDOU nos seguintes termos:

“O princípio *rebus sic stantibus* foi semente lançada pelos filósofos estóicos; colhida por poucos juristas clássicos; semeada pelos salmistas e canonistas; brotada da jardinagem dos pós-glosadores; tornada arbusto em proveito do incipiente direito internacional; e, árvore quase morta pelo egoísmo individualista, reverdeceu com o adubo do suor humano para dar sombra aos que procuram abrigo no direito social”²⁴⁵.

O egoísmo individualista trouxe consequências sérias à humanidade, vez que gerou distúrbios que resultaram nas duas Grandes Guerras mundiais. A partir delas, a doutrina e jurisprudência iniciaram a tarefa de resgatar a prática do revisionismo. Sua previsão legislativa ocorreu após a 2ª Grande Guerra, conforme expõe César FIÚZA:

“Com a segunda Guerra, consolidou-se a aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus*, firmando-se a seu respeito doutrina e jurisprudência, bem como a própria legislação. Assim, alteradas as circunstâncias em que se contratou, de modo a tornar a prestação de uma das partes injustamente onerosa, há de ser revisto o contrato, quando não dissolvido”²⁴⁶.

No Brasil, a previsão legislativa da cláusula *rebus sic stantibus* ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor, em 1991. José de Oliveira ASCESÃO destaca que tal previsão está contida no artigo 6º, V, que dispõe sobre a revisão contratual

²⁴⁴ FIÚZA, César. *Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios*. In: Revista de Informação Legislativa. a. 36, n. 144. Brasília: out/dez. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_144/r144-01.PDF> Acesso em 18 de dezembro de 2008. Nesse sentido: “Os ideais da Revolução francesa, estes sim, impregnados do mais férreo individualismo, e a própria evolução econômica, na marcha instituidora do capitalismo, inspiraram o direito das várias nações, notadamente de origem romanista, a restaurar na plenitude o *pacta sunt servanda*”. SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 24.

²⁴⁵ *Ibid.* p. 26.

²⁴⁶ FIÚZA, 1999. *Op. cit.*

em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. No Código Civil de 2002, a onerosidade excessiva resultante de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis está prevista nos artigos 317 e, de forma explícita, nos artigos 478 a 480²⁴⁷.

Para aplicação do instituto, são necessários alguns requisitos. O primeiro deles é a aplicação restrita aos contratos de execução continuada ou diferida²⁴⁸. O segundo é que o caso deve se reportar a acontecimentos extraordinários, incomuns, inesperados, imprevisíveis e imprevisíveis pelos contratantes no momento da celebração do contrato. O terceiro refere-se à alteração do montante da prestação - de forma grave, substancial e custosa - a ponto de tornar o seu cumprimento um sacrifício muito além do que poderia antever o prejudicado no momento da avença, comprometendo assim a viabilidade econômica da mesma. O quarto trata da exagerada vantagem para a outra parte, ou seja, do enriquecimento indevido da parte contratante que não sofre a onerosidade excessiva, materializada num considerável aumento patrimonial a seu favor²⁴⁹.

Assim leciona Maria Helena DINIZ:

“O magistrado deverá, para dar ganho de causa ao lesado, apurar rigorosamente a ocorrência dos seguintes requisitos: a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação; c) onerosidade

²⁴⁷ “Isso significa que, antes do atual Código Civil, a admissibilidade da revisão dos contratos em virtude de fatos supervenientes era, no plano legislativo, meramente setorial”. ASCENSÃO, 2004. p. 61.

²⁴⁸ Assim esclarece Orlando GOMES: “Aos contratos de duração contrapõem-se os instantâneos ou de execução única, que se caracterizam por serem executados, de uma vez, em um só momento. A execução pode dar-se imediatamente após a sua conclusão, ou ser protraída para outro momento. No primeiro caso, diz-se que são contratos de execução imediata. No segundo, contratos de execução diferida. Os contratos de execução diferida impõem-se, às vezes, como consequência da natureza da prestação prometida. Casos há, como efeito, nos quais não pode ser satisfeita contemporaneamente à formação do contrato, mas ordinariamente a execução se protraí em virtude de cláusula que a subordina a um termo. Dizem-se, por isso, contratos a prazo. O interesse da distinção reside na circunstância de que os contratos de execução diferida dependem do futuro, aplicando-se-lhes, por conseguinte, as regras deduzidas pela teoria da imprevisão, que, indubitavelmente, não cabem nos contratos de execução imediata”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 81.

²⁴⁹ “Essa excessiva onerosidade não pode ser inicial (que seria, então, a mesma da lesão), e sim há de ser resultante de fatos posteriores à conclusão do contrato. Esses fatos devem ser, antes de mais nada, extraordinários e imprevisíveis”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 120.

excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; e d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato, não possam ter previsto esse evento anormal”²⁵⁰.

Os efeitos da aplicação do instituto da onerosidade excessiva nos contratos podem resultar na resolução ou na revisão contratual. Nesse sentido, assim expõe José de Oliveira ASCENSÃO: *“O efeito ou consequência jurídica está fixado no art. 478 e seguintes, que dão a disciplina geral e ultrapassam a previsão setorial do art. 317. Consiste na resolução ou na modificação do contrato”*²⁵¹.

Na área autoral, extrai-se da jurisprudência brasileira o caso do cantor e compositor Gilberto Gil, que, de uso do instituto da onerosidade excessiva, pleiteou, com sucesso, a resolução de seu contrato com a gravadora. A ação visava à extinção dos contratos de cessão de direitos autorais, pelo descumprimento da avença, já que a gravadora descumpriu, há anos, a obrigação de prestar contas e pagar trimestralmente ao autor parte do produto da exploração comercial de suas músicas, fazendo-o apenas com muito atraso e sem correção monetária.

Em suma, invocando a inflação exorbitante que altera as condições econômicas do contrato e a doutrina pátria justificadora da rescisão contratual, inadimplemento contratual por parte da ré e teoria da imprevisão, o autor requereu a extinção do contrato, ou então, caso o primeiro pedido não seja acolhido, a revisão dos ajustes a fim de restabelecer-se o equilíbrio contratual. A gravadora alegou que os contratos de cessão são negócios jurídicos perfeitos e acabados, de natureza aleatória, onde existe incerteza para ambos os contratantes, não havendo direito a arrependimento e sendo inaplicável a teoria da imprevisão²⁵².

²⁵⁰ DINIZ, 2003. *Op. cit.* p. 355.

²⁵¹ ASCENSÃO, 2004. *Op. cit.* p. 64.

²⁵² Sobre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios, César FIUZA expõe: *“Ora, os contratos aleatórios são aqueles em que a prestação, de pelo menos uma das partes, não pode ser determinada no momento da celebração. Embora predominante o pensamento de que devem ser excluídos do âmbito da teoria da imprevisão os contratos aleatórios e os especulativos, a razão está com os que entendem que mesmo a esses contratos deve ser aplicada a teoria. Dependendo das circunstâncias, será possível, por princípio de equidade, a aplicação da norma contida na cláusula revisionista, se as consequências do risco assumido ultrapassarem os lindes do razoavelmente aceitável. Pouco importa se o fato era ou não previsível. O que interessa é que, por razão alheia à vontade das partes, a relação de equilíbrio entre as prestações*

A sentença de primeiro grau julgou a ação improcedente. O autor ingressou com recurso especial alegando afronta ao artigo 1.092, parágrafo único do Código Civil e art. 131 da lei autoral de 1973. Sustenta a possibilidade de extinção dos contratos de cessão de direito autoral, consoante regra do inciso VI, do artigo 25 da referida Lei, o qual garante ao criador intelectual o direito moral de suspender qualquer forma de utilização já autorizada de sua obra; argumenta que o direito de arrependimento está no rol de direitos morais.

Alega que o julgador apegado ao princípio *pactu sunt servanda* não aplicou o princípio da retratabilidade inerente ao contrato sobre exploração de obra intelectual; Argumenta que a transferência do direito de explorar as músicas não foi definitiva, mesmo sendo contrato por prazo indeterminado, e, por tal razão, o autor tem o poder de torná-la sem efeito, por simples manifestação de vontade. Segundo o Relator, Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os argumentos do autor foram dois, quais sejam: o direito de arrependimento, com suspensão da utilização já autorizada, e o direito de resolver o contrato excessivamente oneroso ao autor por causa da inflação.

Alterado substancialmente o conteúdo da prestação, fica rompida a base objetiva sobre a qual as partes celebraram a avença. Diante do atraso nos pagamentos, nos últimos 20 anos, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar reconheceu o direito de Gilberto Gil de extinguir o contrato que lhe tem sido excessivamente oneroso. Além da onerosidade excessiva, caracterizada pelo pagamento em moeda desvalorizada, ou seja, de modo insuficiente, havia o incumprimento da gravadora quanto ao tempo e modo da sua prestação, geralmente atrasada. A alegação relevante para o julgamento decorre da forma contratada para o pagamento (trimestral), que se tornou extremamente desvantajosa com a inflação alta, agravada com o atraso reiterado.

desmoronou e deve ser revista. Assim, o juiz deve intervir para que a prestação de uma das partes seja a justa compensação pelo benefício que obteve da outra parte. Conclui-se, portanto, que a aplicação da cláusula revisionista rebus sic stantibus aos contratos de execução futura, aí incluídos os aleatórios, é absolutamente razoável, uma vez que se modifiquem as circunstâncias externas, propiciando injusto desequilíbrio entre as prestações das partes, por fato alheio a sua vontade". FIUZA, César. 1999. Op. cit.

Assim, o prejuízo certo do autor decorria do modo pela qual se dava o repasse da parcela que lhe cabia "A reparação do eventual prejuízo através de ação de indenização ou de cobrança das diferenças pode ser solução adequada para outras situações, mas não para o caso do contrato de edição com prazo indeterminado, que perdura por mais de 30 anos e que continuaria consagrando indefinidamente para o futuro a mesma desvantagem contra uma das partes". Assim, o contrato foi extinto. As consequências do uso da *rebus sic stantibus* podem ser, dependendo do caso, a revisão do contrato, sua dissolução ou ambas ao mesmo tempo.

Outras teorias fundamentam o re-equilíbrio contratual, como a teoria da *pressuposição*, de Bernard WINDSHEID, e a teoria da *base do negócio jurídico*, de Paul OERTMANN. A teoria da *pressuposição* surgiu na Alemanha e traz a idéia de que em todos os negócios jurídicos há, como pressuposto, uma cláusula *rebus sic stantibus*. Tal entendimento foi formulado por Bernard WINDSHEID, traduzido nas palavras de Adolfo RAVA nos seguintes termos:

"Em todos os negócios jurídicos de execução diferida ou continuada, há da parte de quem assume a obrigação, o pressuposto tácito de que permaneçam constantes, ou que não sofram senão as oscilações normais, as condições gerais do mercado, o valor da moeda, etc., e que, portanto, sobrevindo mudanças extraordinárias, que tornem excessivamente gravosas as obrigações contraídas, estas possam vir a ser afastadas, já que subentendida, em todo negócio jurídico de natureza patrimonial, uma cláusula *rebus sic stantibus*"²⁵³.

Conforme leciona Anísio José de OLIVEIRA, citado por Marcio KLANG, a teoria da *pressuposição* fundamenta-se na seguinte premissa: "*Quem faz um contrato parte do pressuposto de que tudo ocorrerá normalmente e, se por acaso isto não ocorrer a parte contrária não terá culpa, ela se desobriga*"²⁵⁴.

²⁵³ *Ibid.* p. 31.

²⁵⁴ "Em outras palavras, o efeito jurídico decorrente de uma obrigação assumida depende da manutenção do pressuposto subjetivo que determinou a vontade de querer assumir tal obrigação". KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. p. 21.

O Código Civil alemão (BGB) de 1826 não adotou essa teoria, mas, em seu lugar e para supri-la trouxe dispositivo referente ao enriquecimento ilícito. Sua restrição deve-se a sua demasiada subjetividade, argumentando-se que sua aplicação conduz à insegurança das relações jurídicas²⁵⁵.

Em 1921, Paul OERTMANN retomou a doutrina de Bernard WINDSHEID e formulou a teoria da base do negócio. Conforme expõe o autor, “base do negócio” constitui a manifestação mental de cada uma das partes no momento da conclusão do ajuste ou a comum intenção quanto ao que está exteriorizado e quanto ao que possa sobrevir²⁵⁶.

Trata-se da análise psicológica do conteúdo da vontade e das representações mentais das partes contratantes. Nesse sentido, expõe Marcio KLANG:

“Tais representações mentais seriam a premissa de origem do acordo de vontades, no sentido de que a existência de certas condições básicas, tais como o equilíbrio entre os esforços das partes, a equivalência das prestações, a existência no mercado da *res* objeto da avença, a permanência do preço acordado, determinaria o respeito ao contrato e uma vez que tal realidade sofresse alterações, em função de fatos supervenientes, a base do negócio desapareceria. Em tal caso, o contrato, com forma antiga e conteúdo novo, não corresponderia mais à vontade das partes, e o ideal é fosse resilido pelo juiz, ou por este adaptado para aquilo que teria sido querido, se as partes tivessem representado tais acontecimentos”²⁵⁷.

Outra teoria que fundamenta a revisão contratual é a chamada “teoria da quebra da base contratual”. Diferentemente da teoria da imprevisão, essa teoria detém-se ao aspecto objetivo, ou seja, a quebra da base do negócio jurídico, importando a destruição da relação de equivalência entre as prestações.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 22.

²⁵⁶ SIDOU, 1984. *Op. Cit.* p. 39.

²⁵⁷ KLANG, 1983. *Op. Cit.* 23.

As teorias da imprevisão e da base negocial fornecem diferentes subsídios para as hipóteses de revisão contratual. Conforme expõe Anna Carolina Resende de Azevedo MAIA:

“Pela primeira, a revisão do contrato está autorizada quando houver onerosidade excessiva decorrente de evento superveniente, extraordinário e imprevisível que tornou insuportável o inadimplemento do pacto para uma das partes. Pela teoria da quebra da base negocial, a revisão está autorizada sempre que os legítimos interesses do contrato forem frustrados ou se desaparecer a relação de equivalência entre o fim essencial deste e as partes. Trata-se de fato superveniente, anormal, ainda que previsível, que torna impraticável a prestação e desequilibra o contrato”²⁵⁸.

II.4.4. Revisão e resolução contratual: as funções da boa-fé nos contratos

A ideologia liberal-individualista que impregnou a ciência jurídica principalmente após a Revolução de 1789, pregava a total adstrição do magistrado ao texto técnico da lei, negando a possibilidade de adequação do preceito legal ao caso concreto. No entanto, essa visão foi sendo relativizada, motivada pela crescente humanização e moralização da interpretação dos textos legais, com a concepção de distintos métodos interpretativos²⁵⁹.

O intervencionismo judicial tem por objetivo primeiro a readequação dos contratos aos parâmetros ditados pela lei. A revisão judicial dos contratos visa garantir a justiça da contratação entre as partes, sem descuidos, contudo, dos efeitos que a atividade jurisdicional poderá produzir sobre as esferas jurídica e econômica

²⁵⁸ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *A evolução principiológica dos contratos*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 24. p. 62-66. jan./mar./ 2004. p. 65.

²⁵⁹ “No caso do direito (o direito posterior à Revolução Francesa) – e isso é senso comum – aquele paradigma do século XIX, da lei e do juiz autômato, da lei geral, universal, em que o juiz não tinha papel algum, ficou ultrapassado. Veio então, um segundo paradigma, no qual o juiz ganhou um papel importante – o que é revelado, inclusive, pela quantidade de trabalhos sobre hermenêutica – e que trouxe mudanças no tipo de solução”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 154-155.

de terceiros, sopesando os interesses individuais e sociais envolvidos, para que uns não prevaleçam sobre os outros de forma desmedida e abusiva.

A atividade jurisdicional não poderá, nessa medida, vir despida das regras e princípios de hermenêutica jurídica aplicáveis à interpretação das relações contratuais. Assim, o contrato deverá ser interpretado dentro de seu contexto, das circunstâncias que permitiram sua formação e dos próprios pressupostos que determinaram a declaração jurídico-negocial nele contida.

A função última da interpretação contratual é a determinação dos efeitos jurídicos que o contrato objetiva produzir. O intérprete deve, portanto, buscar o espírito do contrato, sua verdadeira função e finalidade, para as partes e para a sociedade, utilizando, para tanto, as regras de interpretação trazidas pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Sintetizando o desenvolvimento das teorias revisionistas, Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO assim expõe:

“A primeira tentativa de explicar a resolução ou a revisão dos contratos de execução periódica ou diferida no tempo, por força de alteração das circunstâncias iniciais sob as quais as partes acordaram, se prende à teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. A idéia da cláusula surgiu no século XII, com os canonistas, e foi difundida, no direito comum, por Bártolo, no século XIV; a partir daí, generalizou-se no mundo ocidental, mas jamais se obteve uma caracterização teórica pacífica; nunca se decidiu se estavam a supor uma cláusula fundada na vontade das partes, ou, ao contrário, uma determinação legal porque as partes nada convencionaram”²⁶⁰.

Como visto, várias teorias foram desenvolvidas para explicar a resolução e revisão contratual. Dentre elas, a teoria da imprevisão, francesa; a da excessiva onerosidade, italiana; e as teorias da pressuposição e da base do negócio, alemãs.

²⁶⁰ *Ibid.* p. 120.

Além dessas, a revisão e resolução contratual podem ser explicadas pela cláusula geral da boa-fé²⁶¹.

A idéia de que a interpretação dos contratos deve ser feita de acordo com a boa-fé deve ser entendida conforme seu sentido objetivo. A boa-fé objetiva tem funções que podem ser consideradas pretorianas, vez que se destinam a ajudar, suprir e corrigir questões controvertidas no processo de interpretação do contrato. Essa tríplice função existe para ajudar na interpretação do contrato; suprir algumas falhas do mesmo; e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo²⁶².

A interpretação *adjuvandi* está nos artigos 422 e 113 do Código Civil em vigor. Entretanto, as outras funções, a *supplendi* e a *corrigendi*, não. A função *supplendi* refere-se às cláusulas faltantes, ou seja, às lacunas contratuais. Às vezes, as partes fazem o contrato e, por omissão, falta de previsão ou incapacidade redacional, não incluem alguma cláusula. A cláusula de boa-fé cria deveres anexos ao vínculo principal, podendo assumir as vestes de deveres positivos, como o de procurar colaborar com a outra parte, ou negativos, como o dever de sigilo²⁶³.

A terceira função, a *corrigendi* consiste em remediar omissão legislativa que trata da questão das cláusulas abusivas. Nesse sentido, o que se percebe são, quase sempre, apelos à boa-fé, como maneira de evitar tais cláusulas²⁶⁴. Enquanto princípio fundamental no controle de conteúdo cabe à boa-fé um papel de primeiro plano, que é, fundamentalmente, primar pelo equilíbrio contratual de interesses. Uma proteção efetiva do autor impõe a idéia de que sua remuneração independe do lucro ou proveito propiciado pela utilização da obra, mas deve ser sempre proporcional e equitativa²⁶⁵.

²⁶¹ *Ibid.* p. 120.

²⁶² *Ibid.* p. 153.

²⁶³ *Ibid.* p. 153.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 154.

²⁶⁵ SÁ, Almeno de. "Liberdade no Direito de Autor: a caminho das condições gerais do contrato". In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra. n. 70, 1994. p. 424-427.

Como já dito, a interpretação contratual de acordo com a boa-fé deve ser realizada em todas as fases do contrato. Nesse sentido, Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO assim expõe:

“A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se como processo ou procedimento – norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. [...] A boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, pode ser considerada, além disso, como sendo **princípio geral de direito**, não expresso no Código Civil, mas incorporado ao direito brasileiro como um todo, por força do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil)”²⁶⁶.

II.4.5. Conversão dos negócios jurídicos

A questão-problema, apresentada anteriormente, decorrente do desequilíbrio contratual e materializada no dano autoral, tem por causa a existência de cláusulas ilegais nos contratos entre autores musicais e gravadoras/editoras. Como exemplo dessas cláusulas citou-se o pagamento de *royalties* sobre a venda de fonogramas, calculados com base em valores defasados e, portanto, ilícitos. Assim expõe Nehemias GUEIROS JR.:

“O *royalty base price*, como é conhecido no jargão fonográfico mundial, é a base de cálculo líquida, a que chega o produtor fonográfico (gravadora), quando vai aplicar o valor dos *royalties*, que se obrigou a pagar sob contrato assinado e em função da venda dos discos, contendo as interpretações musicais. Essa base de cálculo exclui naturalmente os impostos incidentes (IPI, ICMS, Finsocial, Cofins, Imposto de Renda e Contribuição Social), os descontos concedidos aos revendedores (estes só devem ser excluídos se constarem efetivamente das notas fiscais das operações de venda realizadas), os 10% de capa (hoje, em geral, já se pratica até 25% de desconto de capa e pior, múltiplas vezes...), e os 10% do chamado “desconto industrial”, que é irregular”²⁶⁷.

²⁶⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. cit.* p. 178.

²⁶⁷ GUEIROS JR., 2005. *Op. Cit.* p. 179.

Conforme leciona Orlando GOMES, o contrato ilegal é aquele que viola norma imperativa, ou seja, aquela que visa à segurança da relação que se pretende criar ou à proteção de uma das partes. O jurista ressalta que a ilegalidade do contrato configura-se tanto em função do conteúdo da relação quanto do desvio da finalidade do contrato, atingindo o elemento chamado “causa contratual”²⁶⁸.

Nas relações contratuais bilaterais, como nos contratos autorais em questão, pode-se vislumbrar uma estrutura sinalagmática²⁶⁹ que desempenha duplo papel, seja para manutenção da relação contratual seja para reestruturá-la. Partindo dessa noção, torna-se possível o exame contratual cuja explicação encontra-se na reciprocidade, aqui dita “causa sinalagmática”, vislumbrando-se, assim, a existência de um fator de eficácia, que pode manter o contrato vigente, extingui-lo ou modificá-lo²⁷⁰.

Visto isso, a conversão de um negócio jurídico constitui-se de uma técnica jurídica, seja pelo artifício da lei ou do intérprete, pelo qual um negócio nulo, anulável ou ineficaz passa a ter validade, por razões de interesse teórico e prático. Fundamenta-se no “princípio da conservação”, conforme expõe Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“A conversão obedece a uma orientação comum a diversos institutos da teoria das nulidades em geral, isto é, ao *princípio da conservação*, pelo qual, sempre que possível, devem o legislador e o juiz evitar que deixem de se produzir os efeitos de um negócio realizado”²⁷¹.

²⁶⁸ GOMES, 1998. *Op. cit.* p. 156. Cabe aqui, ainda que em breve nota, o ensinamento de Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO sobre o papel da causa no direito estrangeiro: “A doutrina francesa encara a idéia de causa sob o ângulo da validade, em virtude dos próprios termos do artigo 1.108, enquanto, na doutrina alemã, a idéia de causa é antes vista como influenciando a eficácia do negócio jurídico”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 154.

²⁶⁹ “A noção de sinalagma, tomado no sentido de Aristóteles e como meio de realização da justiça comutativa, parece ser o fundamento suficiente para que certas relações tornem-se obrigatórias”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese de doutorado apresentado ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 251

²⁷⁰ *Ibid.* p. 246-250.

²⁷¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004. *Op. Cit.* p. 127.

Parte III - OS NOVOS RUMOS DA PROTEÇÃO AUTORAL NA MÚSICA

SUMÁRIO: III.1. Direito de Autor e interesse público; III.2. O mercado fonográfico e a cópia privada; III.3. O paradigma digital e as crises do Direito de Autor; III.4. Contribuição para atualização da legislação autoral brasileira; III.5. O contrato de concessão como instrumento da prática contratual justa.

III.1. Direito de Autor e interesse público

Atualmente, vê-se como regra geral, o nascimento de direitos já limitados pela supremacia dos interesses sociais. Assim, atendendo a essa configuração, os direitos de autor também já nascem relativizados. O autor deve tolerar certas restrições a seus direitos, tendo em vista a vinculação social dos institutos jurídicos aos quais não pode escapar. Das lições de Carlos Alberto BITTAR, extrai-se:

“A partir da noção de que o autor, na consecução da obra, sempre retira elementos do acervo cultural preexistente, tem sido sufragada, à unanimidade, a limitação no tempo dos direitos patrimoniais, para efeito de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade”²⁷².

Apesar do caráter absoluto da proteção autoral, reconhecido como um verdadeiro monopólio de exploração em favor do criador, esse tipo de tutela está, não obstante, sujeita às restrições que as leis e os tratados internacionais estabelecem. Por sua vez, José de Oliveira ASCENSÃO, leciona:

“Todo o direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites. É a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma função social, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício do titular com o interesse social. [...] Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os

²⁷² BITTAR, 2004, *Op. cit.*, p. 70.

direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem ignorar em sua existência a função social que os justifica”²⁷³.

As limitações ao Direito de Autor referem-se às situações que tratam do uso livre e gratuito de obras intelectuais, em determinadas situações, visando atender aos interesses da sociedade como um todo, como o acesso à informação, à educação e à cultura; às necessidades particulares de alguns segmentos da sociedade ou à liberdade de expressão, como no caso das paródias e paráfrases. Podem ser divididas em duas grandes categorias: as que proporcionam a utilização livre e gratuita de obras intelectuais; e as que permitem a utilização, mas estão sujeitas à remuneração²⁷⁴.

Nas limitações de utilização livre e gratuita, permite-se que se utilize a obra sem a necessidade de autorização nem obrigação de pagamento ao autor pelo uso. É o caso do direito de citação; cópia para finalidade de ensino e pesquisa; paródias e paráfrases; representações privadas e gratuitas; execução de músicas e recepção de transmissões de radiodifusão nos comércios para fins de demonstração, entre outros²⁷⁵.

As limitações sujeitas à remuneração correspondem às situações que, embora dispensem a autorização do autor para a utilização da obra, impõe ao usuário o pagamento de uma compensação pelo uso realizado, chamado pela doutrina de *direito a uma simples remuneração* ou *direito de remuneração*²⁷⁶. Conforme expõe Helena Braga AVANCINI:

“O Brasil não tem esta espécie de limitação e, em regra geral, assim ocorre nas legislações dos países latinos, com exceção de Cuba (artigo 40) com amparo no Anexo da Convenção de Berna e em sua própria legislação interna, Colômbia (artigos 71 e seguintes) e Equador

²⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI nº 59. jul./ago. de 2002. p. 48.

²⁷⁴ AVANCINI, Helena Braga. *Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação*. In: Revista da ABPI nº 78. set./out. de 2005. p. 41.

²⁷⁵ *Ibid.* p. 41-43.

²⁷⁶ SANTIAGO, Vanisa. *O direito de autor e o direito de remuneração*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 102.

(artigos 105 e seguintes), que previram a remuneração por cópia privada”²⁷⁷.

O domínio público representa a principal limitação à que se submete o Direito de Autor. Por força do domínio público, o monopólio sobre a exploração econômica de uma obra intelectual é temporário. Assim, na seara autoral, o domínio público faz referência às obras que se tornaram coisa comum a todos, podendo ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com fins comerciais ou não²⁷⁸.

Georgete NAZO, ao tratar do domínio público, assim expõe:

“Vencidos os prazos estipulados pelas leis internas ou nas Convenções internacionais, as obras caem em domínio público, permitindo a qualquer pessoa o seu aproveitamento econômico. Com efeito, não só pelo decurso do lapso de proteção, mas por outros motivos, como, a título de exemplo, a não observância de formalidades essenciais, ausência de reciprocidade, etc., uma obra pode cair em domínio público”²⁷⁹.

A legislação autoral confere um prazo de exploração aos titulares, regrado internacionalmente pela Convenção de Berna e pelas legislações internas dos países. Tendo em vista a função social do Direito de Autor, esse direito é limitado no tempo. Expirado esse prazo ou falecido o autor sem deixar sucessores, essas obras poderão ser utilizadas pelo público em geral, sem necessidade de

²⁷⁷ AVANCINI, 2005. *Op. cit.* p. 44.

²⁷⁸ DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. Monografia apresentada à Comissão Organizadora de concurso nacional de monografias do Ministério da Cultura. Sorocaba, 2004. Conforme afirma o autor: “Atualmente, na área musical, pode ser afirmado que não existem obras em domínio público e sim obras no esquecimento público, uma vez que não há nenhuma sistematização dessas obras referentemente às suas letras, às suas partituras, aos seus autores”. [...] Nos Estados Unidos, há um interesse maior pelas obras caídas em domínio público por parte de editores especializados nessas obras, bem como, entidades interessadas pela difusão da cultura, como é o caso do Projeto Gutenberg, existindo inclusive uma página na rede mundial denominada “pdinfo”, ou seja, informações sobre domínio público, que disponibiliza uma lista com mais de três mil e quinhentas obras musicais americanas de domínio público”. *Ibid.* p. 57.

²⁷⁹ NAZO, Georgete. 1991. *Op. cit.* p. 112-113.

autorização ou pagamento pela utilização²⁸⁰.

A Convenção de Berna determinou um prazo mínimo de proteção de cinquenta anos, que vem sendo gradativamente aumentado. O prazo protetivo estipulado pela legislação brasileira é de setenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor²⁸¹. Essa dilação de prazo em vinte anos não apresenta justificativa. Maurício Cozer DIAS destaca que o prazo de proteção às obras somado à longevidade média dos autores eleva a duração dos direitos patrimoniais para mais de um século. Tal exagero de proteção contribui decisivamente para que as mesmas caiam no esquecimento completo²⁸².

Nesse sentido, Maurício Cozer DIAS expõe que, no Brasil, a produção musical caída em domínio público não está exercendo a função social que deveria. A sociedade não tem acesso às obras musicais, não podendo conhecê-las, conhecer seus autores, suas histórias e a história da própria produção musical brasileira. Implementar um banco de dados das obras tombadas pelo domínio público na área musical, assim como nas demais áreas artísticas, é uma solução significativa para a proteção do patrimônio artístico-cultural brasileiro²⁸³.

Proteger as obras musicais tombadas pelo domínio público é de fundamental importância cultural, social e histórica. Assim, a sistematização das obras musicais caídas em domínio público é essencial para a preservação e difusão do patrimônio musical nacional²⁸⁴. Em novembro de 2004, o Governo brasileiro publicou na rede mundial de computadores, internet, o “Portal domínio público”, que se constitui numa biblioteca virtual de obras que já estão em

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 56-57.

²⁸¹ Nas obras fotográficas, o prazo é contado a partir da data de publicação da obra. Art. 79 da Lei 9.610/98. A fotografia foi inventada no Brasil em 1833. Em geral o direito de autor é vitalício, com exceção da fotografia. Assim, se o autor da fotografia viver 70 anos após a publicação da fotografia que fez, verá sua obra sem proteção.

²⁸² “Os dilatados prazos de proteção deixam de conferir meios de proteção aos autores, principais sujeitos da tutela autoral, para proteger várias gerações de herdeiros e uma indústria que somente se preocupa em explorar economicamente a obra intelectual”. DIAS, 2004. *Op. cit.* p. 64.

²⁸³ *Ibid.* p. 63.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 58-59.

domínio público ou que tiveram sua divulgação devidamente autorizada. Seu objetivo é promover o amplo acesso às obras literárias, artísticas e científicas. De novembro de 2004 à dezembro de 2007 foram cadastradas 3.012 obras intelectuais, das quais 1.740 correspondem a arquivos musicais²⁸⁵.

Importante frisar, com relação ao domínio público, um aspecto importante da antiga lei autoral brasileira, Se a regra geral é a livre utilização da obra tombada pelo domínio público, poucos países têm introduzido na sua legislação o chamado domínio público remunerado.

A Lei 5.988/73, antiga lei autoral brasileira, determinou em seu artigo 93, que a utilização dessas obras estava facultada pela autorização do extinto Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA). Caso a utilização visasse o lucro, deveria ser recolhida ao CNDA importância referente a 50% da que caberia ao autor da obra. Caso a utilização visasse fins didáticos, a porcentagem era reduzida a 10%.

Tais recursos integrariam o Fundo de Direito Autoral que, conforme expõe Maurício Cozer DIAS, tinha cinco finalidades, quais sejam: estimular a criação de obras intelectuais, inclusive mediante a estipulação de prêmios e de bolsas de pesquisa; auxiliar os órgãos da assistência social das associações e sindicatos dos autores, intérpretes e executantes; publicar obras de autores novos mediante convênios com órgãos públicos ou editora privada; custear as despesas do CNDA, bem como de seu museu. O domínio público remunerado foi banido desde a Lei 7.123/83²⁸⁶.

Na opinião de Rodrigo MORAES, legislador fez bem ao rechaçar o domínio público remunerado. Expõe o autoralista:

²⁸⁵ Dados disponíveis em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Último acesso em 18 de dezembro de 2007.

²⁸⁶ *Ibid.* p. 88-89.

“O Estado já possui outros meios de arrecadação. É preciso impor limites à sua sede desmedida de tributar. É exagerado intervencionismo ter de pedir sua autorização para utilizar obras intelectuais caídas em domínio público”²⁸⁷.

Conforme leciona Carlos F. Mathias de SOUZA:

“Em direito autoral, a expressão domínio público refere-se em geral a obras que se constituem uma espécie de *res communis omnium* (coisa comum de todos), de modo que podem ser utilizados livremente por quem quer que seja, com ou sem o intuito de lucro”²⁸⁸.

²⁸⁷ MORAES, 2006. *Op. cit.* p. 302.

²⁸⁸ SOUZA, Carlos Fernando Matias de. *Direito autoral: legislação básica*. Brasília: DF, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998. p. 35-38.

III.2. O mercado fonográfico e a cópia privada

O desenvolvimento da tecnologia de comunicação permitiu o intercâmbio de arquivos musicais. Por meio da compactação de músicas em arquivos chamados MP3²⁸⁹, é possível o acesso e troca de fonogramas. Essa questão suscitou a reação de entidades de gestão coletiva e, particularmente, das empresas de publicação de obras musicais, gravadoras e editoras.

Foi invocada a violação de direitos autorais que tais práticas implicariam, argumento que foi acolhido pela jurisprudência norte-americana. Conforme leciona José de Oliveira ASCENSÃO:

“O argumento principal foi encontrado no prejuízo que essa prática trazia para as gravadoras. No “common law”, ao contrário do que acontece em nossos países, o prejuízo causado a outrem na vida comercial é um elemento de ponderação autônomo da “fair use”. Admitido esse prejuízo, a prática foi considerada ilícita²⁹⁰.”

Lembra o autoralista lusitano que a troca de arquivos musicais é um ato de uso privado e, em termos de Direito de Autor, o uso privado é tendencialmente livre, porquê respeita à exploração pública de obras²⁹¹.

A doutrina do *fair use*, ou como referido na doutrina francesa *usage loyal*, desenvolveu-se nas cortes norte-americanas, como uma defesa flexível para as violações aos direitos de autor. O *fair use* limita o escopo do monopólio protetivo concedido ao autor calcado na justificativa utilitária e do interesse público

²⁸⁹ Conforme expõe Fabio BARBOSA: “MP3 é a sigla de *Moving Picture Experts Group 1 (MPEG) Audio Layer 3*. Trata-se de um arquivo de computador extremamente comprimido [...]. Esse formato é utilizado para gravação de áudio (músicas). O formato é utilizado, como o padrão da indústria, como a melhor forma de comprimir áudio para *downloading* através da Internet”. BARBOSA, Fabio. *A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?* In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 372.

²⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral. Ano I, nº 1. São Paulo: Lumen Júris, 2004. p. 05.

²⁹¹ *Ibid.* p. 04-05.

relevante. Das lições de Carlos Eduardo Neves de CARVALHO, extrai-se:

“A doutrina do *fair use* (uso leal) foi judicialmente estabelecida nas cortes dos Estados Unidos como defesa à violação dos direitos autorais, a qual permite a utilização livre e gratuita de uma obra intelectual independente da prévia autorização do detentor dos direitos autorais”²⁹².

Conforme destaca Eduardo Lycurgo LEITE:

“O “fair use” nada mais é do que um instituto desenvolvido a partir de um princípio geral de direito calcado na equidade, ou seja, na busca pela justiça a partir de preceitos de ordem ética e moral”²⁹³.

Assim, pela análise de preceitos de ordem ética e moral, busca-se sempre o uso justo e razoável das obras intelectuais. Horace G. BALL define essa prerrogativa de utilização como um privilégio que repousa em terceiros, para utilizar uma obra protegida sem o consentimento do autor, desde que de modo razoável, não prejudicando os interesses do mesmo²⁹⁴.

Ora, em se tratando da troca de arquivos musicais por meio da Internet, os arquivos MP3, cumpre uma opinião a respeito dessa prática ser entendida como o exercício do direito à cópia privada e uma espécie do *fair use*. Em primeiro, é de se ressaltar que a doutrina autoralista em geral, sempre faz referência aos “titulares dos direitos de autor”, ao passo que em se tratando de Direito de Autor, o correto seria fazer referência direta ao autor, pois é sabido que, na esfera patrimonial, ser

²⁹² Ao decidir sobre a aplicação do *fair use*, a corte americana leva em conta quatro fatores, quais sejam: o propósito e o caráter da utilização, o que enfatiza a distinção entre o uso comercial e o não comercial; a natureza da obra intelectual, o que indica que privilegia obras de cunho educacional, como trabalhos científicos, históricos, etc.; a quantidade reproduzida; e o fator mais importante, o efeito do uso não autorizado no mercado potencial da obra protegida e seu valor econômico. Mas para a aplicação do *fair use*, nunca se deve tomar como base um fator isolado. CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *A doutrina do “fair use” nos EUA*. In: Revista da ABPI nº 77. jul./ago. 2005. p. 50-52.

²⁹³ LEITE, Eduardo Lycurgo. *A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 04. São Paulo: Lumen Júris, 2006. p. 90.

²⁹⁴ BALL, Horace G. *The law of copyright and literary property*. Albani, NY: Banks and Co/Matthew Bender & CO. 1944, p. 260.

autor não significa ser titular dos direitos patrimoniais.

O uso razoável de uma obra musical protegida, ou seja, a conduta de adquirir arquivos musicais MP3 sem que se constitua violação aos direitos de autor, baseia-se em quatro fatores. Quanto ao propósito e características do uso, esse deve ter por fim, única e exclusivamente o deleite do ouvinte, sem que se explore economicamente a obra, seja por via da reprodução e venda, seja pela execução pública, casos em que o prejuízo ao autor é inquestionável e a violação a seus direitos é evidente.

Um importante aspecto que deve ser considerado na questão da cópia privada é o efeito do uso privado na exploração comercial da obra. Quantos aos efeitos desse uso no mercado da obra, algumas considerações devem ser feitas. A indústria fonográfica argumenta que os prejuízos a que se submeteu nos últimos anos decorrem da pirataria²⁹⁵ e da troca de arquivos MP3. A pirataria, prática nada recente e que atinge não somente as obras musicais é algo reprimível, porém inevitável. Conforme destaca Fabio BARBOSA: *“Estudo conduzido por dois professores norte-americanos demonstra que os programas para troca de arquivos MP3 provocam pouco impacto na venda de CD’s”*²⁹⁶.

Em linhas gerais, a distribuição não comercial de expressão artística não prejudica a exploração comercial. Sabe-se que a cópia, pelo próprio conceito, apresenta qualidade inferior à original. MAEDA expõe que: *“O fato de a cópia possuir qualidade inferior e não representar um substituto perfeito para a obra original constitui fator extremamente relevante”*²⁹⁷.

Como já dito, atualmente, diante da tecnologia de gravação digital, os custos

²⁹⁵ “A falsificação de produtos como moedas, cédulas, obras de arte e selos é prática universal e milenar. Com o aumento do comércio internacional, seguido da abertura das fronteiras de países que não praticavam o livre comércio até recentemente e a conseqüente globalização da economia, o volume de produtos falsificados aumentou absurdamente”. GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A caracterização do dever de indenizar por violação à propriedade intelectual*. In: Revista da ABPI nº 67. nov./dez. 2003. p. 58

²⁹⁶ BARBOSA, 2006. *Op. cit.* p. 373.

²⁹⁷ MAEDA, 2006. *Op. cit.* p. 60.

para fixação de obras musicais reduziram consideravelmente. Os *royalties* pagos pelas empresas de publicação ao autor continuam praticamente os mesmos. Já que para gravar um disco os autores são levados a ceder seus direitos, vários são os casos em que autores independentes, ou seja, aqueles que gravaram suas músicas por conta própria, disponibilizam seus fonogramas livremente na Internet, para ampliar seu reconhecimento. A cópia para uso privado, sem fins comerciais, da obra musical gravada, o fonograma, constitui uso razoável.

Com relação à cópia privada, leciona Bruno Jorge HAMMES: “Há necessidade de limitá-la melhor. Uma obra de arte, cujo valor está na sua unicidade, não pode estar entre as exceções ao direito exclusivo do autor”²⁹⁸.

Guilherme CARBONI expõe o seguinte entendimento:

“Para nós, a cópia privada, sem intuito de lucro direto ou indireto, escapa ao direito de autor e deve ser liberada. Diferentemente, a reprodução para utilização pública deve ser coibida, a menos que não haja outra forma de utilização da obra intelectual, que deve sempre ser justificada com base em um evidente interesse público, principalmente em matéria de educação, cultura e investigação científica”²⁹⁹.

Conforme leciona Vanisa SANTIAGO:

“Criado na Alemanha em 1965 e introduzido paulatinamente na legislação dos países europeus, o sistema da cópia privada representa uma expressiva fonte de riqueza para o autor e para a própria indústria, funcionando por meio da fixação de um cânon compensatório pago pelos fabricantes de suportes (fitas, cds virgens e similares) e por meio do exercício obrigatório e conjunto das associações de gestão coletiva”³⁰⁰.

²⁹⁸ HAMMES, Bruno Jorge. *O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V. 23. n. 58. p. 63-72. maio/ago. 1990. p. 71.

²⁹⁹ CARBONI, 2006. *Op. cit.* p. 226.

³⁰⁰ SANTIAGO, 2005. *Op. cit.* p. 102.

Conforme expõe Bruno MAEDA, a cópia privada designa a possibilidade de reprodução de obras protegidas para fins de uso privado, sem a necessidade de obtenção do prévio e expresso consentimento do autor ou do titular de seus direitos. Essa limitação encontra-se tanto no sistema anglo-saxão do *Copyright*, por meio da doutrina do *fair use* nos Estados Unidos, quanto no sistema europeu, por meio das limitações expressas ao direito de autor. A legislação autoral brasileira prevê a cópia privada no artigo 46, inciso II, no capítulo IV, que trata das limitações ao direito de autor, definida como “reprodução [...] para uso privado. Os elementos caracterizadores da cópia privada são: a finalidade privada da utilização da cópia e a ausência de intuito de lucro³⁰¹”.

O aspecto fundamental na determinação da finalidade privada relaciona-se ao uso da obra e não ao ato de reprodução. Isso porque o aspecto essencial do uso privado refere-se à impossibilidade da cópia ser aproveitada por uma coletividade. A ausência de lucro é tratada de forma mais adequada tomando-se como base o impacto causado pela reprodução e utilização privada à exploração comercial da obra³⁰².

Segundo Marco MARANDOLA, o *lobby* dos editores e demais interessados se fortalece para restringir as exceções (limitações) e os casos de livre utilização de obras protegidas. Por outro lado, constituiu-se outro movimento com uma nova concepção de Direito de Autor, chamada por muitos de *copyleft*.³⁰³

O autoralista ressalta que o fenômeno do *copyleft* não constitui uma contraposição ao Direito de Autor, não pretende abolir a proteção autoral. Os autores sob a ótica do *copyleft*, não renunciam a seus direitos, já que assim não poderiam viver de seu trabalho e outros poderiam apropriar-se de seus direitos. O *copyleft* simplesmente permite, dentro de certos limites, a utilização ou reprodução

³⁰¹ MAEDA, 2006. *Op. cit.* p. 40.

³⁰² *Ibid.* p. 43-45.

³⁰³ MARANDOLA, Marco. *Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*. Derecho de Autor, S.L. p. 11.

da obra, com a condição de que a obra reproduzida ou reutilizada seja *copyleft*, reconhecendo os direitos morais do autor original (paternidade e integridade)³⁰⁴.

O movimento *copyleft* nasce a partir dos programas de computador. A história do desenvolvimento do *copyleft* deve-se a Richard Stallman. No início dos anos oitenta, Richard trabalhava com a criação de programas de computador e, a pedidos, forneceu a uma sociedade uma cópia livre de seu programa. A Sociedade melhorou a versão de seu programa e, quando Richard solicitou o acesso à nova versão, a sociedade negou-se a fazê-lo. Em 1984 Richard deixou seu trabalho para fundar a FSF (Free Software Foundation). Assim, elaborou um esquema de contrato (licença) que regulasse os direitos de autor e a possibilidade de utilização da obra intelectual compatibilizando-a com a lei do *copyright*.

Tratava-se do projeto GNU ou *General Public License* ou Licença Pública Geral. A GNU, desenvolvida pela FSF, representa um dos tipos de *copyleft*. Na opinião de Marco MARANDOLA, o significado difuso do *copyleft* é uma técnica que serve às leis atuais de Direito de Autor para subverter os limites que estas mesmas prevêem e garantir assim que a obra possa ser usada sem restrições, configurando verdadeira desapropriação do Direito de Autor³⁰⁵.

Como já dito, o *copyleft* nasce a partir dos programas de computador. Atualmente, tem-se tentado adaptar os conceitos de *copyleft* para as obras de arte. O fenômeno está bastante limitado, já que existem outros muitos direitos em questão: direitos morais, patrimoniais e os conexos aos do autor. Não obstante, há experiências significativas, como a *Libre Society*, e sua licença, chamada *Free art license*³⁰⁶.

A *Free Art License* não ignora os Direitos de Autor, mas os reconhece e protege. A reformulação desses princípios permite ao usuário usar com criatividade

³⁰⁴ *Ibid.* p. 11.

³⁰⁵ *Ibid.* p. 17-21.

³⁰⁶ *Ibid.* p. 23.

a obra artística. Tal uso, porém, não é deliberadamente livre. Tal licença também favorece a imposição de restrições aos usuários. A finalidade dessa licença é autorizar o uso desses recursos intelectuais por uma maioria, ampliando as possibilidades de desfrute para multiplicar seus frutos, e fomentar um novo marco de criação que possibilite uma criação nova. Tudo isso dentro do respeito, reconhecimento e defesa dos direitos morais do autor³⁰⁷.

Na opinião do autor, na área da música o movimento tem encontrado escasso êxito, devido a uma forte resistência da indústria fonográfica ou discográfica. Em 2001 foi criada a licença *Open Áudio License* (OAL), segundo a qual, os autores que a aceitam consentem que sua obra possa ser copiada, reproduzida, adaptada, tocada e distribuída de modo gratuito. A vantagem reside na distribuição que se realiza, tornando mais conhecida a obra e seu autor. De todo modo, o fenômeno mantém-se limitado aos grupos ou cantores desconhecidos que desejam divulgar seu trabalho³⁰⁸.

O movimento *Creative Commons* representa a vertente jurídica do movimento *copyleft*. Trata-se da redação das licenças e dos contratos que determinam em quais condições se pode utilizar a obra. As licenças são redigidas em diversas línguas para facilitar sua compreensão. Um dos principais objetivos das licenças jurídicas do *Creative Commons* é oferecer aos criadores e autores a possibilidade de querer que se aplique o *copyleft* à sua obra, e graças a isso, esperam gerar condições mais favoráveis para que uma grande quantidade de pessoas conheçam a obra e dela possam fazer uso³⁰⁹.

O projeto *Creative Commons* foi fundado em 2001 e está sendo financiado pela Faculdade de Direito da Universidade de Stanford e pela Sociedade do Domínio Público. A primeira ação deu-se em dezembro de 2002 quando foram desenvolvidas uma série de licenças para web (rede mundial de computadores) tomando como inspiração a *GNU General Public License*.

³⁰⁷ *Ibid.* p. 24.

³⁰⁸ *Ibid.* p. 24.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 63.

Na Espanha, as licenças foram traduzidas e adaptadas pela Universidade de Barcelona. Em 2003, o Brasil, por meio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Finlândia e Japão aderiram ao projeto inserindo-o em seus territórios.

A idéia base é desenvolver as licenças dentro dos países em questão, compatibilizando-as com os sistemas de proteção autoral locais. Nos últimos anos, várias adesões foram concretizadas por meio de Universidades de prestígio. Isso demonstra que o projeto converteu-se em um fenômeno de escala internacional. O principal objetivo do projeto é o reconhecimento legal das licenças *Creative Commons*.

Marco MARANDOLA destaca que, desde o princípio, ao contrário da GPL, as licenças jurídicas do *Creative Commons* contaram com o apoio, promoção e desenvolvimento de referências privilegiadas, como: juristas, advogados, estudiosos das leis autorais, etc. O autoralista espanhol assinala que o projeto *Creative Commons* e todos os projetos afins são candidatos a converterem-se, em pouco tempo, numa alternativa séria às formas de proteção atuais no contexto do Direito de Autor. As licenças do *Creative Commons* fazem referência a uma ampla gama de obras protegidas, com exceção dos programas de computador, cuja licença é a GPL (*General Public License*)³¹⁰.

As licenças *Creative Commons* baseiam-se em alguns pontos fundamentais. Assim, o titular de uma cópia da licença de uma obra protegida pode utilizar a obra sem limites, distribuir e redistribuir tantas cópias quantas quizer, modificar a obra, de qualquer modo, sempre que lhe convir; e que a obra derivada possua uma licença *Creative Commons*.

Quem modifica uma obra que tenha *copyleft*, pois a licença assim o permite, obtém uma série de direitos de autor sobre a obra nova, podendo opor-se a qualquer

³¹⁰ *Ibid.* p. 65.

outra pessoa. Para evitar um desvio de finalidade, a licença permite modificar uma obra com *copyleft* somente se quem a modifica se comprometer a manter a licença *copyleft* na obra modificada, e assim sucessivamente³¹¹.

O autor elenca ainda outros elementos de uma licença *Creative Commons*, quais sejam: que as condições da licença não possa ser revogada; assegurar que a obra intelectual e suas versões derivadas estejam sempre em um suporte que permita sua modificação e garantir que a obra original seja documentada, assim como suas versões modificadas³¹².

As licenças *Creative Commons* podem ser diferentes em função dos países, em conformidade com as leis autorais nacionais de cada um, em matéria de Direito de Autor. Representa, assim, uma nova visão do Direito de Autor, que já não se centra na proteção econômica e no controle das cópias de uma obra protegida, mas sim, em uma proteção que permita a difusão de obra intelectual e do nome do autor, sem deixar de reconhecer a exclusividade da exploração econômica, ou seja, da utilização daquela obra com finalidade econômica³¹³.

³¹¹ *Ibid.* p. 67.

³¹² *Ibid.* p. 68.

³¹³ *Ibid.* p. 76.

III.3. O paradigma digital e as crises do Direito de Autor

Na área musical, pode-se dizer que o Direito de Autor passou por diversas crises, ironicamente, na medida em que a tecnologia permitiu, ao longo dos tempos, a expansão dos meios de fixação, reprodução e utilização de obras musicais. A primeira crise foi causada pelo advento do fonógrafo, que permitiu a fixação de obras musicais para posterior audição.

O fortalecimento da indústria fonográfica propiciou a mudança de caráter da música de serviço a produto, ou seja, a música que antes só poderia ser reproduzida por meio da execução pública de músicos intérpretes passou a poder ser executada a qualquer hora do dia ou da noite, por inúmeras vezes, por via da execução dos fonogramas. Dentre as implicações sociais e jurídicas, destacou-se a dúvida decorrente da forma ideal de controlar a execução dos fonogramas e a remuneração aos autores face à utilização³¹⁴.

A segunda crise do Direito de Autor na música adveio com a radiodifusão³¹⁵. Com a instauração da radiodifusão mais pessoas passaram a ter contato com as obras musicais, bastava que dispusessem de aparelhos receptores. Foi notável o impacto causado pela radiodifusão na sociedade. Conforme esclarece Fabio Malina LOSSO:

“Em pouco tempo foi alçada ao *status* estratégico pelos governos dos países e, na maioria deles, passou a ser alvo de regulação e objeto de concessão pelo Estado, constituindo serviço público”³¹⁶.

³¹⁴ “Com a invenção do fonógrafo, a música passou de serviço a produto vez que a interpretação com caráter natural, realista, contendo os erros e acertos de uma execução ao vivo caracterizada pela prestação de serviços diretamente ofertada pelos músicos, passou a ser mecânica, perfeita, bem acabada. A música, pelo seu novo suporte físico, passou a adquirir o caráter de produto, e como tal, utilidade, ainda que estética”. LOSSO, 2008. *Op. cit.* p. 42-43.

³¹⁵ “Referem os historiadores que, embora a radiodifusão tenha tido início praticamente em 1919, a primeira difusão de manifestações do pensamento humano por meio de ondas elétricas e de sinais convencionais se verificou quando Guilherme Marconi, no ano de 1896, levantou a primeira antena emissora”. CHAVES, Antonio. *Proteção Internacional do direito autoral de radiodifusão*. São Paulo: Marajó, s/d. p. 161. p. 96.

³¹⁶ LOSSO, 2008. *Op. Cit.* p. 45.

Para os compositores e intérpretes a radiodifusão proporcionou vantagens e desvantagens. A vantagem mais evidente foi o aumento de possibilidade do reconhecimento e apreço pelo público em geral, com benefícios financeiros tanto diretos quanto indiretos. Entretanto, os autores passaram a ceder obrigatoriamente os respectivos direitos de execução radiofônica da obra à gravadora, *a exemplo do que já muitas vezes eram forçados a fazer em relação aos demais conteúdos patrimoniais correspondentes à fixação de fonogramas*³¹⁷.

Conforme expõe Pedro Vicente BOBBIO:

“Quando o radio surgiu, os fabricantes julgaram interessante e proveitosa a publicidade que as emissoras faziam às obras gravadas em discos. Mas a multiplicação das estações emissoras e a generalização dos aparelhos receptores introduziram, no público, o hábito de procurar nas audições radiofônicas a satisfação das suas preferências musicais, sem a necessidade de gastar dinheiro na compra dos discos. A venda desses caiu verticalmente. E os fabricantes tornaram-se ferrenhos adversários da radiodifusão”³¹⁸.

Fabio Malina LOSSO sintetiza esse momento nos seguintes termos:

“Em resumo, a segunda crise do direito de autor na música foi causada pelo advento da radiodifusão, tendo ocorrido em tempo quase simultâneo à primeira crise, da fixação de sons em meio físico, e consistiu: no início de um forte segmento de radiodifusão; na incerteza jurídica que passou a afligir, num primeiro momento, os compositores e, num segundo momento, os produtores musicais, no que diz respeito à utilização de fonogramas pelas emissoras e respectivas retribuições autorais; no desenvolvimento dos que viriam a ser conhecidos como direitos conexos aos autorais, pela garantia legal que passaram a ter os organismos de radiodifusão”³¹⁹.

³¹⁷ *Ibid.* p. 45.

³¹⁸ BOBBIO, Pedro Vicente. *O direito de autor na criação musical*. São Paulo: Lex, 1951. p. 99-100.

³¹⁹ *Ibid.* p. 51. “Nessa fase, a radiodifusão era de extrema importância para atingir o público, já que fazia toda a diferença a quantidade de vezes que a música era tocada para que ela fosse vendida, encartada em disco com outras interpretações do(s) mesmo(s) intérprete (s). Para o contato e desenvolvimento de relações com as rádios foram estabelecidos, nas gravadoras, os departamentos comerciais, que se encarregavam de enviar os chamados singles contendo aquela música, dentre outras do álbum, que certamente cairia no gosto popular e que se encarregaria de motivar o público a comprar o disco. Foi estabelecido, também, nesse momento, no Brasil, o popularmente chamado “jabaculê” ou “jabá”, que para a indústria fonográfica era computado como custo de divulgação, mas que se revelou uma relação promiscua de interferência na programação das rádios, que acabavam por tocar as músicas recebendo direta ou indireta contraprestação”. *Ibid.* p. 53.

A terceira crise do Direito de Autor na música também foi fruto da evolução tecnológica. Nos anos 1960, as técnicas de gravação de música foram aprimoradas e novos sujeitos passaram a participar do processo de fixação da obra musical, antes constituído basicamente pelos compositores, intérpretes e produtores fonográficos. Em 1963, a empresa holandesa Philips lançou a fita-cassete e seu aparelho leitor, o chamado “toca-fitas”, tornando fácil a tarefa de duplicar obras musicais, incluídas aquelas fixadas em fonogramas sob a forma de disco de vinil (LPs), que já contavam com a proteção normativa contra a reprodução não autorizada³²⁰.

A pressão da indústria fonográfica surtiu efeito no plano normativo internacional e, em 1971, foi firmada a Convenção para Proteção dos Produtores de Fonogramas contra Duplicação Não-Autorizada de seus Fonogramas, no qual se previu a proteção quanto á duplicata em qualquer forma, inclusive a fita-cassete. Esse tipo de suporte físico criou novos hábitos sociais, ante a possibilidade de se gravar discos de vinil em fitas-cassete, e montar as próprias coletâneas musicais³²¹.

Fabio Malina LOSSO assim expõe:

“Nesse momento tornou-se visível a crise e o conflito de interesses no cenário musical, onde o interesse do público consumidor confrontava com o interesse patrimonial das gravadoras, ferrenhas opositoras das possibilidades trazidas pela tecnologia que constituíssem ameaça a seus faturamentos. Para tanto, lançavam mão do discurso de defesa dos direitos autorais”³²².

A quarta crise do direito autoral na música adveio com o surgimento do *Compact Disc* (CD), mais nitidamente, do CD regravável. As discussões sobre a legalidade das cópias em fitas-cassete somente deram trégua com o aparecimento da tecnologia digital na década de oitenta, momento em que a gravação em fitas-

³²⁰ *Ibid.* p. 57-59.

³²¹ *Ibid.* p. 59-61.

³²² *Ibid.* p. 60.

cassete passou a ficar em segundo plano, pois a perda de qualidade na duplicação de CD para fita-cassete era notável³²³.

Ao final da década de oitenta, a tecnologia desenvolvida já indicava a possibilidade de se desenvolver mídias regraváveis no formato MP3 bem como aparelhos que liam e gravavam dados de áudio. No início da década de noventa o CD regravável era lançado no mercado norte-americano, disseminando-se no Brasil na primeira metade dessa década e consolidando-se perto do final do século XX. A possibilidade de se copiar músicas no formato digital deu início a mais uma crise da indústria fonográfica e, por conseguinte, do Direito de Autor. O início da pirataria de CDs é retratado por Fabio Malina LOSSO nos seguintes termos:

“Foi daí que, com a possibilidade e facilidade de se copiar músicas de um CD para outro, a indústria fonográfica experimentou o início de seu declínio. Não somente os usuários duplicavam uns para os outros os seus CDs como começou a existir um processo, no início informal, de duplicação e venda com fins comerciais. O disco que era vendido no mercado legal por R\$ 20,00, nos anos 1990, tinha sua duplicata sendo vendida por entre R\$ 5,00 e R\$ 10,00”³²⁴.

Pode-se dizer que a crise atual do Direito de Autor na música acentuou-se com o advento da Internet e o paradigma digital, em 1990 nos Estados Unidos e em 1995 no Brasil, momento em que as músicas passaram a ser “livremente” reproduzidas e executadas por quem tivesse acesso à rede mundial de computadores. A relação entre os Direitos de Autor e a nova mídia Internet passou a ficar tensa³²⁵.

Em decorrência da característica mundial da Internet, a necessidade de regular juridicamente as questões que se colocam no âmbito da proteção autoral passa a ser mundial. O problema é agravado pela diferença de cultura entre os

³²³ *Ibid.* p. 63. “A qualidade sonora oferecida pelo novo meio era muito boa, já que os níveis de ruído presentes nas gravações podiam ser digitalmente retirados, assim como incluídos, na edição técnica musical, novos instrumentos e sons dos mais variados, que complementavam a composição”. *Ibid.* p. 66.

³²⁴ *Ibid.* p. 74.

³²⁵ *Ibid.* p. 83.

países, onde o que lícito em um pode ser ilícito em outro, a exemplo da cópia privada³²⁶.

A necessidade de harmonização entre as legislações autorais é destaca por Fabio Malina LOSSO:

“Nesse contexto, surgem as tentativas de minimizar os problemas gerados pelo atrito entre diferentes sistemas sociais e, por consequência, diferentes sistemas jurídicos. Na atualidade é amplamente defendida a harmonização das normas de proteção aos direitos autorais, pela União Européia e pelos governos dos países que adotam o sistema de direito de autor continental, enquanto o governo dos Estados Unidos da América – acompanhado pelos titulares dos direitos autorais -, notadamente as gravadoras – defende a uniformização”³²⁷.

A aquisição de CDs pela Internet, a distribuição de fonogramas pelas lojas virtuais, as rádios *on-line*, a troca de arquivos musicais pelos usuários e a chamada cópia privada, são algumas implicações que o paradigma digital trouxe às questões autorais. Nesse cenário conflituoso, marcado por interesses divergentes, é que se evidencia a mais recente crise do Direito de Autor na música.

Mas é válido lembrar que, diante de muitas situações, o que é considerado problema e causa de alguma crise, pode vir a ser sua solução. Assim, conforme esclarece Fabio Malina LOSSO:

“A disseminação do uso da tecnologia pelos compositores e intérpretes e a utilização, por eles, de serviços específicos na Internet – além de mecanismos contratuais específicos de licenciamento -, propiciaram meios alternativos para que desenvolvesse um novo modelo de negócios, em que a indústria fonográfica deixou de ser protagonista e passou a ser coadjuvante”³²⁸.

³²⁶ *Ibid.* p. 86.

³²⁷ *Ibid.* p. 86. Quanto à diferença entre *harmonização* e *uniformização* o mesmo autor expõe: “A harmonização busca a aproximação das regras de diferentes países, enquanto a uniformização busca a adoção das mesmas regras”. *Ibid.* p. 86.

³²⁸ *Ibid.* p. 223.

III.4. Contribuição para atualização da legislação autoral brasileira

Neste capítulo apresenta-se uma breve contribuição no sentido de sugerir mudanças na legislação autoral brasileira sobre questões de relevância atual às quais a legislação mostra-se, ainda, desatualizada.

O primeiro ponto a ser dirimido é a definição de um percentual mínimo de remuneração ao autor pela utilização da obra fruto da sua criação. Como visto, a queixa que sempre pontuou o meio autoral musical diz respeito à incorreta estrutura de pagamento de *royalties*, ou seja, a porcentagem paga ao autor quando da exploração econômica de sua obra.

Quanto à previsão legal de uma remuneração mínima ao autor, esse assunto foi minuciosamente tratado do Projeto BARBOSA-CHAVES. O artigo 83 propunha que:

“Quando fosse estipulada em quantia global, que a remuneração só pudesse ser considerada relativa à primeira tiragem. [...] Quando efetuada em participação sobre o preço de venda do exemplar ao público, não poderia a remuneração ser inferior a 12% nas edições gráficas e semelhantes, e 6% nas fonográficas. Aditavam os últimos parágrafos 6º e 7º do artigo 83: Nos contratos que tenham por objeto, além da cessão exclusiva de direitos para reprodução, a cessão de outros direitos exclusivos previstos no mesmo Projeto, e nos contratos de edição e que no mesmo ou em instrumento diverso, relativos à mesma obra, ceda o autor outros dos seus direitos exclusivos, a sua participação mínima da utilização seria de 30% e, nas edições fonográficas e semelhantes, de 20% sobre o preço de venda do exemplar ao público”³²⁹.

Sobre o Projeto BARBOSA-CHAVES, expõe José Carlos COSTA NETTO:

“Após alguns projetos no Congresso Nacional, que, contudo, não lograram êxito, por iniciativa do Ministro da Justiça, Mem de Sá, foi

³²⁹ CHAVES, Antônio. *Direitos e deveres do autor e do editor na obra literária*. In: Revista de informação legislativa. Brasília, a. 16, n. 63. jul./set. 1979. p. 154-155.

designado o Desembargador Milton Sebastião Barbosa, com o objetivo de refundir e atualizar a legislação brasileira relativa aos direitos autorais e conexos. Daí resultou o Anteprojeto do Código do Direito do Autor e Direitos Conexos, constituído de 351 artigos, publicado no D.O.U., em separata, em 16 de junho de 1967. Foi posteriormente nomeada, pelo então Ministro da Justiça Luiz Antônio da Gama e Silva, uma comissão revisora do projeto, composta pelos Srs. Ministro do STF Cândido da Mota Filho, Desembargador Milton Sebastião Barbosa e o Dr. Antônio Chaves. Desacordos entre os membros resultaram na apresentação de dois projetos: um, mais conservador, do ministro do STF, de 98 artigos, mantendo os critérios tradicionais, e outro, mais inovador, dos demais membros, de 198 artigos”. Traduzir idéia em outras palavras”³³⁰.

Sobre o projeto de sua co-autoria, discorre Antônio CHAVES:

“O Projeto, como se vê, enfrentava problemas relativos à determinação de autoria, dos atributos do Direito de Autor, do direito moral, da utilização da obra seja sob forma corpórea como obra incorpórea. Dedicava especial atenção à cessão de direitos, consignados os requisitos que deve conter o respectivo instrumento, esmiuçando os direitos e deveres que competem aos autores e aos empresários em geral, para, depois, distinguir as diversas modalidades das obras, a cada uma consagrar tratamento orgânico”³³¹.

Diante do impasse, foi encarregado de elaborar um novo projeto o Dr. José Carlos Moreira Alves, que reduziu o Projeto de Código a um Projeto de Lei, e que, ao final, incorporadas as modificações, transformou-se na Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973. Conforme expõe Fabio Maria de MATTIA:

“E no caso brasileiro o Projeto do Desembargador Sebastião Barbosa, outorgava poderes ao Conselho Nacional de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CONDAC), para a fixação desta porcentagem. A Lei nº 5.988, no art. 39, estipula 20% (vinte por cento) sobre o aumento do preço que irá beneficiar o autor ou os seus herdeiros. Esta porcentagem está fixada de maneira realística”³³².

Nesse sentido, infelizmente, a legislação autoral brasileira ainda silencia. Conforme destaca Antônio CHAVES: *o mais grave pecado da lei consiste em não*

³³⁰ COSTA NETTO, 1998. *Op. cit.* p. 41.

³³¹ CHAVES, 1999. *Op. Cit.* p. 34.

³³² MATTIA, 1975. *Op. Cit.* p. 103.

*definir um critério para a distribuição dos direitos patrimoniais, ponto básico, nuclear, fundamental, a bem dizer, a razão de ser da própria lei*³³³.

O segundo ponto a ser repensado diz respeito à cópia privada. A legislação brasileira ainda não prevê esse direito aos usuários ou consumidores de obras musicais protegidas. Sobre essa questão expõem Pedro PARANAGUÁ e Sérgio BRANCO:

“Ou seja, em nenhuma circunstância é possível a cópia integral de obra alheia sem que haja autorização prévia e expressa do detentor de direitos autorais, mesmo que ocorra no recesso familiar e se limite a ele. Como se percebe, tal vedação conflita até mesmo com a dicotomia entre a esfera pública e esfera privada, e acaba produzindo consequências negativas especialmente em um país em desenvolvimento, como o Brasil”³³⁴.

Com vistas à atualização é necessária a permissão legislativa quanto à cópia integral de qualquer obra, desde que restrita ao uso privado, sem o intuito de lucro e sem necessidade de remunerar o autor ou titular dos direitos. Outra importante atualização consiste na previsão legislativa da regra genérica do chamado “uso razoável”. Assim, em se tratando de casos especiais onde não haja conflito com relação à exploração normal da obra tampouco prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, pode-se realizar uma cópia integral da obra, sem necessidade de remuneração.

Nesse ponto, a lei brasileira encontra-se significativamente distante do sistema ideal. Pedro PARANAGUÁ e Sérgio BRANCO concluem:

“A previsão genérica de uso razoável não foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, as limitações quantitativas incertas (“pequenos trechos”) e de uso (“para uso privado do copista”) não são exigidas por Berna ou TRIPS. Além disso, o sistema brasileiro de limitações e exceções torna ilegal atos cotidianos praticamente

³³³ CHAVES, Antônio. *Domínio público em matéria de direito de autor*. Revista Forense, v. 273. p. 94.

³³⁴ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Estudos ao Ministério da cultura*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br>>. Último acesso em 05 janeiro de 2009.

inevitáveis, levando a indagação de âmbito constitucional, na medida em que por sua redação inadequada torna-se obstáculo ao acesso ao conhecimento”³³⁵.

Merecem igual atualização as disposições referentes à duração da proteção referente aos direitos patrimoniais de autor. Tem-se como prazo padrão aquele previsto no artigo 7º (1) da Convenção de Berna, qual seja, tais direitos são tutelados pela vida do autor mais cinquenta anos. Por força do disposto no próprio artigo 7º (6), a Convenção prevê a possibilidade alargamento desse prazo nas legislações internas dos países signatários, como é o caso do Brasil, que prevê o prazo de setenta anos, contados a partir do óbito do autor (artigo 41 da Lei 9.610/98).

Pedro PARANAGUÁ e Sérgio BRANCO destacam que:

“No caso de países em desenvolvimento, como o Brasil, dificilmente justifica-se um prazo de proteção muito mais elevado do que aquele estabelecido pelos acordos internacionais. Desta forma, as obras cairiam em domínio público em prazo suficiente para sua exploração econômica, mas que garantisse seu acesso e seu aproveitamento por parte da sociedade, desde que transcorrido o prazo de proteção”³³⁶.

A previsão legislativa de prazos mais extensos que o previsto na Convenção de Berna atende, fundamentalmente, aos interesses das empresas de publicação, titulares dos direitos patrimoniais de autor, por força contratual, que buscam, por óbvio, maior tempo para explorar comercialmente tais bens. Em contrapartida, essa dilatação de prazo dá-se em detrimento do interesse coletivo, que é poder usufruir a obra intelectual após o decurso da proteção.

O Brasil, portanto, deve adotar o prazo de proteção durante a vida do autor e mais cinquenta anos, conforme dispõe a Convenção de Berna. Como exemplo de países que prevêem esse prazo de proteção, figuram: Canadá, África do Sul e

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

Angola. A título de ilustração, a redação original da Convenção de Berna previa prazo protetivo pela vida do autor e mais sete anos, sendo estendido para cinquenta anos na revisão da Convenção em 1908³³⁷.

³³⁷ *Ibid.*

III.5. O contrato de concessão como instrumento da prática contratual justa

Atualmente, tem-se invocado o caráter espiritual e nobre da criação intelectual para o incremento da tutela pelo Direito de Autor. Porém, há outra finalidade que prevalece sobre a da proteção do criador intelectual. Trata-se da proteção do investimento. Conforme expõe José de Oliveira ASCENSÃO:

“O Direito de Autor desceu do pedestal espiritualizado em que foi colocado para vir desempenhar uma função de arma na luta econômica. Ele viria agora, sobretudo, *proteger os investimentos*, como se diz. Portanto, tem como beneficiários as empresas, particularmente as empresas de *copyright*, para quem a proteção autoral na maior parte afinal reverte. Não há nenhuma anomalia na proteção do investimento. O investimento pode e deve ser protegido, pelos muitos modos em que isso ocorre no mundo hoje. O que já causa estranheza é que o investimento seja protegido através do Direito de Autor. Quer dizer, que se tenha criado um ramo de direito altamente protecionista, por invocação da dignidade da criação intelectual, para afinal esse ramo ser colocado ao serviço da proteção do investimento”³³⁸.

A proteção do investimento resulta, como prática comum no relacionamento contratual entre autores e empresas musicais, na utilização do contrato de cessão total e definitiva dos direitos patrimoniais³³⁹. Há trinta anos atrás, a Lei 6.533/78, que tratou da regulamentação das profissões de Artista e de Técnicos em Espetáculos, estabeleceu em seu artigo 13 a proibição da cessão ou promessa de cessão de direitos autorais decorrentes da prestação de serviços profissionais. A mesma proibição foi reproduzida na Lei 6.615/78, que regulou a profissão de radialista³⁴⁰.

³³⁸ ASCENSÃO, 2006. *Op. cit.* p. 12.

³³⁹ “O investidor, independentemente do segmento de atuação, busca o retorno sobre o dinheiro aplicado, acrescido de lucro sobre o montante. Almeja, também, que seu investimento seja garantido pela maior segurança possível, mormente por meio de legislação adequada e respeito aos contratos. Foi nesse sentido que, no exterior, os produtores rapidamente obtiveram a garantia legal sobre a titularidade de gravações, que, primeiro na Inglaterra, a partir do *Copyright Act* de 1911, quando lhes foi concedido o direito único de reprodução, mediante a manufatura de cópias de suas gravações em discos ou cilindros e, posteriormente, em outros países”. LOSSO, 2008. *Op. cit.* p. 38.

³⁴⁰ COSTA NETTO, José Carlos. *O regime jurídico da proibição da cessão de direitos autorais decorrentes da prestação de serviços profissionais*. In: *Revista de Direito Autoral*. v. II, nº IV. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 29.

Sobre essa proibição do artigo 13, José de Oliveira ASCENSÃO afirma que a transmissão do direito patrimonial de autor também deveria ser proibida por lei. Assim, o referido artigo representa a consagração parcial desse entendimento, por excluir o sujeito da proteção autoral. Assim leciona:

“É um fato, em qualquer caso, que a cessão total de direitos dos artistas está excluída. O que cria uma anomalia, uma vez que não se compreende que se exclua a cessão total do direito do artista e se admita do autor³⁴¹.”

A proibição da cessão de direitos disciplinou a utilização de maneira que ficasse realmente protegido o artista em face de seu empregador. Trata-se do dirigismo contratual, ou seja, a atuação do Estado a fim de impedir que, em nome da igualdade meramente jurídica, a parte economicamente mais fraca contrate em desfavor de seus interesses³⁴².

Conforme destaca José Carlos COSTA NETTO, em 1980 foi argüida a inconstitucionalidade da regra de vedação à cessão de direitos autorais. Por unanimidade tal pretensão foi afastada. Na fundação de seu voto, o Ministro Moreira Alves, autor do projeto que resultou na Lei autoral de 1973, expôs que não se retirou o direito exclusivo de utilização da obra ou da representação. Consignou o Ministro:

“A limitação necessária a essa disciplina, a qual visa exatamente permitir o exato cumprimento da garantia constitucional (que sem ela, seria ilusória, pela desigualdade econômica entre as partes contratantes), não viola, evidentemente, a garantia que, por meio dela, efetivamente se assegura”³⁴³.

A tutela jurídica dos autores, por via da proibição da cessão de direitos, não está prevista na legislação autoral brasileira, que, ao contrário, prevê que os direitos patrimoniais possam ser transferidos total e definitivamente. Demonstrada a

³⁴¹ ASCENSÃO, 1997. *Op. cit.* p. 294.

³⁴² COSTA NETTO, 2006. *Op. cit.* p. 31-32.

³⁴³ *Ibid.* p. 31.

insuficiência legislativa e os percalços que dela decorrem, resta apresentar contribuição no sentido de melhorar o contrato na obra musical. Nesse sentido, a doutrina posiciona-se favoravelmente ao “contrato de concessão”, como modalidade ideal para regular a utilização das obras musicais pelas empresas da indústria musical.

Por meio do contrato de concessão, o autor autoriza o concessionário a praticar atos que lhe são exclusivos. Essa modalidade de contrato transfere ao beneficiário a faculdade de utilizar a obra intelectual com fins econômicos. Conforme expõe Ana CARDOSO, a concessão consiste na autorização prévia e temporária de uma forma de utilização. A remuneração do autor é ligada ao êxito da exploração econômica da obra, ao contrário da cessão, que requer a transferência de direitos e a sub-rogação do adquirente no direito do cedente³⁴⁴.

Objetivando delinear caminhos que possam conduzir o relacionamento contratual entre autores e empresas de publicação a patamares equitativos, deve-se fazer uso da concessão, onde o autor autoriza a empresa a praticar atos que lhe são exclusivos, sem ter que, para isso, ceder total e definitivamente seus direitos. Ana Gertrudes Gonçalves CARDOSO assim afirma:

“Essa modalidade negocial transfere ao seu beneficiário a faculdade de utilizar a obra intelectual, publicamente e com fins econômicos. Nela existe uma autorização prévia e temporária de uma forma de utilização. O pagamento ao autor é concorrente e ligado ao êxito do empreendimento da utilização da obra, diferentemente da cessão, que requer a transferência de direitos e a sub-rogação do adquirente no direito do cedente”³⁴⁵.

Torna-se claro que o contrato de concessão representa o meio mais apropriado para regular as relações jurídicas entre autores e empresas de publicação. Proporciona ao autor maior noção do que se está negociando, evitando, com maior eficácia, cláusulas lesivas. Portanto, a regra deve ser a concessão ou

³⁴⁴ CARDOSO, Ana Gertrudes Gonçalves. *Direitos autorais: os negócios que envolvem o direito do autor – a necessidade da proteção à criação intelectual*. In: Revista da Escola de Direito, nº 6 (1). Pelotas. jan./dez. 2005. p. 321.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 321.

com maior eficácia, cláusulas lesivas. Portanto, a regra deve ser a concessão ou autorização para exploração econômica da obra. Isso não prejudica em nada os trabalhos de fixação, reprodução e distribuição, até porque os meios de comunicação atuais, não só permitem, como exigem uma comunicação constante entre as partes, o que possibilita ao autor poder participar efetivamente das autorizações sobre a utilização de suas obras.

CONCLUSÕES

A relevância do tema estudado decorre da importância que assume o Direito de Autor no contexto de uma leitura crítica e atualizada, estruturando sua adequação aos valores intrínsecos da norma fundamental e aos novos preceitos da legislação civil.

O advento das novas tecnologias e a utilização de obras musicais impõe uma importância estratégica da proteção autoral. Contudo, a preocupação da maioria dos estudiosos, corporações privadas e Governos, focaram-se no combate à pirataria ou no enquadramento das novas formas de utilização.

A doutrina colacionada ao longo do trabalho demonstra que não há dúvidas quanto à necessidade de uma retribuição equitativa ao autor, e sua importância para o desenvolvimento e preservação do patrimônio cultural. Uma vez que a relação contratual é desequilibrada, pode-se afirmar que o contrato não está cumprindo sua função social.

Em termos de retribuição econômica aos autores, pode-se dizer que a proteção autoral atual é maior que já existiu, muito embora haja muito ainda por se fazer nesse aspecto. Ora, se houvesse na legislação autoral brasileira determinação legal de uma percentagem mínima sobre o preço da obra, a exemplo do que dispõe a legislação desportiva ao tratar do Direito de Arena, cláusulas abusivas, que pagam como retribuição ao autor uma percentagem ínfima sobre os valores arrecadados com a distribuição, seriam evitadas.

Ainda que ausente, na legislação autoral brasileira, disposições no sentido de prever um percentual mínimo, deixando a prática contratual aos ditames do mercado, a leitura do Direito Civil e do Direito de Autor conforme a Constituição Federal permite a análise dos contratos à luz da norma fundamental e dos novos

princípios contratuais. Decorre daí uma alternativa capaz de corrigir os desequilíbrios, sempre indesejados.

O controle judicial do conteúdo dos contratos autorais realiza-se no âmbito das cláusulas contratuais desrazoáveis ou injustas. Assim, contratos com cláusulas inadequadas, provocam o dano autoral e responsabilidade civil, ou seja, dever de indenizar. Esses contratos estão sujeitos a ações de revisão contratual.

Nesse sentido, a teoria da lesão, resultado do movimento ininterrupto de modernização e adaptação do sistema jurídico, refletindo a intenção do legislador de oferecer à sociedade instrumentos capazes de harmonizar as relações contratuais, mostra-se como uma alternativa para o re-equilíbrio do contrato e a composição do dano autoral, assim como as teorias da imprevisão e da base negocial, que fornecem diferentes subsídios para as hipóteses de revisão contratual.

A revisão judicial dos contratos tem por objetivo primeiro a readequação aos parâmetros ditados pela lei, visando garantir a justiça da contratação entre as partes. A atividade jurisdicional não poderá vir despida das regras e princípios de hermenêutica jurídica aplicáveis à interpretação das relações contratuais. Assim, o contrato deverá ser interpretado dentro de seu contexto, das circunstâncias que permitiram sua formação e dos próprios pressupostos que determinaram a declaração jurídico-negocial nele contida.

A função social do contrato, de acordo com a visão do legislador atual, evidencia-se, a partir do momento em que o contrato passa a ser visto como um instrumento de cooperação entre os indivíduos para circulação de direitos e riquezas, especialmente em uma economia de mercado. Portanto, a revisão judicial encontra limites na função social que esse instrumento possui, traduzida na garantia de direitos iguais às partes contratantes e segurança às relações jurídicas.

Deve-se pensar em Direito de Autor no sentido de se chegar à plena harmonização entre Direito e vida social, buscando um complexo normativo que proteja não somente os titulares de direitos de autor, mas o autor em si, titular originário e sujeito primígeno da proteção autoral. A orientação básica do Direito de Autor deve ser a efetiva proteção aos autores, catalizando a difusão da cultura e promovendo o aperfeiçoamento intelectual dos seres e a integração e desenvolvimento das nações.

Conclui-se, portanto, que a legislação autoral deve ser atualizada e o contrato na obra musical deve ser adequado aos novos princípios contratuais. A proteção aos direitos de autor, seja por meio da garantia, defesa ou da reparação devida frente às ameaças ou lesões sofridas deve ser o princípio básico.

O contrato de concessão constitui a via mais apropriada para regular as relações jurídicas entre autores e empresas de publicação. Além de proporcionar ao autor maior noção do que se está negociando, evita, com maior eficácia, cláusulas abusivas. Portanto, no caminho que conduz o relacionamento contratual entre autores e empresas de publicação a patamares eqüitativos, deve-se fazer uso da concessão, onde o autor autoriza a empresa a praticar atos que lhe são exclusivos, sem ter que, para isso, ceder total e definitivamente seus direitos.

Além do contrato de concessão, como meio de prevenir desequilíbrios contratuais e o dano autoral, a atualização da legislação é outro importante meio de regulação. Além dos assuntos em pauta, cópia privada e prazo de proteção dos direitos de autor, o ponto principal a ser dirimido é a definição de um percentual mínimo de remuneração ao autor pela utilização da obra fruto da sua criação.

Conforme visto, primar pelo equilíbrio contratual significa evitar que sucesso do autor da obra musical possa ser revertido em lesão e sentimento de injustiça. Seria assim, o triunfo da norma constitucional e dos novos princípios

contratuais na regência dos contratos entre autores e empresas de publicação. Eis os reflexos da nova legislação civil na tutela jurídica dos direitos de autor.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Yachou. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979.

AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de [Coord.]. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ARISTI, Rafael Sanches. *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. 2ª edición. Granada: Editorial Comares, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito intelectual em metamorfose*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 4. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 03-24.

_____. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral. Ano I, nº 1. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. N. 25. Brasília: abr./jun. 2004. p. 59-69.

_____. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI nº 59. jul./ago. de 2002.

_____. *As novas tecnologias e os direitos de exploração das obras intelectuais*. In: Revista da ABPI, nº 47, jul./ago. de 2000.

_____. *Direito autoral*. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra, 1992.

AVANCINI, Helena Braga. *Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação*. In: Revista da ABPI nº 78. set./out. de 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BALL, Horace G. *The law of copyright and literary property*. Albani, NY: Banks and Co/Matthew Bender & CO. 1944.

BARBOSA, Fábio. *A eficácia do Direito Autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral*. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 356-435.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIERWAGEN, Mônica Yashizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no código civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

_____. *O direito de autor nos limiares do século XXI*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. V. 31. n. 122. p. 33-40. abr./jun. 1994.

_____. *Autonomia científica do direito de autor*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 89, p. 87-98. jan./dez. 1994.

_____. *Verbete – Obra*. Enciclopédia Saraiva do Direito. V. 55.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3 ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais*. Brasília: Secretaria especial de editoração e publicação do Senado Federal, 1999. p. 51.

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

BRAGA, Glória. *O direito de execução pública musical e as novas tecnologias*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 19-29.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais – comentários*. 4 ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CAMELIER, Alberto. *Efeito Repristinatório e o veto presidencial ao artigo 111 da nova lei de direitos autorais*. In: Revista da ABPI, nº 30 set./out. de 2007. P. 50-52.

CARBONI, Guilherme C. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. (Origem do livro: Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Orientadora: Professora Associada Doutora Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida).

CARDOSO, Ana Gertrudes Gonçalves. *Direitos autorais: os negócios que envolvem o direito do autor*. In: Rev. Esc. Direito. 6 (1). Pelotas: jan./dez. 2005. p. 301-330.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *A doutrina do “fair use” nos EUA*. In: Revista da ABPI nº 77. jul./ago. 2005.

CHAVES, Antonio. *Direitos conexos: atualizado de acordo com a nova lei de direitos autorais*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Obras literárias e musicais (Contrato de Edição)*. São Paulo: Julex Livros, 1988.

_____. *Direitos e deveres do autor e do editor na obra literária*. In: Revista de informação legislativa. Brasília, a. 16, n. 63. jul./set. 1979. p. 143-154.

_____. *Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão*. Tese apresentada para provimento de Cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1952.

_____. *Domínio público em matéria de direito de autor*. Revista Forense, v. 273.

CHEDIAK, Almir. *Harmonia & improvisação*. 7º Ed. rev. Rio de Janeiro: Lumiar Editora, 1986.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Futebol, arte e direito de arena*. In: PIMENTA, Eduardo Salles [Coord]. *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 335-340.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. V. 14. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

COSTA NETTO, José Carlos. *Critérios de reparação em violações de direito autoral*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. *O regime jurídico da proibição da cessão de direitos autorais decorrentes da prestação de serviços profissionais*. In: Revista de Direito Autoral. v. II, nº IV. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

_____. *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

_____. *Os direitos de autor e os que lhes são conexos na obra musical*. Dissertação (mestrado) apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1984.

CUNHA, Luiz Antonio. *A universidade tempora: o ensino superior da colônia à era Vargas*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1986.

DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 19-171.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9 ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'OCK, Marie-Claude. *Contribution Historique a l'étude des droits d'auteur*. Paris: Pichon et R. Durand-Auzias, 1963.

DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. *Princípios contratuais e reflexividade sistêmica: boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato*. In: SILVA FILHO, José Carlos;

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. *A relevância da prova pericial na área da propriedade intelectual: casos concretos*. In: Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2003.

FIUZA, César. *Aplicação da cláusula "rebus sic stantibus" aos contratos aleatórios*. In: Revista de Informação Legislativa. a. 36, n. 144. Brasília: out/dez. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_144/r144-01.PDF> Acesso em 18 de dezembro de 2008.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. *Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial – uma visão jurídica*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 85-100.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Reflexões sobre a Lesão*. In: Transformações Gerais do Direito das Obrigações. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A caracterização do dever de indenizar por violação à propriedade intelectual*. In: Revista da ABPI nº 67. nov./dez/ 2003.

GUEIROS JR., Nehemias. *Direito autoral no show business – A música*. Rio de Janeiro: Ed. Gryphus, 1999.

HAMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3 ed. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2002.

_____. *O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V. 23. n. 58. p. 63-72. maio/ago. 1990.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A função social do contrato*. In: *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e Pareceres de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem*. In: Revista Forense. v. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *A doutrina do "fair use" delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante*. In: Revista de Direito Autoral, v.II, nº 04. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

LINS, Bruna Rego. O prazo prescricional nas ações relativas à violação de Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 33.

LISBOA, Roberto Senise. *Princípios gerais dos contratos*. RT, 745. nov. 1997. p. 27-40.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de [Coord.]. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPEZ, Marisela Gonzales. *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1993.

LOSSO, Fabio Malina. Os direitos autorais no mercado da música. Tese apresentada ao programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 52.

LOUTFI, Mohamed-Hossam. *O ensino do Direito de Autor no Egito*. In: Estudos Jurídicos. V. 20. nº 49. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1987. p. 47-52.

MAEDA, Bruno Carneiro. *A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *A evolução principiológica dos contratos*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 24. jan./mar./ 2004. p. 62-66.

MANSO, Eduardo Vieira. *Violações aos direitos morais*. In: NAZO, Georgete N. *A tutela jurídica do Direito de Autor* [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 01-17.

_____. *Contratos de Direito Autoral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

MARANDOLA, Marco. *Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*. Derecho de Autor, S.L.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTIA, Fabio Maria de. *Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII*. In: Revista de informação legislativa. Brasília, a. 16, n. 63. jul./set. 1979.

_____. *O autor e o editor na obra gráfica: direitos e deveres*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MENESES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. 2 volumes. Coimbra: Almedina, 1984.

MILEO, Bruno Alberto Paracampo; SOARES, Gysele Amanajás. *A cultura tradicional e o direito autoral*. In: Revista da ABPI, nº 76. mai./jun. de 2005. p. 61-69.

MORATO, Antonio Carlos; SALLES, Fernanda Mazzafera. *O direito de autor na obra musical*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. V. 6, nº 12, p. 123-46. jul/dez. 2003.

MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral*. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 237-353.

MÜLLER, Eugélio Luiz. *As cláusulas gerais do novo código civil e sua influência no direito autoral: uma breve análise*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 4. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de [Coord.]. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NAZO, Georgete N. *A tutela jurídica do Direito de Autor* [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Estudos ao Ministério da cultura*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br>>. Último acesso em 05 janeiro de 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 3 ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Lesão nos contratos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

RECHT, Pierre. *Lê droit d'auteur: une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. V.3. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1998.

SÁ, Almeno de. "*Liberdade no Direito de Autor: a caminho das condições gerais do contrato*". In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra. n. 70. p. 407-32. 1994.

SANTIAGO, Vanisa. *O direito de autor e o direito de remuneração*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 101-105.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese de doutorado apresentado ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008

SILVEIRA, Newton. *Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a lei nº 9.610/98*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 03-18.

_____. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito de autor no desenho industrial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Carlos Fernando Matias de. *O direito de autor: um direito de propriedade?* In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17. p. 105-12. jul./dez. 1999.

_____. *Direito autoral: legislação básica*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.

STEWART, Stephen M. *International Copyright and neighbouring Rights*. Londres: Buttersworths, 1983.

STOCO, Rui. *O novo código civil, estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Ltr, 2002.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil-constitucional*. In : Revista de Direito Civil, nº 65, São Paulo, 1992.

THEODORO JR., Humberto. *Contratos*. In: Doutrina 4. Coord. James Tubenchlak, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003

VERA, Miguel Angel Encabo. *Las obligaciones del editor musical*. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Réus, 2002.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 173-236.

WALD, Arnold. *Um novo direito para uma nova economia*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 12:47, jul./ago. 2001.

_____. *Obrigações e contratos*. 8 ed. ver. e atual. Com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Páginas na Internet

Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – www.abpi.org.br

Associação Brasileira de Direito Autoral – www.abdabrasil.org.br

Gabinete de Direito de Autor – www.gda.pt

Organização Mundial da Propriedade Intelectual – www.OMPI.int

Instituto Interamericano de Direito de Autor – www.iidautor.com

Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – www.ibpi.org.br

Ministério da Cultura – www.cultura.gov.br