

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Célio Marcos Lopes Machado

**DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL: POLÊMICAS EM RELAÇÃO À
ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
(ECAD) - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM BUSCA DE
SOLUÇÕES SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

Belo Horizonte

2024

Célio Marcos Lopes Machado

**DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL: POLÊMICAS EM RELAÇÃO À
ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
(ECAD) - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM BUSCA DE
SOLUÇÕES SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães.

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M149d Machado, Célio Marcos Lopes
Direitos autorais no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD): análise de casos concretos em busca de soluções sob a ótica da análise econômica do Direito / Célio Marcos Lopes Machado. Belo Horizonte, 2024.
217 f. : il.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. ECAD (Organização). 2. Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas. 3. Direito autoral - Jurisprudência - Brasil. 4. Música - Reprodução - Brasil. 5. Música - Aspectos jurídicos - Brasil. 6. Propriedade intelectual - Proteção. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.78

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Célio Marcos Lopes Machado

**DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL: POLÊMICAS EM RELAÇÃO À
ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
(ECAD) - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM BUSCA DE
SOLUÇÕES SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas

Prof. Dr. Leonardo Macedo Polli - PUC Minas

Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos – FUMEC

Prof. Dr. Aluer Baptista Freire Júnior - FADILESTE

Prof. Dr. Roberto Henrique Porto Nogueira - UFOP

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2024.

Dedico este trabalho à minha esposa pelo apoio incondicional, pelo companheirismo e compreensão pela minha ausência durante o período das aulas, dos estudos e de feitura da tese. Às minhas filhas pela doçura, encantamento e por trazerem leveza nos nossos dias. À minha mãe e ao meu pai (que lá de cima vibra conosco agora), meus maiores exemplos, pelos ensinamentos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
2 DO DIREITO AUTORAL	13
2.1 Origem do Direito Autoral.....	13
2.2 Convenção de Berna e os direitos do autor	17
2.3 O direito autoral no ordenamento jurídico pátrio	20
2.4 Princípios atinentes aos direitos autorais.....	31
2.4.1 Princípio da Liberdade de Associação.....	34
2.4.2 Acesso à cultura.....	40
2.4.3 Princípio da Pessoalidade.....	43
2.4.4 Princípio da Proteção.....	44
2.4.5 Princípio da fiscalização	46
2.4.6 Do Princípio da Funcionalização e da Função Social da Propriedade	48
2.5 Direitos autorais e conteúdo patrimonial: O ECAD e a proteção titular de “patrimônio” autoral.....	54
2.6 Direitos autorais e conteúdo moral	61
3 SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DOS BENS INTELECTUAIS DO ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD)	65
3.1 A importância do ECAD na proteção de promoção dos direitos autorais no Brasil.....	65
3.2 O ECAD e a fiscalização do Direito Autoral	67
3.3 Normas regulamentares do ECAD: a execução pública e a fixação dos critérios para cálculo dos direitos autorais.....	70
3.3.1.A cobrança do ECAD e o abuso do direito	76
3.3.2 Regra dos Três Passos	86
3.3.3. As regras do <i>fair use</i>	92

4 - O ECAD NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	100
4.1 O ECAD na jurisprudência do TJMG	100
4.2 O ECAD na jurisprudência de outros tribunais brasileiros.....	104
4.3 O ECAD na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	113
4.4 Do tema n. 1066 do STJ: da cobrança de direitos autorais pelo ECAD por músicas em hotéis ou afins	118
4.5 Impactos do <i>streaming</i> no Direito Autoral	125
5 1ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AUTORAL: eficácia econômica da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 12.853/13).....	146
5.1 Análise Econômica do Direito: Instrumento para o desenvolvimento econômico.....	146
5.2 Principais falhas de mercado.....	160
5.2.1 Bens públicos.....	163
5.2.2 Competição imperfeita.....	165
5.2.3 Externalidades	170
5.2.4 Assimetria de informações.....	175
5.2.5 Monopólios naturais	180
5.2.6 Dos <i>Free Riders</i> ou <i>Caronas</i>	182
6 SOLUÇÃO DO PROBLEMA.....	187
6.1 O problema do carona na atuação do ECAD.....	187
6.2 O combate ao <i>free rider</i> através do Judiciário.....	190
6.3 O problema do monopólio do ECAD nos interesses dos agentes.....	191
6.4 O problema do <i>free rider</i> na legislação de direitos autorais norte americana.....	193
7 CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	197
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	203

RESUMO

O trabalho busca analisar a eficiência econômica da Lei de Direitos Autorais 12.853/13, em relação à arrecadação e distribuição destes direitos aplicados à música no Brasil, em virtude da atuação monopolista do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. A Lei nº 12.853/2013 traz uma mudança significativa, com a supervisão do Ministério da Cultura, porém, ainda assim, verifica-se uma grande resistência desse órgão para se render às novas tecnologias. A problematização gira em torno, principalmente, pelo fato de o ECAD ainda aparecer como órgão que monopoliza e centraliza toda a arrecadação, administração e supervisão. Afinal, o Brasil é um dos poucos países no mundo que não têm nenhum tipo de fiscalização sobre a arrecadação de direitos autorais. A tributação do ECAD tem dividido opiniões e tem gerado polêmica e muita discussão nos tribunais. Inicia-se o trabalho esclarecendo a origem do Direito Autoral, a partir do estudo de autores contemporâneos, com o intuito de melhor compreender o tema objeto deste estudo. Em seguida, analisa-se a Convenção de Berna com o propósito de proteção das obras literárias e artísticas nos diversos campos. Passa-se à inquirição dos princípios atinentes ao Direito Autoral. Adentra-se nas peculiaridades do instituto e após, discute-se a importância do ECAD na proteção e promoção dos direitos autorais no Brasil. Convém tratar ainda do sistema de arrecadação dos bens intelectuais do ECAD e das Normas Regulamentares do ECAD, bem como da fiscalização do Direito Autoral, que devem ser analisadas a partir do conceito de eficiência econômica. Por fim, serão perquiridas decisões recentes nos tribunais brasileiros, atinentes à cobrança do ECAD, destacando o Tema 1.066 do STJ, a cobrança de direitos autorais em academias, os impactos do *streaming* nos direitos autorais, dentre outros. Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise doutrinária e jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica. Proceder-se-á ao levantamento e análise de algumas decisões dos tribunais estaduais e superiores. O objetivo do estudo não é exaurir o debate sobre o tema, mas oferecer uma contribuição à pesquisa jurídica, a fim de motivar trabalhos futuros.

PALAVRAS-CHAVE: Atuação ECAD; AED; falhas de mercado; Tribunais Superiores

ABSTRACT

This work seeks to analyze the economic efficiency of Copyright Law 12.853/13 regarding the collection and distribution of these rights applied to music in Brazil, due to the monopolistic conduct of the Central Bureau for Collection and Distribution (ECAD). Law 12.853/13 brings a significant change through supervision by the Ministry of Culture, but even so, the agency presents great resistance to surrendering to new technologies. The problematization mainly revolves around the fact that ECAD still presents itself as an agency that monopolizes and centralizes all collection, administration, and supervision. After all, Brazil is one of the few countries in the world that has no type of surveillance over copyright collection. ECAD taxation has divided opinions, sparked controversy, and generated discussion in courts. This work begins by clarifying the origins of Copyright through the study of contemporary authors, with the purpose of better understanding the subject. Then, the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works is analyzed. Following that, the principles of Copyright are examined delving into the peculiarities of the subject, and afterward it is discussed the importance of ECAD in the protection and promotion of Copyright in Brazil. It is also important to deal with ECAD's intellectual goods collection system and regulatory standards, as well as the surveillance of Copyright which should be analyzed according to the concept of economic efficiency. Finally, recent rulings of Brazilian courts regarding ECAD charges will be analyzed, with emphasis being placed on Theme 1.066 of the Superior Court of Justice (Tema 1.066, do STJ), the charging of Copyright in academia, the impacts of streaming on Copyright, among others. This research will employ an exploratory, qualitative methodology, with doctrinal and jurisprudential analysis, combined with a bibliographical review. Rulings of state and higher courts will be collected and analyzed. The objective of this study is not to exhaust the discussion about the topic but to offer a contribution to legal research to motivate future works.

KEYWORDS: *ECAD Conduct; Law and Economics; market failures; higher courts.*

LISTA DE ABREVIATURAS

ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes
ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual
ACAERT - Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED – Análise Econômica do Direito
AELBRA – Associação Educacional Luterana do Brasil
AESP – Associação de Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo
AMARSOMBRAS – Associação de músicos, Arranjadores e Regentes – Sociedade Musical Brasileira
AMIRT – Associação Mineira de Rádio e Televisão
ASSIM – Associação de Intérpretes e Músicos
CADE – Conselho Nacional de Defesa da Concorrência
CC – Código Civil
CCCULT – Comissão de Cultura
CF – Constituição Federal
CISAC – Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores
CNDA – Conselho Nacional de Direitos Autorais
ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
EDA – Escritório de Direitos Autorais
ENAP – Escola Nacional de Administração
ILDC – Instituto Latino de Direito e Cultura
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual
LDA – Lei de Direitos Autorais
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU – Organização das Nações Unidas
REsp – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música
SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais
SISBACEM - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música
SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
UBC – União Brasileira de Compositores
UDA – Unidade de Direito Autoral

INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos termos da Lei de Direitos Autorais, a simples disponibilização da transmissão de ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio ou cabo dependem de autorização e, consequentemente, tornam exigíveis os direitos autorais.

A teor da Súmula nº 63 do Superior Tribunal de Justiça: são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.

O Superior Tribunal de Justiça afetou, em 06/10/2020, os Recursos Especiais 1.870.771/SP, 1.880.121/SP e 1.873.611/SP, como representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1.066, no qual se discute a “*possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, de direitos autorais por utilização de obras musicais e audiovisuais em quarto de hotel, de motel e afins*”.

Diante da determinação de suspensão em âmbito nacional de todos os processos que versem sobre a questão afetada, alguns tribunais têm determinado o sobrestamento dos autos até o pronunciamento definitivo da Corte Superior, consoante o disposto no artigo 1.030, III, do Código de Processo Civil.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) é o responsável pela gestão coletiva dos direitos autorais. Configura uma sociedade civil, pessoa jurídica de direito privado, portanto, instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais Brasileira – 9.610/98.

A Lei nº 12.853/2013 traz uma mudança significativa, com a supervisão do Ministério da Cultura, porém, ainda assim, verifica-se uma grande resistência desse órgão para se render às novas tecnologias.

O ECAD ainda aparece como órgão que monopoliza e centraliza toda a arrecadação, administração e supervisão.

O Brasil é um dos poucos países no mundo que não têm nenhum tipo de fiscalização sobre a arrecadação de direitos autorais.

De acordo com o Relatório Anual do ECAD (ano 2023), em 2023, mais de 323 mil titulares e associações foram contemplados com rendimentos em direitos autorais de execução pública. A distribuição total foi de R\$ 1,3 bilhão, o que representa um crescimento de mais de 12% em comparação com o que foi distribuído em 2022.

No REsp 1.870.771, o ECAD pediu a reforma de acórdão do TJ/SP que não admitiu a cobrança de direitos autorais de empresa hoteleira em decorrência da sonorização ambiental dos aposentos.

A cobrança do ECAD tem dividido opiniões e tem gerado polêmica e muita discussão nos tribunais: a rede de hotelaria sustenta ser injusto os motivos da arrecadação, porquanto os quartos podem ser considerados locais de frequência individual. Ademais, o rádio, a televisão e as plataformas de *streamings* já pagam tributo ao ECAD, além de que os hotéis também pagam os direitos autorais das músicas que são disponibilizadas em locais de frequência coletiva, como bares e restaurantes.

Inicia-se o trabalho esclarecendo a origem do Direito Autoral, a partir da análise de autores contemporâneos, com o intuito de melhor compreender o tema objeto deste estudo.

Em seguida, analisa-se a Convenção de Berna e os direitos do autor, com o propósito de proteção das obras literárias e artísticas nos diversos campos.

Passa-se à inquirição dos princípios atinentes ao Direito Autoral. Afinal, a adequada compreensão dos conteúdos jurídicos dos princípios informadores das políticas dos direitos autorais é relevante para apreciação do tema, inclusive a investigação de como tais princípios têm sido utilizados na contribuição das deliberações das inúmeras decisões judiciais sobre o tema.

Adentra-se nas peculiaridades dos Direitos Autorais x conteúdo patrimonial e Direitos Autorais x conteúdo moral.

Após, discute-se a importância do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) na proteção e promoção dos direitos autorais no Brasil.

Convém tratar ainda do sistema de arrecadação dos bens intelectuais do ECAD e das Normas Regulamentares do ECAD, bem como da fiscalização do Direito Autoral, que devem ser analisadas a partir do conceito de eficiência econômica.

Serão discutidas questões atuais, ou seja, debates relevantes (o ECAD na jurisprudência de alguns tribunais pátrios – análise de casos concretos), destacando o Tema 1.066 do Superior Tribunal de Justiça (cobrança de direitos autorais pelo ECAD por músicas em hotéis ou afins), cobrança de direitos autorais em academias e impactos do *streaming* nos direitos autorais.

A questão carece de acurada análise, pois o ECAD ainda aparece como órgão que monopoliza e centraliza toda a arrecadação, administração e supervisão e como não existe no Brasil qualquer entidade que fiscalize a arrecadação dos direitos autorais, há por parte daquele órgão apenas apresentação de balanços anuais, sem maiores detalhes.

O presente trabalho, através de pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais, se propõe a analisar a atuação do ECAD na cobrança pela utilização de obras musicais, dando enfoque, principalmente, a partir de análise de casos concretos nos Tribunais Estaduais e Superiores Brasileiros, sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

O marco teórico é histórico, traçando a evolução da atuação do ECAD sob a ótica da Análise Econômica do Direito ou “*Law and Economics*”, fazendo uso principalmente das obras de Richard Posner, José de Oliveira Ascensão, Denis Borges Barbosa e Victor Drumond. Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise doutrinária e jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

Proceder-se-á ao levantamento e análise de algumas decisões dos tribunais estaduais e superiores.

Analisar-se-ão as principais falhas de mercado, que afetam o equilíbrio entre preço e demanda da concorrência perfeita: a) bens públicos; b) competição imperfeita; c) externalidades; d) assimetria de informação; e e) monopólios naturais.

Ver-se-á que a decisão de um agente econômico pode gerar indiretamente efeitos positivos ou negativos no bem-estar de um terceiro.

Demonstrar-se-á que o problema do “carona”, comumente visto com bens públicos (bens com benefícios não excludentes, pois é impossível evitar que outros consumidores consumam o bem ou serviço), é um conceito econômico de uma economia de mercado. Havendo vários caronas, os recursos, os bens ou os serviços podem se tornar insuficientes.

Através do estudo empírico dos julgamentos dos Tribunais Estaduais e Superiores analisar-se-á o impacto da cobrança do ECAD referente aos direitos autorais na indústria da música, nas redes de hotelaria, academias e similares. Tal tributação divide opiniões. Importante analisar os impactos do *streaming* nos direitos autorais. Com o levantamento e análise de cada voto, buscar-se-ão soluções sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

O objetivo do estudo é oferecer uma contribuição à pesquisa jurídica, a fim de motivar trabalhos futuros.

2 . DO DIREITO AUTORAL

Este capítulo tratará da origem do direito autoral, bem como do direito autoral no ordenamento jurídico pátrio, traçando seus princípios e peculiaridades, seus conteúdos moral e patrimonial, além de discorrer sobre a Convenção de Berna e os direitos do autor. Nessa perspectiva, a tese é pensada em um estudo jurídico-histórico, mediante busca do estado da arte sobre a temática.

2.1 Origem do Direito Autoral.

O direito autoral é considerado em outros países europeus apenas como um direito e não como bem, porém esse enquadramento como direito não afasta a divisão entre direito patrimonial e moral, como na Alemanha (*Urheberrecht*), na Itália (*diritto d'autore*) e na França (*droit d'auteur*).

A previsão jurídica sistematizada dos direitos do autor é algo bastante recente na civilização ocidental. Apesar disso, não se pode dizer que a tutela das criações intelectuais, na história do Direito, foi simplesmente ignorada, passando a ser regulamentada apenas a partir dos decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793. (ZANINI, 2012, p. 211)

O nascimento do Direito de Autor (*droit d'auteur*) com os decretos revolucionários outorgou, em um primeiro momento, proteção apenas aos aspectos patrimoniais. Somente no decorrer do século XIX, com a afirmação da dimensão jusnaturalista e personalista do Direito de Autor, é que os direitos da personalidade do autor (direitos morais) foram sendo paulatinamente reconhecidos. (LUCAS; LUCAS, 2006, p. 12)

Como se sabe, a arte e a literatura eram inicialmente reproduzidas apenas de forma manual, o que muito limitava a atividade cultural, já que seu custo era altíssimo e o montante produzido bastante reduzido. Os livros, nesse contexto, eram reproduzidos em forma manuscrita e ainda enfrentavam a problemática da escassez das pessoas alfabetizadas em condições de adquiri-los. Tudo isso, conduzia à inexistência de um interesse jurídico específico a proteger. (LIPSZYC, 1993, p. 29)

O Direito Romano protegia os aspectos morais de autor através da *actio injuriarum*, era a chamada ação injuriosa que ofendia a honra e a boa reputação de alguém.

O direito autoral formalizou-se a partir da imprensa, todavia, era respeitado, na Grécia e Roma antigas, sob o aspecto moral. O plágio, então considerado ação desonrosa e desleal, era

objeto de repúdio pela sociedade. Os autores romanos tiveram consciência de seus direitos sobre a obra realizada e chegaram a usufruir de benefícios pecuniários com a cópia das mesmas. Facilmente controlável, o delito era punido apenas com a sanção social. Durante a Idade Média, raramente ocorriam contrafações e estas, como o plágio, eram duramente condenadas pela opinião pública. (BUFREM; BREDÁ, 1987, p. 101)

Havia aplicação de penalidades nesses casos, abrangendo inclusive castigos físicos, como amputação de mãos, analogia do mesmo castigo aplicado aos ladrões.

A invenção da imprensa no século XV, indubitavelmente, configura o berço do direito autoral.

Gutenberg, ao inventar a impressão gráfica com tipos móveis na metade do século XV, possibilitou a capacidade de reprodução de um mesmo texto, produzindo livros em séries com custos mais baixos, consequentemente, perdeu-se a função do copista e nasceu a figura do editor.

A propósito, leciona Gandelman:

Com Gutenberg, que inventou a impressão gráfica com os tipos móveis (século XV), fixou-se de maneira definitiva a forma escrita, e as ideias e suas diversas expressões puderam finalmente, e aceleradamente, atingir divulgação em escala industrial. Aí, sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere à remuneração dos autores e do direito de reproduzir e de utilizar suas obras. Começa então a surgir também uma certa forma de censura, pois os privilégios em relação a assuntos autorais concedidos por alguns governantes (e por prazos determinados) estavam sujeitos a ser revogados, de acordo com os interesses dos próprios concedentes. Cumpre ainda assinalar que os privilégios, quase sempre, eram concedidos aos editores e não aos autores (GANDELMAN, 2007, p.26).

A primeira vez que se tem notícia da utilização do termo copyright data de 1701, na *Stationers Company* da Inglaterra, país que, mais tarde, em 1710, editou o que para muitos estudiosos seria o primeiro texto legal sobre o direito autoral, o chamado “Estatuto da Rainha Ana”. Os primeiros autores que receberam os referidos privilégios foram o escritor Reginald Wolf, para o conjunto de sua obra, e o professor Jean Palsgrave, por uma gramática da língua francesa.¹

Na realidade, a forma de regular o direito de reprodução de obras surgiu sob a forma de regime de privilégios.

Os privilégios estabeleciam um monopólio de exploração em favor de livreiros e impressores, normalmente por tempo determinado. Eram concedidos pelo governante e comumente objetivavam a gratificação de determinada pessoa em função de um trabalho ou ato

¹ Este sistema de privilégios não reconhecia direitos, mas sim, e quando muito, concedia licenças, abrangendo basicamente as obras passíveis de reprodução. (Disponível em <https://gespi.org/historia-do-direito-autoral> Acesso em 28 de dez. de 2023)

realizado. Ao lado do aspecto econômico ligado aos livreiros e impressores, também funcionavam como recurso político para o controle da difusão das doutrinas consideradas perigosas. (LIPSZYC, 1993, p. 30)

A primeira lei que garantia a proteção do direito individual sobre uma obra impressa foi realizada na Inglaterra em 10 de abril de 1710, conhecida como lei da Rainha Ana² ou *Copyright Act*, ou seja, Ato do Direito de Cópia. Esta lei destinou-se a proteger os editores contra a reprodução ilegal e sem autorização de seus impressos. Contudo, ainda não protegia os verdadeiros autores das produções intelectuais, configurando apenas como um privilégio de impressão. (JARDES, 2015, p. 2)

Eliane Abrão relata as inovações trazidas pelo *Copyright Act*:

a) transformou o direito de cópias dos livreiros (monopólio e censura) em um conceito de regulação comercial, mais voltado à promoção do conhecimento e à diminuição dos respectivos poderes (limitação no tempo, liberdade de cessão do copyright e controle de preços; b) criou o domínio público para a literatura (cada livro poderia ser explorado por 14 anos, podendo esse prazo ser prorrogado por uma única vez) acabando com a perpetuidade, porque, no velho sistema, toda a literatura pertencia a algum livreiro para sempre, e somente a literatura que se enquadrasse nos padrões censórios deles poderia ser impressa; c) permitiu que os autores depositassem livros em seu nome pessoal, tirando-os, por um lado, do anonimato e por outro criando a memória intelectual do país com a doação de livros às universidades e bibliotecas públicas. (ABRÃO, 2002, p. 30).

Assim, o fim dos privilégios se deu inicialmente na Inglaterra, com a promulgação em 1710 do Estatuto da Rainha Ana, considerado a primeira lei de copyright. A despeito do rompimento com o sistema anterior, é certo que o Estatuto não tinha como objetivo primordial o reconhecimento de direitos ao autor. Na realidade, buscava-se apenas a regulação do comércio de livros em um ambiente desprovido de monopólio e censura. Desse modo, mesmo se considerarmos os resultados posteriores decorrentes das disputas judiciais em torno do Estatuto, ainda assim estaremos apenas diante de uma legislação que marcou a transição entre o regime dos privilégios e as modernas leis de direitos autorais. (ZANINI, 2014, p. 22)

O autor intelectual passa a ter o seu verdadeiro direito autoral reconhecido e garantido com a Revolução Francesa, em 1789.

A proteção dos direitos morais de autor foi reconhecida internacionalmente com a revisão de Roma, em 1928. A inclusão desses direitos foi defendida por Piola Caselli, que destacou a

² O Estatuto da Rainha Ana regulava o comércio de livros e conferia uma maior proteção para a publicação da obra e não para a criação da obra. Todavia, é um marco histórico, pois configura a base para o nascimento do sistema de direitos autorais inglês o *copyright*.

existência dos direitos da personalidade do autor em relação a sua obra, particularmente o direito de reivindicar a paternidade e de se opor a toda modificação da obra que prejudique seus interesses morais. Naquela época, Caselli já estava preocupado com a enorme difusão de obras e com a vulgarização dos novos meios de comunicação e de expressão, o que decorria das novas invenções, que levavam à multiplicação de atentados contra a integridade das obras e dos interesses do autor (LIPSZYC, 1993, p. 641).

O modelo francês do *droit d'auteur* assegurava a figura do autor, reconhecendo a existência de dois feixes de direitos sob a égide do Direito Autoral – os direitos morais, vinculados aos direitos de personalidade, e os direitos patrimoniais, decorrentes da exploração da obra protegida.

O sistema europeu passou a ser conhecido como direito de autor, tutelando o criador da obra, contrapondo-se e, ao mesmo tempo, convivendo com o sistema anglo americano do *copyright*, cuja tutela se assenta na materialidade da obra. Quanto aos direitos morais de autor, sua tutela independia do privilégio concedido. (NIGRI, 2006, p.15).

Os sistemas do *copyright* (do inglês, “direito de cópia”) e do *droit d'auteur* (do francês, “direito do autor”) são formas diferentes de proteger os direitos do autor. Aquele está vinculado à dimensão material da obra do autor, enquanto este se volta à sua dimensão espiritual. Em outras palavras, o sistema do *copyright*, de influência angloamericana, protege os aspectos patrimoniais da obra, ao passo que o sistema do *droit d'auteur*, de tradição francesa, garante a proteção dos direitos morais do autor. Tem-se, respectivamente, as noções de *corpus mysticum*, que é a obra em sua ideia, e *corpus mechanicum*, que se expressa na obra em sua forma. (FACHIN, 2022, p. 247)

Na realidade, *copyright* faz referência a “todos os direitos reservados” e configura uma forma de proteção da propriedade intelectual a nível mundial, ou seja, garante os direitos patrimoniais, enquanto o *droit d'auteur* protege os direitos morais do autor.

Assim, enquanto em muitos países defende-se o *copyright*, ou seja, a obra em si mesma, a obra impressa, o Direito Autoral surge como uma proteção legal do autor, sob a premissa de que qualquer reprodução, distribuição ou alteração de uma obra intelectual devem ser aprovadas pelo autor com antecedência.

Registre-se que a lei brasileira contempla tanto o sistema do *copyright* (origem anglo-americana) quanto o sistema do *droit d'auteur* (origem francesa), pois assegura ao autor direitos morais e patrimoniais sobre a obra criada por ele (art. 22 da LDA).

Ao tratar do assunto, POSNER (2007, p. 83) exemplifica:

Outro ejemplo de la manera en que podría beneficiarse el tenedor de un copyright por una limitación de la protección del copyright es el de las representaciones públicas de una obra con copyright. Podría parecer obvio que el copyright de una canción grabada debiera extenderse a cualquier interpretación de la canción; por ejemplo, por un cantante en una fiesta de bodas, pero no es tan obvio en realidad. Si los invitados a la fiesta no han oído previamente la canción, es posible que su interpretación los lleve a comprar la grabación de esa canción. Por supuesto, el tenedor del copyright estaría en mejor situación si los invitados hicieran tal cosa y además si el huésped de la fiesta pagara una regalía por el derecho de interpretación. Pero, suponemos que, debido a que mucha de la música de las fiestas de bodas es del dominio público, el huésped no pagara ninguna regalía y simplemente dejara de interpretar la canción por el conocimiento que tiene de que hay severos castigos para los infractores del copyright; entonces el tenedor del copyright estaría en mejor situación si la protección del copyright no se extendiera a tales interpretaciones.

Já no campo específico dos direitos morais, em face do sistema *droit d'auteur*, também adotado pela LDA, o autor titulariza diversos direitos. Dentre os mais importantes, podem ser mencionados os seguintes: a) reivindicar para si a autoria da obra, direito que pode ser exercido a qualquer tempo; b) ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado na utilização da obra, deixando claro que é ele o seu autor; c) conservar a obra inédita, optando por publicá-la ou não; d) assegurar a integridade da obra, podendo ele opor-se a qualquer tipo de modificação ou prática de atos que, por qualquer forma, possa prejudicar a obra ou atingir o autor em sua reputação ou honra (art. 24, inciso I-IV). (FACHIN, 2022, p. 254-255)

Desse modo, além do direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, o autor pode reproduzir sua obra, colocando-a à disposição do público, na forma, local e pelo tempo que quiser, seja a título oneroso, seja a título gratuito.

2.2 Convenção de Berna e os Direitos do Autor.

A primeira minuta do que seria conhecido como ‘Convenção de Berna’ foi produzida por um congresso internacional realizado em Roma, em 1882, o qual contou com a participação da *Association Littéraire et Artistique Internationale*. (COSTA NETTO, 2008, p. 58).

Em 1886, em Berna – Suíça, aconteceu uma reunião gerida pelos países europeus, no intuito de regular a matéria de direitos autorais internacionalmente, objetivando a proteção de obras científicas, artísticas e literárias e seus respectivos autores.

No final do século XIX, vários Estados americanos assinaram o primeiro acordo multilateral sobre direitos autorais: a Convenção de Berna de 1886, que ainda está em vigor.

A Convenção de Berna é a primeira convenção internacional que regula as questões ligadas à proteção dos direitos do autor sobre obras literárias, artísticas e científicas e é considerado o tratado o mais importante do ponto de referência do Direito Autoral, do qual o Brasil é signatário desde 1913.

Sobre o tema, arrematam Paranaguá e Branco:

A convenção impôs verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos. Mas o que de fato impressiona é que, apesar das constantes adaptações que sofrem em razão de seu texto [...], a Convenção de Berna, passados mais de 120 anos de sua elaboração, continua a servir de matriz para a confecção das leis nacionais (entre as quais a brasileira) que irão, no âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na internet (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p. 17).

A referida Convenção constitui uma união de países que, por sua vez, através da Convenção de Estocolmo em 1967, formaram a OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que é uma das 16 agências especializadas da ONU – Organização das Nações Unidas e tem por propósito a promoção da proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo através da cooperação entre Estados. (ALVES, 2016, p. 46)

O texto também é chamado Convênio de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, teve sua última revisão em 1971, com emendas em 1979.

Em 1952, em Genebra, foi aprovado outro instrumento básico acerca do direito de autor, a Convenção Universal sobre Direito de Autor, com a adesão dos Estados Unidos e da extinta União Soviética.

Atualmente há 181 países signatários da Convenção de Berna, dentre eles, Brasil, Portugal, França, Espanha, Noruega, Itália, Estados Unidos, Reino Unido, Suíça, Japão e Alemanha.

O tratado afirma que, se o direito de autor existe num desses países, então este é válido também em todos os países que façam parte da Convenção de Berna.

O Brasil, em 04/01/1913, com a Lei nº 2.738, passou a integrar a convenção, tendo aderido também às revisões subsequentes, inclusive à de Paris, de 1971, promulgada pelo Decreto nº 75.699/1975.

São instrumentos internacionais básicos sobre direito de autor a Convenção de Berna e a Convenção Universal.

Os direitos conexos de autor são regulados pela Convenção de Roma de 1961.

A Convenção de BERNA, proveniente de legislações pós-Revolução Francesa, é sedimentada para a proteção da produção intelectual na sua dupla dimensão, os 28 direitos patrimoniais e os direitos morais. Associada com o *copyright*, que busca primariamente a tutela do lado patrimonial, esses dois sistemas dominam as normatizações jurídicas com relação aos direitos autorais. Nessa Convenção de Berna que também se acham os conceitos e conjuntos jurídicos, que dão o substrato para o atual sistema de direitos autorais adotado no Brasil. O arcabouço, o fundamento, os objetivos e a função dos direitos autorais estão todos presentes nessa convenção internacional. Destarte, a Convenção de Berna aplica as duas dimensões dos direitos autorais, tanto a moral quanto a patrimonial. O Brasil, como signatário, teria contraído essa dimensão moral por meio dessa Convenção, já que a Constituição Federal de 1988 teria disposto em caráter expresso e evidente apenas sobre a dimensão patrimonial; gerando discussões doutrinárias sobre se o art. 24 da LDA extrapolaria os limites constitucionais. (MESQUITA *et al*, 2021, p. 13)

A respeito, os ensinamentos de Deise Fabiana Lange:

Mencione-se também que, com o advento da Convenção de Berna, suprimiu-se a necessidade de qualquer formalidade para que o autor de uma obra intelectual receba a efetiva proteção do Direito Autoral. Basta tão somente o ato da criação. Isto equivale a dizer que não se exige qualquer espécie de registro ou depósito para que o autor tenha direitos autorais sobre sua obra. Tais providências serão tomadas apenas como presunção *juris tantum* que o autor seja o seu titular, e não, ato constitutivo de direito autoral. Esta foi uma importante conquista para a comunidade autorial, uma vez que soterrar o autor com formalidades somente iria prejudicar seu ânimo em criar inibiria sua produção. Nesse sentido são significativas as palavras de BRUNO JORGE HAMMES: ***Deixe o autor criar, ao invés de matá-lo com burocracia***" (LANGE, 1996, p. 65).

Desse modo, exigir do autor formalidades exacerbadas somente iria prejudicar sua criação e quiçá prejudicaria sua produção.

A legislação brasileira baseada na Convenção de Berna aplica o dualismo autorial:

O primeiro aspecto a ser observado é o direito de ordem moral, abrangendo a paternidade (autoria), o nome (designação dada à obra intelectual), a integridade (direito de veiculação da obra conforme aprouver ao autor), exclusividade (direito de uso da obra pelo autor ou por quem for outorgado para tal), o inédito (direito de manter a obra reservada para si, ou seja, não divulgada), retirada da circulação (assegurada pelo autor para alterações ou por motivo de foro íntimo), modificação e preservação da memória da obra estética, qualificando-se como direito personalíssimo. O segundo pela índole econômica suscetível de exploração, exclusivamente, pelo autor (criador). Desse modo, surge para este o direito de utilizar, fruir e dispor (*jus utendi, fruendi et abutendi*) de sua criação. (SOARES, 2006, p. 04)

Embora a Convenção de Berna não tenha tratado especificadamente sobre a função social dos direitos do autor, impôs importantes limites à proteção autorial.

A Convenção de Berna é o acordo internacional mais importante em matéria de direitos autorais no mundo, conduzindo as legislações dos países signatários, com a criação de um sistema de proteção mínima.

Todavia, a lei de direitos autorais brasileira não incorporou de forma plena as limitações da Convenção de Berna, como ver-se-á no decorrer do trabalho.

2.3 O Direito Autoral no Ordenamento Jurídico Pátrio.

Os direitos autorais são direitos presentes em todas as áreas de criação da sociedade – artísticas, culturais, científicas e industriais. São de extrema relevância para a humanidade, principalmente levando-se em consideração o patrimônio cultural produzido que perdura por gerações.

No Brasil, o debate sobre a prevalência do exercício dos direitos autorais pelos autores tomou aspectos muito particulares, que colocou em lados opostos os titulares de direitos de autor e a indústria fonográfica, no que tange aos direitos de comunicação pública no universo digital. Não pelo fato de a indústria fonográfica ser contrária aos interesses e direitos originários dos autores, mas por uma interpretação própria da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), doravante LDA, que recebeu questionamentos acerca da valoração crítica sobre a prevalência dos direitos de comunicação pública na internet, não reconhecidos pelos produtores de fonogramas. (SANCHES; CALLAI, 2022, p. 135)

A propriedade intelectual, segundo a concepção clássica, é definida como o conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos do autor sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial. (CERQUEIRA, 1946, p. 21)

Ao tratar do assunto, pontua José de Oliveira Ascensão:

Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. O Direito Autoral abrange além disso os chamados direitos conexos do direito do autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

Há um ramo, paralelo ao Direito de Autor, que deveremos referir mais de uma vez: é a propriedade Industrial. A sua proximidade é tanta que frequentemente se unificam Direito de Autor e Propriedade Industrial sob a designação de “Propriedade Intelectual”. A organização internacional especializada nesta matéria chama-se mesmo Organização Mundial da Propriedade Intelectual (O.M.P.I). (ASCENSÃO, 1997, p. 16 e 20)

O objetivo do direito autoral é a proteção ao investimento realizado pelo autor na expressão da ideia. Para obtenção da obra intelectual, o autor investe na expressão de uma ideia. Não investe na ideia em si. Por consequência, a proteção deve ser à expressão, não à ideia representada³. (LARA, 2023, p. 389)

Conforme disposto no art. 3º da LDA, “os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.”

Os direitos autorais são essenciais para incentivar a criatividade e a inovação, pois garantem aos criadores a possibilidade de ganhar dinheiro com suas obras e recompensar o esforço investido na criação. Alguns pesquisadores sustentam, inclusive, que a Lei de Direitos Autorais tem o papel de garantir a sobrevivência de certos artistas – como os músicos, por exemplo. Afinal, é por meio da garantia e exclusividade dos direitos autorais que os criadores de obras intelectuais – escritores, pintores, compositores, músicos, etc. – podem obter lucros a partir de suas criações. (FACHINI, 2023, p. 03)

Destarte, o direito autoral constitui uma forma de valorizar o trabalho dos artistas em geral.

O direito autoral, ou propriedade intelectual, recebe normatização própria ou especial, tendo em vista as diferenciações fundamentais que ostenta em relação ao regime adotado para a propriedade convencional, seja no tocante à constituição do bem ou criação intelectual, seja na transferência do bem a terceiros. A expressão propriedade intelectual abrange os direitos de autor e conexos e a propriedade industrial. A propriedade industrial relaciona-se com marcas identificativas de empresa, marcas de serviços, nome comercial, bem como se relaciona com patentes de invenções e modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais e, ainda, com a repressão da concorrência desleal. A Lei n. 9.279, de 14.05.1996, regula direitos e obrigações concernentes à propriedade industrial. (CASTRO, 2001, p. 210)

Na propriedade intelectual, o ordenamento tutela a criação, a criatividade humana. Fatalmente, desta ideia será exteriorizado um produto, suscetível de materialidade e apreensão física. Os produtos – v.g. obra literária, patente – são os frutos da natureza humana. Mas é a manifestação criativa, oriunda da potencialidade intelectual do ser, que recebe proteção, como modo reflexo de se resguardar o próprio indivíduo em sua essência, liberdade e humanidade. (FARIAS, 2009, p. 173).

³ O autor destaca que o art. 9, 2, do TRIPS, dispõe que a proteção dada pelo direito autoral “deve se estender a expressões e não a ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos em si”. Para ele, há fundamentos econômicos para a proteção da expressão da ideia, mas não da ideia em si. (LARA, 2023, p. 389)

O Direito autoral como modalidade de Direito Privado enfeixa direitos variados em que não há prevalência de um ou de outro direito (real, pessoal ou moral), porém, sendo uma compilação de direitos no âmbito privatista, enquanto ramo da Ciência do Direito que reúne as faculdades e prerrogativas do autor e titular de direito autoral, atuando na defesa da paternidade e integridade das obras intelectuais e no aspecto da manifestação da personalidade do autor, assim como, igualmente, na qualidade de propriedade móvel pela índole econômica no exercício do *jus utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, fruir e dispor) de sua criação. (SOARES, 2006, p. 87).⁴

No Brasil, muito antes de Berna, a primeira regulamentação voltada para a garantia dos direitos do autor foi concretizada pela Lei imperial de 1827, motivada especialmente pela implantação de cursos jurídicos e pela preocupação de salvaguardar o direito de os professores serem remunerados pela publicação de suas aulas (CABRAL, 1998). Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Código Criminal de 1830 reprimia a violação do direito autoral com previsão de multa e confisco do material não autorizado em favor do prejudicado. (ARAYA; VIDOTTI, 2009, s/p)

No plano internacional os principais Tratados ratificados pelo Brasil e aplicáveis são o Acordo TRIPS (em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), a Convenção de Berna e o Tratado de Marraqueche⁵. Este último trata especificamente do direito de acesso das pessoas com deficiência visual, e sua aprovação no plano internacional e internalização enquanto a Emenda Constitucional consolida, para além de quaisquer dúvidas, o direito de acesso à informação, conhecimento e cultura como direito fundamental de idêntico status jurídico que os direitos autorais. Além destes que tratam especificamente dos direitos autorais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também traz a questão no seu artigo 27 e, na mesma linha de composição entre estes direitos, assegura tanto o direito de fruição das artes como de proteção dos autores. (COUTO *et al.*, 2022, p. 11)

⁴ Ao tratar do assunto Lahiri Lourenço Argollo e Flávia Goulart Mota Garcia Rosa asseveram que o direito autoral é uma construção jurídica que remonta do século XVIII e tem por objetivo central assegurar a remuneração da atividade criativa. Para as autoras, a história dos direitos autorais é relativamente recente, quando se levam em consideração os aproximadamente sete mil anos de existência da escrita. (ARGOLLO; ROSA, 2018, p. 51 e 60)

⁵ Os autores explicam que o Tratado de Marraqueche é o primeiro tratado internacional da Organização Mundial de Propriedade Intelectual criado para limitar os direitos autorais em razão do direito de acesso, um direito do usuário. É um Tratado incorporado na legislação brasileira com status de Emenda à Constituição. O Tratado inova em três pontos: (1) cria uma categoria ampliada de beneficiário; (2) cria o conceito de “entidade autorizada”, uma intermediária do beneficiário; e (3) cria a possibilidade de intercâmbio transfronteiriço das obras convertidas para o formato acessível. (*Op. cit.* p. 28)

Todavia, no Brasil, a primeira lei sobre direitos autorais, denominada Lei Medeiros e Albuquerque - de nº 496 de 1898, nome do autor do projeto que a originou, estabeleceu o direito no âmbito da propriedade literária, artística e científica, e contava com importantes e modernos dispositivos, muitos deles presentes em nossa legislação atual.

É pacífico o entendimento segundo o qual, o direito autoral surgiu para reger a criatividade do ser humano, ou seja, foi necessário criar um sistema que pudesse garantir o desenvolvimento intelectual e técnico do autor e lhe amparasse nas questões oriundas destas relações. É inerente ao homem, o poder de criar, de utilizar seu intelecto em proveito da sociedade sendo que, com o passar dos anos, foi necessário um sistema jurídico que regulasse a relação homem-sociedade no tocante às obras autorais. (CASTRO, 2019, p. 25)

A primeira proteção autoral objetiva data do início do século XIX, em 11 de agosto de 1827, ocasião em que foram criadas as suas duas primeiras Faculdades de Direito, uma em São Paulo e outra em Olinda. Concedeu-se o privilégio exclusivo, por dez anos, dos livros preparados pelos professores desses cursos, somente a eles (BARBOSA, 2010, p. 19)⁶:

Art. 7º - Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembleia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

Nada obstante ter ocorrido a regulamentação a partir da lei n. 9.610 de 1998, a matéria é tratada nos cursos jurídicos desde o século XIX, quando em 1827, com o estabelecimento dos cursos jurídicos no Brasil, em São Paulo e em Olinda, deu-se exclusivo privilégio aos compêndios preparados por professores.⁷ (NORONHA, 2022, p. 27)

Nos termos do artigo 72, § 26, da Constituição Republicana de 1891: aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Desse modo, os autores têm a proteção constitucional desde a Constituição de 1891 e tais previsões estiveram presentes nos textos constitucionais que a sucederam.

⁶ O Autor ainda destaca que o nosso primeiro Código Criminal estabelecia sanções penais para os infratores de contrafação; apenas na Carta Republicana de 1891 subiu a matéria ao nível constitucional. (*Op. cit.* p. 19).

⁷ O autor assinala que o Brasil adota mais o sistema *droit d'auteur* que o copyright, priorizando a pessoa do autor. Isso está claramente definido na Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que estabelece como direitos autorais os direitos do autor e os que lhe são conexos. (NORONHA, 2022, p. 27)

Com o Código Civil de 1916, a proteção legal dos direitos autorais no Brasil foi materializada em três níveis: I. Literária; II. Científica; III. Artística.

O direito de autor foi consolidado com o advento do Código Civil de 1916:

Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; II – os direitos de obrigações e as ações respectivas; III – os direitos de autor.⁸

Todavia, a matéria foi tratada sob a ótica do direito de propriedade, e não do direito moral subjetivo do autor.

Tais normas vigoraram até 1973, com a promulgação da Lei n.º 5.988, posteriormente revogada pela Lei nº 9.610 (LDA – Lei de Direitos Autorais), de 19 de fevereiro de 1998.

Com a Lei nº 5.988, de 1973, o regime legal saiu do Código para uma lei específica, que instituiu o Conselho Nacional de Direitos Autorais e o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais. Num dispositivo constante numa lei de regulamentação profissional das categorias artísticas (Lei 6.533/78, em seu artigo 13), passou-se a cercear a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais. (BARBOSA, 2010, p. 19)

O direito autoral foi alvo de inúmeras transformações jurídicas ao longo dos anos. A prevalência dos aspectos patrimoniais relativos aos direitos de autor, no modelo em que fora concebido e que influenciou a construção da legislação autoral brasileira (Lei 9.610/98), não se demonstra adequada a regulação e ao enfrentamento das relações socioculturais complexas surgidas no atual estágio da humanidade. (ADOLFO, 2008, p. 14).

De acordo com o art. 29 da Lei nº 5.988/1973, caberia ao autor "o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte".

A Lei nº 5.988 de 14.12.1973, constitui inegável marco na história dos direitos autorais no Brasil, pois instituiu o sistema autoral brasileiro, constituído no Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), nas Associações de Defesa dos Direitos Autorais e no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Na Constituição Federal de 1988, a proteção autoral foi incluída em seu artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX:

⁸ Tal dispositivo atualmente é o art. 83 do Código Civil de 2002, com a seguinte redação:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

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

(...)

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Tal dispositivo confere o direito do autor com o *status* de direito fundamental.

O inc. XXVII do art. 5º da Constituição Federal cuida da garantia de utilização exclusiva das obras por seus criadores, especialmente para exploração econômica. Tal direito é transmissível aos herdeiros que empreendam economicamente a obra, até que ela caia em domínio público. Tal dispositivo ainda concede o direito de retirar a obra de circulação. Cite-se como exemplo: o cantor Roberto Carlos conseguiu tirar sua biografia de circulação. Impediu a publicação e a comercialização de sua biografia não-autorizada (“Roberto Carlos em Detalhes”) escrita por Paulo César Araújo e publicada em novembro de 2006 pela Editora Planeta do Brasil.⁹ Em um acordo judicial, o jornalista Paulo César Araújo aceitou recolher o livro das lojas e se comprometeu a não publicá-lo mais. Posteriormente, em junho de 2015, o STF derrubou, por unanimidade, a exigência prévia de autorização do biografado ou de seus herdeiros.

⁹ Para o Juiz da 20ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, “a biografia narra fatos pessoais, íntimos que se relacionam com o seu nome, imagem e intimidade e outros aspectos dos direitos da personalidade. Portanto, para que terceiro possa publicá-la, necessário é que obtenha a prévia autorização do biografado”. Disponível em www.globo.com Acesso em 30 de abril de 2024.

Contudo, após a decisão do STF, de que biografias de personalidades públicas não precisavam de autorização para serem publicadas, Paulo César de Araújo lançou em 2014 “**O Réu e o Rei: minha história com Roberto Carlos**”, onde relatava a polêmica em torno do livro “Roberto Carlos em Detalhes”. O acordo do autor com Roberto Carlos não mencionava a possibilidade de ele escrever uma novíssima biografia e publicá-la. (Disponível em veja.abril.com.br/cultura/nova-biografia-reve-vida-de-roberto-carlos-por-meio-de-suas-cancoes Acesso em 30 de abril de 2024) Em novembro de 2021, Paulo César de Araújo lançou novas biografias de Roberto Carlos intituladas “**Outra vez**” – vol. I (1941-1970) e “**Outra Vez**” – vol. II. Posteriormente, foi lançada, em 2023 a biografia “**Roberto Carlos, a história de vida do Rei da Música Brasileira**”. (Maiores detalhes in MARQUES, Ana Paula. **Roberto Carlos, a história de vida do Rei da Música Brasileira**. Disponível em www.lettras.mus.br Acesso em 01 de maio de 2024)

Assim, em consonância com o disposto na Constituição Federal os direitos do autor têm caráter patrimonialista, tido como bens móveis, valendo-se do interesse social para sua aplicabilidade.

O prof. José de Oliveira Ascensão trata com maestria do assunto:

Se a finalidade da lei não é atribuir o exclusivo, mas o exclusivo como via de atribuição de vantagens patrimoniais, devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra. Um ato que não possa prejudicar em nada a exploração econômica da obra é, por força da teleologia legal, um ato livre. (ASCENSÃO, 1997, p. 161)

Posteriormente, foi editada a Lei Brasileira de Direitos Autorais – Lei nº 9.610 de 1998, com prerrogativas para a proteção dos direitos do autor.

Nos termos do art. 7º, caput, da Lei nº 9.610/98, consideram-se obras intelectuais "as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro."¹⁰

No Brasil, o sistema de Direito Autoral baseia-se no modelo francês de proteção, conforme dispõe o art. 22 de tal Lei de Direitos Autorais: “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”

O artigo 5º, em seus incisos II e V, da Lei 9.610/98, dispõe que:

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

[...]

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

[...]

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

De acordo com o art. 11 da mesma legislação, “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.” Reza seu parágrafo único que “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.”

Logo, admite-se também à pessoa jurídica ser titular dos direitos do autor, porém, apenas a pessoa física pode ser autora.

¹⁰ Registre-se que o rol desse artigo 7º é exemplificativo e não taxativo, de modo que outras obras, não relacionadas ali, poderão vir a ser protegidas.

A paternidade da obra se expressa principalmente no direito de reivindicar a autoria e de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional anunciado como autor da obra (incisos I e II do art. 24 da Lei n. 9.610/98). Além disso, o dispositivo legal menciona o direito de conservar a obra inédita, de modificá-la, de suspender sua utilização, de assegurar a sua integridade, de ter o nome vinculado à obra e de ter acesso a exemplar único. (HOTOTIAN, 2019, p. 280-281)

A Lei n. 9.610/98 define duas modalidades de utilização das obras intelectuais: o direito de reprodução, que engloba o direito de distribuição e ainda se tem o direito de comunicação ao público que compreende o direito de execução pública das obras musicais, literomusicais e fonogramas.

Nos termos do art. 28 da lei supracitada:

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

O art. 29, VIII, alíneas "d" e "e" da mesma Lei, prevê:

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

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

- a) representação, recitação ou declamação;
- b) execução musical;**
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;**
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;**
- f) sonorização ambiental;**
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

Desse modo, a simples disponibilização da transmissão de ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio ou cabo dependem de autorização e, conseqüentemente, tornam exigíveis os direitos autorais.

Ressalta-se que, em face das novas tecnologias que não param de evoluir, é imprescindível reconhecer que a proteção jurídica relativa ao tema aqui desenvolvido abrange não apenas o autor de livro impresso, mas também o de livro digital. Desse modo, o livro digital, também chamado de eletrônico ou e-book, gera em benefício do autor direitos idênticos aos que cabem ao autor de livro impresso. Em outras palavras, o autor também exerce sobre o livro digital direitos morais e patrimoniais. (FACHIN, 2022, p. 256)

As limitações podem ser consideradas como “direitos dos usuários” porque, na prática, consolidam, dentro da legislação autoralista, espaços de usos livres de obras protegidas. Esses usos livres são parcialmente estabelecidos na LDA nos artigos 46, 47 e 48, em um rol exemplificativo. Alguns exemplos são conhecidos, como o direito de citação (Inciso III, art. 46), uso privado (Inciso II, art. 46), paródia (Art. 47), etc. (COUTO *et al*, 2022, p. 12)

No artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, encontram-se situações de exceção a direitos e obras originariamente protegidos, e que só tem o seu uso liberado, por expressa isenção legal, tendo em vista situações excepcionais, nas quais o interesse público, a disseminação do conhecimento, ou mesmo o interesse mútuo de produtores e titulares na comercialização da obra avulta sobre o direito individual do autor. (ABRÃO, 2014, p. 337)

A teor dos §§ 2º e 3º, do art. 68 da mesma legislação:

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

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica. § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

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

O problema aparece nos três parágrafos desse artigo, isso porque: - no §1º, define-se representação pública aquela que é realizada em locais de frequência coletiva; - o §2º considera, da mesma forma, execução pública aquela realizada em locais de frequência coletiva; - o problema é que o §3º indica uma série de locais ou estabelecimentos considerados de frequência coletiva sem excepcionar aqueles que são privados ou estão provisoriamente interditados ao público em geral.¹¹ (SILVEIRA, 2019, p. 12)

¹¹ Para esclarecer esse ponto que ficou duvidoso no §3º, do art. 68, e tem viabilizado a invasão do ECAD na esfera privada, o Autor sugere acrescentar ao final: "... obras literárias, artísticas ou científicas, exceto quando tais locais estejam interditados ao público em geral para uso ou evento privado." (*Op. cit.* p 13-14)

Sobre o assunto, os ensinamentos de Walter Moraes:

Pela letra da Lei, só à sua execução pública tem direito o artista. A execução privada, portanto, bem como as suas implicações gerais, escapam à esfera legalmente demarcada para o exercício dos direitos do executante. (MORAES, 1973, p. 91)

Destarte, o art. 68 da Lei de Direitos Autorais, taxativamente proíbe a utilização das obras protegidas sem autorização dos titulares de direitos autorais os quais deverão ser remunerados pela utilização e exploração econômica de suas obras.

O art. 89 também da Lei de Direitos Autorais aborda a questão dos “direitos conexos”, ou seja, contempla não apenas o trabalho intelectual de criação da obra, mas também o empenho de interpretá-la, executá-la ou difundi-la:

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

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

A propósito, alguns doutrinadores ponderam sobre a complexidade do tema:

Dado o enorme número de intérpretes e/ou executantes que podem participar da concepção de determinada obra, a orquestração dos direitos conexos pode significar um verdadeiro tormento para o titular dos direitos autorais sobre a obra. Basta ver o quanto os atores de um filme são capazes de impedir sua utilização devido aos poderes a eles conferidos pela LDA. (PARANANGUÁ, Pedro; BRANCO, 2009, s/p)

Os bens intelectuais são da propriedade de uma pessoa, física ou jurídica. Essa é a fórmula encontrada pelos direitos de tradição românica para garantir ao autor da ideia valiosa — ou a quem criou as condições para que ela surgisse — a exclusividade na exploração econômica. Assim como o proprietário de bem corpóreo tem o direito de usar, gozar e dispor como quiser (observadas as limitações ditadas pela função social), o titular da ideia valiosa também teria o mesmo direito sobre ela. Ninguém pode usar uma ideia protegida pela propriedade intelectual sem a autorização do seu titular, do mesmo modo que ninguém pode usar qualquer bem corpóreo sem que o seu dono deixe. Tanto é crime explorar economicamente, sem autorização, a propriedade intelectual alheia como subtrair coisa móvel de outrem. (COELHO, 2012, p. 226).

O ECAD/Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, enquanto órgão representativo dos titulares dos direitos autorais tem legitimidade para arrecadar, distribuir e fixar tabelas de preços referentes a tais direitos e assim define os direitos autorais:

Direito autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações. O direito autoral está regulamentado pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) e protege as relações entre o criador e quem utiliza suas criações artísticas, literárias ou científicas, tais como textos, livros, pinturas, esculturas, músicas, fotografias etc. Os direitos autorais são divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais.

Nesta perspectiva, a doutrina tem observado que, em face da necessidade de atender aos mais recentes anseios sociais nas relações privadas, o direito de autor atravessa um momento de transformação, implicando em reconhecer que já não importa muito a forma pela qual a obra é levada a público pelo autor, visto que o objetivo da lei é proteger as mais diversas criações do espírito humano. (ANDRÉ; RODRIGUES, 2020, p. 133)

Sobre o tema, colacionam-se os seguintes ensinamentos doutrinários:

O órgão, instituído por lei, para exercer atuar na arrecadação e distribuição dos direitos autorais é o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), que é mantido por sociedades arrecadadoras. Para receber qualquer valor decorrente de direito autoral é necessário que o titular se filie a uma sociedade arrecadadora, e este é o início do embate entre, de um lado o direito do autor, e de outro, a liberdade de associação. Percebe-se então para os princípios e garantias fundamentais sob o aspecto do direito autoral no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, a questão da liberdade de associação e a obrigatoriedade de filiação ao ECAD, bem como o conflito entre os princípios constitucionais. (SANTOS; PINTO, 2017, p. 120)

Neste contexto, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, instituição privada criada pela Lei no 5.988/73, se configura como sendo o órgão competente para a prática da fiscalização autoral na música, e com a finalidade de viabilizar a consecução de suas atividades básicas de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, aplica o Regulamento de Arrecadação, que foi elaborado e aprovado por sua Assembleia Geral, composta por representantes das associações que o integram, classificando os usuários de obras musicais, literomusicais e de fonogramas em permanentes e eventuais, segundo as particularidades que apresentam. (ALVES, 2023, p. 49-50)

A propósito, Renato Dolabella Melo leciona que a propriedade materializada pelos direitos autorais não pode ser utilizada de forma abusiva pelos seus titulares ou representantes, os quais devem respeitar os princípios destacados:

O sistema de cessão definitiva dos direitos autorais não se confunde com a simples autorização ou licenciamento, hipótese na qual o titular mantém suas prerrogativas referentes aos direitos patrimoniais, limitando-se a permitir a utilização desses direitos por terceiros. Igualmente não se confunde com o sistema de gestão coletiva, adotado pela lei nacional e executado por meio do Escritório Central de Arrecadação – ECAD - Artigos 97 a 100 da lei 9.610/98.

O ECAD atua como substituto judicial e extrajudicial dos titulares dos direitos autorais na cobrança pela utilização das obras por terceiros. Essa entidade é mantida por associações de autores e titulares de direitos conexos, possuindo a atribuição de realizar a arrecadação e distribuição dos valores oriundos das cobranças anteriormente referidas. A análise de sua atuação é imprescindível para tecermos comentários a respeito da atual

sistemática praticada para a autorização de uso nos termos da lei 9.610/98. (MELO, 2009. p.14)

E ainda:

No momento em que é dada a autorização a uma rádio para transmitir determinada obra musical, é da própria natureza desse uso que diversos usuários recebam o sinal gratuitamente. Da mesma forma, no caso de autorização para inclusão de obra na trilha sonora do filme, é solicitada a autorização para sincronizar a música justamente com o intuito de exibir a película nos cinemas. Ressalte-se que, nos dois casos, as emissoras de rádio e os responsáveis pela elaboração do filme já pagaram pela autorização da obra musical. (MELO, Renato Dolabella, *Op cit.* p. 15)

Milton Fernandes complementa:

A prática é hoje muito generalizada e se verifica com a audiovisão de aparelhos de rádio e tv em bares, restaurantes, hotéis, boates, navios, estádios, aviões e outros locais de frequência pública ou coletiva, que aproveitam aquelas emissões com intuito de lucro. O autor, ao permitir a radiofoniação e a televisão de suas obras, concede esta licença à estação respectiva. Os destinatários das emissões podem utilizá-la nas mesmas circunstâncias em que lhes é permitido fazer uso da obra autoral reproduzida: individualmente ou no ambiente familiar. Se pretendem aproveitá-las em público, com intuito de lucro, estão sujeitos a nova outorga dos criadores. Filadelfo Azevedo observa que, assim, como os donos de hotéis, cafês e bares têm que pagar ao autor pelas execuções de músicas, efetuadas por suas orquestras, também têm que fazê-lo os que se limitarem a manter aparelhos sonoros. (FERNANDES, Milton. 1968, p. 54)

Segundo Randolfe Rodrigues, “o Brasil é um dos poucos países no mundo que não têm nenhum tipo de fiscalização sobre a arrecadação de direitos autorais: de 136 países, só 20 não têm nenhum tipo de fiscalização.” (JUNGSMANN, 2015, s/p)

Existe aqui, a necessidade de mudanças expressivas no setor público e privado quanto aos direitos do autor e, conseqüentemente, os direitos conexos, através de uma maior percepção e estudo da legislação autoral, adequando, assim, os seus instrumentos à nova realidade cultural, e, dessa forma, possibilitando a efetiva proteção dos direitos da propriedade intelectual. (ALVES, 2016, p. 50)

Com a era digital surgem novas possibilidades e, conseqüentemente, a legislação dos direitos autorais caminha a fim de acompanhar tais mudanças.

2.4. Princípios atinentes aos Direitos Autorais.

A evolução tecnológica e os novos modelos de interações sociais geraram conhecidos impactos em vários ramos do direito e geraram novos, como o Direito Digital, que levaram tais

distintas áreas jurídicas a revisitarem princípios constitucionais, que viessem a ressignificar a aplicação dos compromissos internacionais do país e as normas infraconstitucionais à luz desse novo e desafiador cenário da sociedade. Nesse ambiente de controvertida convivência com diversos interesses e atores, a norma que regula os direitos autorais, não fugiu desse enfrentamento e assumiu um papel de importância estratégica para o desenvolvimento da indústria criativa no mundo digital, como meio de balancear direitos, assegurar a preservação da criação artística e a exploração econômica de produções culturais. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 135)

Os princípios são definidos por Sundfeld como as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (SUNDFELD, 2011, p. 143).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Daí definir-se sinteticamente, o **princípio jurídico**, como uma **norma indicativa de conduta**, uma vez que sua principal **finalidade** consiste apenas em **assinalar um valor ou um fim**, genericamente enunciado, que deva ser especificadamente alcançado, não importando em que grau satisfativo, por todas as leis (preceitos ou regras), normas **concretamente preceptivas** que deles se derivem. (MOREIRA NETO, 2014, p. 76)

João Pedro Marques e Castro concebe os princípios como ideias de caráter geral dentro de cada área de atuação do Direito. Consubstanciam-se por uma perfeita identidade, vinculam-se através de uma proporcionalidade direta entre a situação e o princípio utilizado, balizados por coerência e harmonia, garante de sustentabilidade e segurança do sistema jurídico. São regras fundamentais, também fontes do direito, sendo a espinha dorsal de todos os ramos do Direito no ordenamento jurídico, explicando a conduta a ser tida em qualquer relação jurídica. (CASTRO, 2015, p. 14)

Todo sistema pressupõe um princípio unificador das entidades componentes. O sistema se revela a partir do exame da correlação entre um conjunto normativo e o vivido. Haverá sistema se se verificar a coerência orgânica e funcional entre os elementos desses dois institutos. O Direito, como sistema de normas impostas, é reflexo de uma visão do mundo, de uma razão imanente à organização social. (FONSECA, 2007, p. 19).

Os princípios jurídicos buscam a garantia de uma relação harmoniosa entre os interesses envolvidos e influenciam decisivamente na elaboração das leis e nas decisões judiciais.

Evidencia-se que os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo sistema jurídico, eis que se impõem como diretivas tanto para interpretação de

toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, e por isso, a sua ação é de cunho positivo. Além disso, possuem função negativa, pois servem de limite ao não permitir que se criem limitações excessivas a determinados direitos fundamentais, nem como ao impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto. (LEAL, 2003, p. 88).

Assim, a malha jurídica liga-se por meio de uma cadeia de princípios, concretizadores da Constituição. À dignidade da pessoa humana relaciona-se diretamente o princípio da liberdade, garantidora do direito de propriedade e exclusivo conferido pelos direitos autorais ao autor. A igualdade, no mesmo sentido, que por sua vez, por meio do princípio da função social da propriedade conduz à solidariedade, erradicação da pobreza e marginalização, proteção do patrimônio histórico e cultural, a reciprocidade, adequação exploratória e temporariedade do direito autoral. (ARONNE, 2005, p. 53)

Marçal Justen Filho complementa:

A natureza principiológica prepondera no âmbito da Constituição.

Daí segue uma inafastável indeterminação no processo de aplicação e concretização das normas constitucionais. A solução infraconstitucional pressupõe uma atividade de ponderação, que é realizada em face do caso concreto e das circunstâncias do mundo real.

(...)

Os princípios exteriorizam valores essenciais e devem necessariamente influenciar a decisão. Somente em hipóteses muito extremas é cabível produzir uma decisão formulada exclusivamente em princípios.

É imperioso tomar consciência de que a indeterminação dos princípios constitucionais cria o risco de atividade defeituosa, em que o aplicador invoca um princípio para justificar uma decisão dotada de subjetivismo e arbitrariedade. O caso mais evidente envolve o princípio da supremacia do interesse público. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 200)

Dessa forma, faz-se necessário analisar o caso concreto, a fim de examinar com cautela, qual (is) princípio(s) cabível(is) na espécie para solucionar o conflito.

Sobre os princípios norteadores do direito autoral, Marcos Wachowicz e Manoel J. Pereira dos Santos defendem o seguinte posicionamento:

O interesse coletivo foi muito fortemente salientado nos primórdios do direito de autor. É retomado hoje por grandes princípios que a Constituição consagra e a legislação sustenta. Permito-me salientar dois: o abuso do direito e a função social. O abuso do direito reside em um direito ser utilizado, não para a obtenção da vantagem para que foi concedido, mas como arma contra terceiros ou o interesse geral. Manifesta-se hoje particularmente no domínio do Direito da Concorrência. O titular do direito autoral tem um exclusivo. Pode usá-lo para falsear a concorrência, por exemplo, discriminando injustificadamente alguns concorrentes a quem nega autorizações que concede genericamente a todos os outros. É um ponto muito agudamente sentido hoje, em que o exercício antissocial do direito não pode deixar de ser combatido. (WACHOWICZ; SANTOS, 2010, p. 103)

Os princípios que regem o direito autoral estão intimamente ligados à ideia de cultura e desenvolvimento cultural – direito individual, em prol de direitos coletivos. Tais princípios são garantidos e resguardados pela Constituição Federal.

Faz-se necessário analisar os princípios constitucionais informadores do Direito autoral brasileiro, principalmente diante das inúmeras transformações na realidade fática, bem como da aplicabilidade da legislação de regência.

2.4.1 Princípio da Liberdade de Associação

A história da liberdade mostra que o seu conteúdo se amplia com a evolução social da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Daí a diferença entre a liberdade dos antigos e a liberdade moderna. Os gregos não tinham plena consciência do que denominamos liberdade política e liberdade jurídica como binômio estrutural do Estado Moderno. Neste, a ideia de liberdade implica reconhecer uma esfera peculiar de ação individual; entre os gregos, ao contrário, não se compreendia o indivíduo como núcleo isolado dentro da comunidade. A liberdade era do ser coletivo. A liberdade individual é uma conquista da civilização moderna. (SILVA, 2014, p. 482)

No Brasil, a primeira Constituição a tratar sobre a liberdade de associação foi a Constituição Republicana de 1891 e a partir de então tal direito está disposto nos demais textos constitucionais brasileiros.

A liberdade de associação foi assegurada de forma ampla, diferente do que estabelecia a CF/1967, na Emenda n. 01/69, no parágrafo 25 do art. 53.

Nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XVII, “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Assim, tal dispositivo assegura a qualquer pessoa, seja física seja jurídica, o direito de associar-se e de formar associações, desde que a finalidade seja lícita.

O inciso XVIII do art. 5º da Constituição Federal, por sua vez, estipula que a criação de associações é livre e independente de quaisquer autorizações por quaisquer dos poderes constituídos.

Desse modo, de acordo com tal dispositivo, as associações de titulares de direitos autorais podem exercer seus direitos.

Ressalta-se que dentro dessa liberdade de associação encontra-se a liberdade de contratar – liberdade de contratar e escolher com quem fazê-lo, como também a liberdade contratual – liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato (material e processual).

E o inciso XIX do art. 5º, também da Constituição Federal, estabelece que apenas decisão judicial transitada em julgada pode dissolver compulsoriamente uma associação.

Ademais, ordena o §1º, do art. 97 da Lei dos Direitos Autorais, a vedação para o titular dos direitos autorais em pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza, podendo ele, de acordo com o §2º do mesmo dispositivo, em respeito ao citado art. 5º, XX, da Constituição Federal “transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem”. Entretanto, ainda em respeito ao direito de liberdade de associação trazido no art. 5º, XX, da Constituição Federal, o parágrafo único deste dispositivo assegura que os titulares de direitos autorais possam praticar atos de cobrança destes direitos, judicial ou extrajudicialmente, mas com a comunicação prévia à entidade de gestão coletiva a que esteja filiado. (SOARES FILHO, 2013, p. 7-8)

Cabe enfatizar, neste ponto, que as normas inscritas no art. 5º, XVII a XXI, da atual CF, protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou a dissolução compulsória das associações. Mesmo a atuação judicial encontra uma limitação constitucional: apenas as associações que persigam fins ilícitos poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou suspensas. Atos emanados do Executivo ou do Legislativo, que provoquem a compulsória suspensão ou dissolução de associações, mesmo as que possuam fins ilícitos, serão inconstitucionais.¹²

Também chamada de “liberdade de empreender”, tal direito possui ampla previsão e limitação constitucional, havendo diversos direitos fundamentais correlacionados, tais como: a) legalidade; b) devido processo legal e ampla defesa; c) segurança jurídica; e d) direito à imagem. Essa liberdade para iniciar e desenvolver atividades produtivas não se resume à iniciativa econômica, abrangendo a associativa, a cooperativa e a contratual. (CAMARGO, 2014, p. 01)

¹² Fragmento da ADI 3.045, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. em 10.08.2005, Plenário, DJ de 01.6.2007. STF. A propósito: O direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão. Uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedades terá sua atuação completamente esvaziada. (STF, HC 106.808, rel. min. Gilmar Mendes, j. em 09.4.2013, Segunda Turma, DJe de 24.04.2013.)

A propósito, a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Quando pessoas coligam-se entre si, em caráter estável, sob uma direção comum, para fins lícitos, dão origem às associações em sentido amplo.

A liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o Estado Democrático de Direito. Quando não podem obter os bens da vida que desejam, por si mesmo, os homens somam esforços, e a associação é a fórmula para tanto. Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de expandirem as potencialidades de autoexpressão, personalidade, constituindo-se em meio orientado para a busca da autorrealização. Indivíduos podem-se associar para alcançar metas econômicas ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão. (BRANCO, 2016, p. 444-445)

Evidencia-se que a liberdade de associação também está ligada ao princípio da autonomia privada da vontade (que confere aos particulares a liberdade de autorregulamentação e a autodeterminação de seus interesses, desde que não sejam contrários à ordem pública (lei), aos bons costumes e às normas cogentes/imperativas). Afinal, a autonomia da vontade é o poder das partes de estipular livremente as regras que regem seus interesses tutelados pela ordem jurídica.

Ao tratar da liberdade de associação, deve-se ater aos princípios da proteção e da razoabilidade, a fim de se evitar excessos.

No que tange à liberdade de associação, destacam-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. *Liberdade de associação*. Condicionamento da desfiliação de associado à quitação do débito referente a benefício obtido por intermédio da associação ou ao pagamento de multa. Inconstitucionalidade, por violação da dimensão negativa do direito à *liberdade de associação*. Possibilidade de a associação cobrar, pelos meios de direito, compensações ou multas. 1. A *liberdade de associação* abarca o direito de o associado se desligar da associação, sendo certo que esse direito encontra expressa previsão no inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. 2. Considerando-se os princípios da legalidade, da autonomia de vontade e da *liberdade de associação*, não cabe à associação, a pretexto de evitar vantagem sem causa ou de proteger a boa-fé, condicionar o desligamento de associado à quitação de benefício (como, v.g., empréstimo bancário) obtido por intermédio daquela ou ao pagamento de multa. Tal circunstância, contudo, não impede que a associação se utilize dos meios de direito para a cobrança de eventuais compensações ou multas em face do indivíduo que a ela se filia para obter benefícios e, posteriormente, se desliga da entidade. 3. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 492: “É inconstitucional o condicionamento da desfiliação de associado à quitação do débito referente a benefício obtido por intermédio da associação ou ao pagamento de multa”. 4. Recurso extraordinário ao qual se dá provimento. (RE 820823 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 03/10/2022. Publicação: 25/10/2022)

Na espécie, o STF, por unanimidade, apreciando o tema 922 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença e fixou a seguinte tese: "É inconstitucional o condicionamento da desfiliação de associado à quitação de débito referente a benefício obtido por intermédio da associação ou ao pagamento de multa", nos termos do voto do Relator.

E ainda:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não deve se convolver em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior, devendo, nesse mister, atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixie o espaço político de deliberação coletiva. 2. A gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais... 25. O art. 99, §7º, da Lei nº 9.610/1998, alterado pelo art. 2º da Lei nº 12.853/2013, impõe um dever de cooperação às associações que percam a respectiva habilitação para atuar na gestão coletiva de direitos autorais, as quais, em virtude de sua essência instrumental, deverão transferir todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos, evitando solução de continuidade na tutela dos direitos autorais. 26. As associações surgem para viabilizar o mercado, não sendo admitido interromper seu hígido funcionamento, inclusive no momento em deixam de operar no setor, razão pela qual, a Lei nº 12.853/2013 apenas zelou pela transição razoável e menos traumática para usuários e titulares... (STF/ADI 5062 – Rel. Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 27/10/2016. Data da publicação: 21/06/2017)

Na ADI nº 5.062, as associações requerentes são as seguintes: (i) ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes), (ii) AMAR SOMBRÁS (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes / Sociedade Musical Brasileira), (iii) ASSIM (Associação de Intérpretes de Músicos), (iv) SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), (v) SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), (vi) SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), (vi) ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). Os dispositivos impugnados são os arts. 5º, 68, 97, 98, 98-A, 98-B, 98-C, 99, 99-A, 99-B, 100, 100-A, 100-B e 109-A da Lei nº 9.610/1998 com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, bem como os arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da própria Lei nº 12.853/2013. Na ADI nº 5.065, e as associações UBC (União Brasileira de Compositores) e APS (Associação Procure Saber) foram admitidas como *amici curiae*.

Mais especificamente, a inicial da ADI nº 5.062 assevera que as normas impugnadas representam ingerência direta do Estado na forma de cobrança dos direitos patrimoniais referentes à execução pública das obras musicais”. Porém, em razão das garantias constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa, “cabe somente aos titulares dos direitos, de forma livre, definir o modo de aproveitamento econômico de suas obras (...). Ao Estado não é dado limitar esse direito.¹³

Na ADI nº 5.065, a UBC afirma que “a divulgação dessas informações permitirá que toda e qualquer pessoa tome conhecimento dos rendimentos dos titulares de direitos autorais, matéria de natureza privada, pessoal e abrigada em seu aspecto personalíssimo”. E conclui: “flagrante, pois, a violação aos incisos X e XII, do artigo 5º, da CF”.

No seu judicioso voto, o Relator Luiz Fux, asseverou que o poder de mercado do ECAD (pelo monopólio legal) e das entidades associativas a ele vinculadas (pela lógica da gestão coletiva) parece ser a fonte de boa parte das irregularidades apuradas. Para ele, a dificuldade de acesso de novas associações ao ECAD gera ainda efeitos deletérios sobre o esquema de incentivos imposto às associações gestoras. Acrescentou a este ponto um outro: o ECAD é uma entidade sem fins lucrativos criada, em regime de monopólio legal, para servir à gestão coletiva e, assim, aos próprios autores. Tal monopólio concedido pelo Estado autoriza maior intervenção do Poder Público sobre a dinâmica de funcionamento da entidade, a qual, deixada por si, já provou desvirtuar-se dos propósitos que justificam as suas prerrogativas.

Diante disso, conheceu integralmente as postulações deduzidas nas ADIs nº 5.062 e nº 5.065 e, no mérito, julgou improcedentes todos os pedidos articulados em ambas as ações diretas.¹⁴

A Corte, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedentes os pedidos formulados, vencido o Ministro Marco Aurélio.

A respeito, há bastante tempo o STF tem julgado, estendendo a liberdade de associação tanto às pessoas físicas, quanto às pessoas jurídicas:

EMENTA: I. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos

¹³ Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 26 de abril de 2024.

¹⁴ Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 26 de abril de 2024.

direitos autorais e conexos, não de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental. 3. Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas. II. Ação direta de inconstitucionalidade: não a inviabiliza que a lei anterior, pré-constitucional, se pudesse atribuir a mesma incompatibilidade com a Constituição, se a lei nova, parcialmente questionada expressamente a revogou por dispositivo não impugnado. III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento. (ADI 2054. Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Redator(a) do acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 02/04/2003. Publicação: 17/10/2003)

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem julgado:

PROCESSUAL CIVIL - INTERDITO PROIBITÓRIO - DIREITOS AUTORAIS - COBRANÇA - ECAD - PROVA DE FILIAÇÃO DAS ENTIDADES QUE REPRESENTA - QUESTÃO CONSTITUCIONAL - SUM. 126/STF.

I – Consoante compreensão jurisprudencial, embora detenha o ECAD legitimidade *ex lege*, para defender em juízo os direitos dos autores de obras musicais filiados às associações que o formam, necessita, para exercitar essa competência fazer prova do vínculo associativo.

II – Com o advento da Constituição Federal de 1988 definiu-se que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a manter associado (**art 5º, XX**).

III - A legitimação à cobrança de direito autoral pressupõe voluntária filiação do autor à associação de classe, desde o evento do preceito constitucional. De tal princípio decorre a necessidade do ECAD demonstrar que postula direito de associação que diz representar.

IV – Inadmissível o Especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário (**Súmula n. 126/STF**).

V - RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp n. 82.831/PR, relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8/9/1997, DJ de 3/11/1997, p. 56276.)

Em tal voto, o Ministro Relator destacou o ensinamento doutrinário de Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que não podem as autoridades públicas imporem ato de adesão ou de permanência em uma associação, destacando-se que essa posição pode assumir uma forma dissimulada, mas nem por isso menos inconstitucional quando o Poder Público faz depender o exercício de certo direito da filiação a uma entidade associativa. (BASTOS, 1989, p. 106-107)

Assim, concluiu que os titulares de direitos autorais podem associar-se para a defesa de seus direitos sobre as obras intelectuais que criarem promovendo a cobrança dos direitos patrimoniais respectivos, sem que o Estado intervenha para autorizar o funcionamento das associações, e até mesmo, para fiscalizá-las.¹⁵

¹⁵ Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 27 de abril de 2024.

A 3ª Turma, por unanimidade, não conheceu do Recurso Especial, a teor da Súmula 126 do STF¹⁶.

Dessarte, embora em linha de **princípio** não possa ser descartada a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na relação jurídica quando acionado, a fim de corrigir eventuais abusos no tocante à cobrança de direitos autorais - v.g., cobrança em valor extorsivo que constitua sério obstáculo ao acesso ao bem cultural, ou mesmo à realização de eventos (**livre iniciativa**), a depender do exame de cada caso concreto-, "[o] autor pode cobrar sponte sua os seus direitos autorais, bem como doar ou autorizar o uso gratuito, dispondo de sua obra da forma como lhe aprouver, desde que, antes, comunique à associação de sua decisão, sob pena de não afastar a atribuição da gestão coletiva do órgão arrecadador". (REsp 1114817/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 17/12/2013).

Os julgamentos citados evidenciam a importância do princípio da liberdade de associação.

2.4.2 Acesso à cultura

Os direitos autorais estão embutidos nos direitos culturais, estes por sua vez configuram um direito de segunda geração (relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais – são direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado e estão associados às liberdades positivas, reais ou concretas) são parte dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes.

É indispensável ter a visão do direito de autor em consonância como direito à cultura. O que deseja o autor, em última instância, com a sua criação do espírito, como a lei define a obra protegida, é contribuir com a difusão da cultura e fazer conhecida a sua obra, tendo como consequência a merecida retribuição econômica. O respeito ao direito de autor se completa com o respeito ao direito da difusão da sua obra. O direito à cultura, assim como o direito autoral, está inscrito na Constituição Brasileira e merece proteção e incentivo. (PIERRE, 2005, p. 03)

Os direitos autorais incentivam a disseminação do conhecimento e da cultura ao contrabalancear o interesse público com o direito de seus criadores.

¹⁶ De acordo com a Súmula n. 126 do STF: “é inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta Recurso Extraordinário”.

Dispõe o art. 215 da Constituição Federal de 1988:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Acerca da extensão da importância conferida à cultura na CF/88, leciona José Afonso da Silva:

... deu relevante importância à cultura, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários dos seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX E 205 a 217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura. (SILVA, 2002, p. 812)

A Carta de Declaração que marca a internacionalização dos Direitos Humanos, reza em seu artigo 27:

- 1- Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.
- 2- Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, cuja história remonta à Revolução Francesa e à sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que sustentou serem os indivíduos portadores de direitos inerentes à pessoa humana, tais como direito à vida e à liberdade. (MACHADO, 2007, p. 124).

Em seu sentido mais especializado – ainda que mais comum – o entendimento de cultura como conjunto de atividades artísticas e intelectuais, que são partes de um sistema mais amplo de significações, estende-se para abranger todas as práticas significativas – como a linguagem, a moda, a publicidade, etc. –, para além das expressões e formas de produções intelectuais tradicionais (RAYMOND, 2008, p. 13).

A cultura tira o homem de sua pobre contingência humana e remete-o ao esplendor das mais ricas manifestações de que é capaz. Faz brotar de sua alma toda a explosão da criatividade que se expõe ao mundo como forma de libertar-se dos acanhados limites humanos. (ROCHA, 2008, p. 151-152)

O direito à cultura (Constituição Federal, artigo 215), o direito à educação (Constituição Federal, artigo 205), e com eles à informação [...] fazem parte deste mínimo existencial. Com

eles, a necessária visão de um Direito Autoral vinculado e subordinado a esta ideia maior, principalmente calcada na dignidade humana, que pressupõe na visão de maximização dos benefícios sociais em sede de Direito Autoral. Esta interpretação do Direito Autoral se efetivaria também por uma visão mais ampla de suas limitações, possibilitando o maior acesso de maior parcela da população às obras tuteladas pelo Direito Autoral. (ADOLFO, 2008, p. 206)

Os artigos 5º, XIV e 215 da Constituição Federal, garantem o acesso à informação, às fontes da cultura e o exercício dos direitos culturais como direitos subjetivos juridicamente protegidos que transcendem a esfera individual dos sujeitos de direito.

O direito de acesso é a porta de entrada para o exercício dos demais direitos culturais e condição *sine qua non* para a inclusão, democracia e cidadania culturais. Na perspectiva dos direitos culturais, a exclusividade de usos é uma exceção ao direito de acesso à cultura, justificada como um incentivo econômico à criação. É em razão dos direitos culturais - uma vez que o incentivo à criação tem por fito o engrandecimento cultural da sociedade - que os autores são constitucionalmente elevados a uma categoria especial de trabalhadores, o que, per se, demonstra ser, de fato, uma exceção¹⁷. (SOUZA, 2011, p. 13-14)

No mesmo diapasão, defende Allan Rocha de Souza, sustentando que os direitos autorais, na verdade, tanto em seu aspecto pessoal como econômico, estão inexoravelmente embebidos pelos direitos de acesso à cultura e liberdade de expressão:

O acesso aos bens culturais é, portanto, ao mesmo tempo, o fomentador da autoria, propulsor da criação e promotor do desejo de fruir destas criações. O acesso é, deste modo, o elemento imaterial essencial e fundamental para a construção de um ambiente criativo fértil e dinâmico, garantidor da própria sustentabilidade das indústrias culturais, sem o qual toda e qualquer política de promoção de uma sociedade culturalmente rica será ineficaz. (SOUZA, 2023, p. 2)

O acesso à cultura é condição decisiva para a existência da efetividade dos direitos autorais, bem como a concretização de quaisquer direitos relativos a produções culturais.

Luciana Wolf Leite e Joyce Mara Ávila Paixão assinalam que a cultura é a precursora de conhecimento, do recrutamento de mão-de-obra especializada, desenvolvimento de novas técnicas, ou seja, possui grande prestígio na esfera econômica das sociedades e concluem:

O ritmo acelerado com o qual vem ocorrendo a economia das sociedades contemporâneas, no aspecto produção e consumo, demanda um número cada vez maior de profissionais qualificados, ou seja, um aumento na dispersão do conhecimento, acompanhando a tendência moderna de desenvolvimento e comunicação rápida e generalizada.

...

¹⁷ Para o autor, a todos cabe o dever de abstenção, de não cercear o exercício dos direitos culturais ou restringir injustificadamente o direito de acesso à cultura. Propõe uma mudança cultural no Direito que reconheça o valor e importância dos direitos culturais e do acesso à cultura. (*Op. cit.*, p. 18)

A previsão dos Direitos Culturais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adere à importância e necessidade de proteção à cultura; ademais, outorga ao Estado o papel de incentivador e fomentador das atividades culturais.

...
É certo, também, que a Lei de Direitos Autorais, além de proteger os direitos do autor, deveria proporcionar ao cidadão acesso fácil às obras criativas, em conformidade com o previsto na Constituição Federal de 1988, que prevê o direito à informação, à educação e à cultura. Aliás, o acesso à informação está diretamente ligado ao direito à educação. (LEITE; PAIXÃO, 2012, p. 107-108, 109-110)

Resta claro que as garantias individuais fundamentais da coletividade e as prerrogativas fundamentais de exclusividade conferidas ao autor estão atreladas, sempre em prol da igualdade. Evidencia-se que tanto o direito de acesso à cultura quanto os direitos autorais estão igualmente protegidos como direitos fundamentais.

2.4.3 Princípio da Pessoalidade

Nos termos do art. 11 da Lei de Direitos Autorais-LDA:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.
Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

A obra deve pertencer a quem a cria. Se alguém criou uma obra, a esta pessoa deveria ser dado o controle sobre sua criação, assim como assegurado o direito de ela se beneficiar, isto é, em síntese, o poder de usar, fruir e explorar o objeto de sua criação. (LEITE, 2004, p. 171)

Os direitos autorais, como direitos intelectuais que são, podem ser adequadamente tratados como direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista sua garantia em diversos dispositivos de ordem internacional e a guarida expressa da Constituição Federal de 1988, além da legislação infraconstitucional regente específica da matéria. O autor, desde o momento da criação da obra, passa a ser titular de direitos autorais, o que significa que a intervenção de sua criação, de sua concepção estética materializada sobre o mundo das relações sociais também desencadeou uma cadeia de reflexos jurídicos. O ato intelectual e criativo é suficiente para produzir laços jurídicos estreitos entre o criador e a coisa criada. (BITTAR, 1977, p. 132 e 139)

O objeto de titularidade é a criação do espírito passível de proteção legal em virtude de posicionamento de que a obra de engenho é o autêntico título que outorga o direito de autor ao próprio sujeito de direitos com exclusividade, relativamente ao autor (criador intelectual), sob os aspectos de ordem pecuniária e moral, nos termos do art. 11 da LDA. Sabe-se que o titular originário na condição de criador da obra estética é a pessoa natural, todo indivíduo capaz de

direitos e deveres na ordem civil, englobando também os incapazes, atribuindo-se a responsabilidade ao representante legal (tutor, curador, etc.) com fulcro no princípio da identidade subjetiva autoral (autor é a pessoa natural que cria). (SOARES; SOARES, 2016, p. 11)

Ademais, a titularidade é conferida às pessoas jurídicas através do ser humano que concebe ou materializa obras intelectuais de modo originário, através da exteriorização da criação. Assim, os criadores atuam sob a direção da pessoa jurídica, no caso de obras coletivas ou de obra sob encomenda, de acordo com o estipulado em contrato, a teor do art. 11, § único e art. 5º, VIII, “h”, da LDA.

2.4.4 Princípio da Proteção

A proteção do direito autoral no Brasil é regida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXVII e XXVIII, bem como pelo Código Civil Brasileiro e pela Lei n. 9.610/98.

O direito de proteção às participações individuais em obras coletivas é consagrado no texto constitucional em vigor no art. 5º, XXVIII, “a” e regulamento pelo art. 17 da LDA.

Cada vez mais essa espécie de produção intelectual será merecedora de proteção específica, na medida em que cada dia mais puder satisfazer aos anseios profundos de saciação do prazer estético dos sentidos, mediante a linguagem que fala diretamente à alma do ser humano. O Direito lá estará para regular os impasses decorrentes da utilização desse tipo de criação, a fim de garantir o conforto e a segurança de que necessitam os autores para continuar criando. (MENEZES, 2007, p. 21)

Nos termos do art. 7º da LDA, são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Ao comentarem tal dispositivo, destacam Pedro Paranaguá e Sérgio Branco:

Percebe-se que o legislador teve duas grandes preocupações: a) enfatizar a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada e b) minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa. De fato, é relevante mencionar que só são protegidas as obras que tenham sido exteriorizadas. As ideias não são passíveis de proteção por direitos autorais. No entanto, o meio em que a obra é expressa tem pouca ou nenhuma importância, exceto para se produzir prova de sua criação ou de sua anterioridade, já que não se exige a exteriorização da obra em determinado meio específico para que, a partir daí, passe a existir o direito autoral. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 23 e 24)

Com o avanço da tecnologia, observam-se diariamente conflitos no mundo digital, inclusive porque há uma facilidade enorme do trabalho intelectual ser copiado, em curto espaço de tempo, e por vezes, sem que o criador perceba ou quiçá, venha a perceber tempos depois.

Sérgio Said Staut Júnior trata a proteção do autor como tema central dos direitos autorais:

Se o fundamento está na criação e só existe obra intelectual protegida pelo direito autoral se houver um mínimo de criatividade, a tutela jurídica pretendida objetiva, justamente, o sujeito criador. Ou seja, para o discurso tradicional dos direitos autorais, o sistema de regulação da titularidade da produção cultural e intelectual em sociedade é destinado à proteção dos autores, não é mais orientado à proteção de privilégios atribuíveis pelo soberano aos súditos ou aos monopólios de corporações de editores. Sob essa ótica, proteger ou tutelar a pessoa do autor resulta na atribuição de um “exclusivo” a ele, sobre a sua obra, pelo menos a título originário. Isso significa que é criador quem adquire, originalmente, o plano jurídico, os direitos patrimoniais e morais sobre o produto artístico, científico e literário, fruto de seu intelecto. Esses direitos são atribuídos ao autor com a finalidade de protegê-lo. Vieira Manso, ao conceituar os direitos autorais, chega a afirmar que o único sentido desses direitos é a proteção do criador, independentemente de qualquer disposição legal. (STAUT JUNIOR, 2006, p. 76-77)

Para que a obra mereça proteção, é necessária sua exteriorização, isto é, que seja expressada de alguma forma, pois a simples ideia, conjectura ou pensamento que não chega a ser exposto, apresentado de algum modo, está fora do âmbito de proteção desse direito. Necessariamente a obra terá que ser original, o que não quer dizer nova. A novidade não é interessante ao Direito Autoral, mas, sim, à forma com que a obra é exteriorizada. Originalidade significa criar alguma coisa dotando-a com características próprias, traços pessoais, expondo a maneira e o ângulo com que o seu criador vê o mundo, sente e percebe as coisas, o seu lado interior, e, desta forma, o transporta para sua criação. (LANGE, 1996, p. 21).

O art. 5º, VIII, “h”, da LDA, conceitua a obra coletiva como aquela criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação criativa de diferentes autores que se fundem numa criação autônoma.

Contudo, a pessoa jurídica também deveria ser considerada como criadora da obra coletiva, posto que à própria natureza dessas entidades de direito (pessoas jurídicas), que participam dos atos da vida civil, são representadas, em sua exteriorização, por pessoas naturais. (BITTAR, 1977, p. 80)

Há a autoria da pessoa jurídica por nós denominada de “objetiva” (reconhecida pela sociedade como tal e tendo seu nome ligado à obra) em oposição às pessoas físicas que teriam a autoria subjetiva (porque estas contam não só com o reconhecimento da sociedade, mas também

com a percepção própria da pessoa física quanto à consciência de criação da obra). (MORATO, 2014, p. 120)

A proteção ao direito intelectual deve ser uma preocupação jurídica e cultural constante. Somente haverá desenvolvimento na educação e na cultura do país se os criadores intelectuais forem devidamente remunerados e protegidos. Como o direito acompanha o tempo, ou ao menos assim o deveria, o titular, diferentemente do antes concebido, nem sempre será o autor. E em sendo o cessionário detentor do direito de exploração da obra, as limitações impostas podem se colocar contra o autor no regime jurídico contratual que outorga os direitos excessivamente em detrimento do detentor da autoria. (PALSKUSKI, 2014, p. 12)

A principal característica do direito autoral reside no fato de que o seu escopo fundamental é a proteção do criador ao passo que o Copyright protege a obra em si, ou seja, o produto, dando ênfase à vertente econômica, a exploração patrimonial das obras através do direito de reprodução, desde que gere o seu crédito. No efetramento do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar a título oneroso ou gratuito, mas o crédito de sua autoria deverá vir expresso. (MARÇAL, 2010, p. 5)

Percebe-se, pois, que uma das principais vantagens do regime de proteção, com os institutos de propriedade intelectual presentes no ordenamento brasileiro é a propriedade da informação¹⁸. (LARA, 2023, p. 379)

Desse modo, evidencia-se que a informação assume papel relevante no contexto da proteção autoral.

2.4.5 Princípio da fiscalização

A teor do art. 5º, inciso XXVIII, “b” da Constituição Federal, o exercício do direito de fiscalizar o aproveitamento econômico pelos criadores, intérpretes e às respectivas associações e representações sindicais pode ocorrer, formal ou informalmente, judicial ou extrajudicialmente.

De acordo com tal princípio busca-se averiguar e controlar as utilizações das obras intelectuais, seja pelos sujeitos de direitos autorais e/ou seus mandatários (sindicatos e

¹⁸ Para o autor, ao contrário do que afirmou Coase de forma genérica, a atribuição inicial dos direitos de propriedade intelectual é capaz de afetar o resultado final da distribuição dos direitos, mesmo que se suponha ausência de custos de transação. (LARA, 2023, p. 379)

associações), com o propósito de se obter uma remuneração justa-adequada e uma remuneração financeira aos seus criadores.

O princípio da fiscalização deve estar sempre atrelado ao princípio da supremacia do interesse público.

Nesse diapasão, o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. EVENTOS PROMOVIDOS PELO MUNICÍPIO DE RIO PIRACICABA. AUTORIZAÇÃO DO ECAD. PAGAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS. IMPRESCINDIBILIDADE. FINALIDADE LUCRATIVA DO EVENTO. IRRELEVÂNCIA. ART. 68, DA LEI Nº 9.610/98. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRO MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. ART. 71, DA LEI Nº 8.666/93. TUTELA INIBITÓRIA. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO PELA MUNICIPALIDADE PARA EVITAR A VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Conforme prevê a norma inserta no art. 68, da Lei nº 9.610/98, os direitos autorais são devidos ainda que o evento não tenha caráter lucrativo; assim, deve o Município providenciar o recolhimento dos direitos autorais nos eventos que realiza, independentemente do fato de serem gratuitos. 2. Nos eventos realizados por empresas contratadas pelo Poder Público, por meio de processo licitatório, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento dos direitos autorais não pode ser transferida à Administração, salvo se comprovada omissão na fiscalização do cumprimento dos contratos públicos (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*), tendo em vista o disposto no art. 71, caput e §1º, da Lei nº 8.666/93, que, em razão do princípio da supremacia do interesse público, tem prevalência sobre a norma inserta no art. 100, da Lei nº 9.610/98, que estabelece a responsabilidade solidária da cadeia de responsáveis pelo evento.

3. Entretanto, em se tratando de tutela inibitória, que visa impedir a violação de direito tutelado pelo Estado, possível é exigir da municipalidade a fiscalização dos contratos administrativos quanto à obrigatoriedade de prévio recolhimento dos direitos autorais na realização de eventos de execução pública de obras artísticas. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.131533-4/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/10/2023, publicação da súmula em 31/10/2023)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA NECESSÁRIA - DIALETICIDADE RECURSAL RESPEITADA - PRELIMINAR REJEITADA - REVELIA - FAZENDA PÚBLICA - EFEITOS MATERIAIS - INAPLICABILIDADE - NULIDADE DA SENTENÇA - AFASTADA - DIREITOS AUTORAIS - LEI N.º 9.610/98 - RECOLHIMENTO DE QUANTIA DEVIDA AO ECAD - EXECUÇÃO MUSICAL EM EVENTO CONTRATADO PELO MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ENTE PÚBLICO - CONFIGURAÇÃO - VALOR INSTITUÍDO PELO ECAD - VALIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há violação ao Princípio da Dialeiticidade Recursal quando as razões visam à alteração da Sentença prolatada, evidenciando o inconformismo do Recorrente. Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis. Apesar de ser vedada a transferência dos encargos financeiros da contratada para a administração, a omissão no dever de fiscalização desta no cumprimento dos encargos daquela, enseja na responsabilidade solidária do ente público, prevista no art. 110 da Lei nº. 9.610/98, pelo inadimplemento dos encargos relativos aos direitos autorais das obras musicais que foram colocadas ao alcance do público nos eventos. Compete ao Ecad fixar o preço da retribuição aos direitos autorais, sendo válido o valor por ele apurado com base nos critérios fixados em consonância com o "Regulamento de

Arrecadação". (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0095.13.000223-1/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2018, publicação da súmula em 14/11/2018)

Para tanto, deve haver harmonia entre o direito patrimonial do autor (interesse privado) e a funcionalidade da propriedade intelectual, inclusive atrelado à prestação de contas.

Louve-se o empenho, a dedicação da gerência jurídica do ECAD que, em sintonia com os advogados das associações que o integram, hoje em número de sete (ABRAMUS, AMAR, ASSIM, SBACEM, SICAM, SOCINTRO E UBC, na ordem alfabética), vem ao longo do tempo, obtendo significativas vitórias no Colendo Superior Tribunal de Justiça, não só na área do cinema, como em relação a outros segmentos de usuários inadimplentes, firmando uma jurisprudência sólida em prol da defesa constante dos direitos de execução pública. (EBOLI, 2022, p. 130)

Consoante ver-se-á nos próximos capítulos, a jurisprudência da Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando e reconhecendo o direito inquestionável dos autores e produtores ao pagamento dos direitos autorais.

2.4.6 Do Princípio da Funcionalização e Função Social da Propriedade

A função social configura um princípio informador que ainda tem gerado muitas discussões doutrinárias sobre seu alcance, sua natureza e significado.

No estudo do Direito, funcionalização significa que a análise que o jurista fará de cada instituto deverá partir, sem dúvida, da estrutura, que continua sendo importante, mas também levará em conta a função que o instituto exerce para o bem do ser humano, o papel que um princípio ou uma regra desempenha no interior de um sistema ou de uma estrutura. Cada instituto jurídico deverá ser estudado em função do ser humano, em função da sociedade etc. Nesse contexto é que se fala em função social, função econômica, função repressiva, função preventiva de uma norma ou de um instituto jurídico. (FIUZA, 2006, p.118)

Destarte, quando se examina o aspecto funcional não se deve cingir apenas ao elemento social. De forma que a função social do Direito de autor é plasmada numa visão abrangente que inclui as limitações legais relativas ao alcance e conteúdo da tutela autoral, além daquelas voltadas ao desenvolvimento cultural, econômico, tecnológico, acesso à informação, à educação,

à ciência, sendo em sua totalidade deduzida das normas e garantias constitucionais fundamentais. (SOARES; SOARES, 2023, p. 09)

Para os autores, a funcionalidade abarca a multiplicidade de funções da categoria de direitos: econômica, social, política, normativa e pedagógica. E assinalam:

Em suma, o princípio da funcionalidade do direito subjetivo autoral é considerado elemento que reordena o sistema juscivilístico aplicável na relação entre o Direito autoral e as normas fundamentais constitucionais, suscitando a reintegração completa da teoria da propriedade intelectual no contexto da chamada sociedade da informação em que as novas tecnologias da informação e comunicação demarcam um novo quadro de relações sociais, jurídicas e econômicas. (SOARES; SOARES, 2023, p. 07 e 09)

No conceito de função social deve-se vislumbrar o intuito de preservar o interesse individual e não de subjugá-lo, a fim de garantir eficácia ao próprio direito subjetivo. Há o interesse social de tutela do direito subjetivo individual como forma de salvaguardar o equilíbrio social, do modo que se reprime o interesse individual ilegítimo que se verifica na ocorrência do abuso de direito, por exemplo. (POLI, 2006a, p. 174)

O direito autoral, compreendido entre os direitos da propriedade intelectual, também precisa ser analisado sob a ótica da função social, dado o seu caráter essencialmente patrimonialista. Embora a Lei nº 9.610/1998 não tenha em seu texto previsão expressa nesse sentido, igualou os direitos autorais a bens móveis para efeitos legais (art. 3º). Isso exige uma interpretação da lei dentro do quadro legal maior. (ARGOLLO; ROSA, 2018, p. 63)

A teor do inc. XXXIII, do art. 5º da Constituição Federal, “a propriedade atenderá a sua função social”.

A defesa da preservação, estímulo e divulgação da cultura fundamentam a existência dessa proteção às obras de criação do espírito humano e, justamente para evitar que essa proteção seja um obstáculo à cultura, impõem-se limites. (PIERRE, 2005, p. 6)

Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.279 de 1996, que regula direitos e obrigações inerentes à propriedade intelectual, a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial deve considerar, além do desenvolvimento tecnológico econômico do país, o interesse social.

A função social é elemento indissociável do conceito de propriedade, de modo que apenas a propriedade funcionalizada aos interesses socialmente relevantes será tutelada pelo ordenamento jurídico. Por isso, as limitações, que representam a *função social nos direitos autorais*, devem ser interpretadas como *numerus apertus*, de modo a retirar do instituto a lógica puramente patrimonial, adequando-o à nova tábua de valores constitucionais. (COSTA; FERREIRA, 2018, p. 1270)

Para Isabel Vaz:

O progresso cultural e o avanço tecnológico multiplicaram as modalidades de criação do espírito humano, entendidas atualmente como necessárias à satisfação de um interesse social, que, a despeito da proteção dos direitos autorais, sobrepõe-se ao interesse do indivíduo-autor. Encontram-se, assim, em presença, dois tipos de interesses 'igualmente legítimos e igualmente inafastáveis', competindo ao Estado atender 'de maneira igualmente satisfatória a ambos: de um lado, o autor, cujo trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial às ideias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, a sociedade que lhe fornece a matéria prima dessa obra, constituindo seu receptáculo natural. (VAZ, 1992, p. 90)

A atribuição da funcionalidade seria decorrência da chamada institucionalização da criação intelectual, dado que a tutela autoral seria legitimada não somente na tutela dos interesses do criador ou titular de direitos autorais, mas também em favor dos vários interesses envolvidos como instrumento de satisfação do interesse social de promoção do desenvolvimento cultural e do interesse político de legitimação da ordem jurídica. Tal institucionalização seria voltada para a composição dos interesses contrapostos emanados da relação jurídica autoral na obtenção da solução jurídica mais convincente para os envolvidos. (POLI, 2006b, p.422).

No Direito Brasileiro, a proteção ao Direito do Autor é ampla, mas não irrestrita, razão pela qual deve o titular do direito exercê-lo de modo a garantir sua função social.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua **função social**:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não deve se convolar em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior, devendo, nesse mister, atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixie o espaço político de deliberação coletiva. 2. A gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais [GERVAIS, Daniel (org.) Collective Management of Copyright and Related Rights. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2nd Edition, 2010], o que sugere não existir um modelo único, perfeito e acabado de atuação do Poder Público, mas, ao revés, um maior ou menor protagonismo do Estado, dependente sempre das escolhas políticas das

maiorias eleitas. 3. A Constituição de 1988 não estabeleceu prazos mínimos para tramitação de projetos de lei, nem disciplinou o regime urgente de deliberação, circunstância que confere espaço suficiente para o legislador imprimir aos seus trabalhos a cadência que reputar adequada. A interferência judicial no âmbito do processo legislativo, para justificar-se, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto expresso das normas da Constituição da República. Inexistência de ofensa formal à Lei Maior. 4. A Lei nº 9.610/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, impõe a divulgação de informações concernentes à execução pública de obras intelectuais, notadamente músicas, e à arrecadação dos respectivos direitos (art. 68, §§ 6º e 8º, e art. 98-B, I, II e parágrafo único), além de vedar a pactuação de cláusulas de confidencialidade nos contratos de licenciamento (art. 98-B, VI), estabelecendo penalidades em caso de descumprimento (art. 109-A). 5. O cânone da proporcionalidade encontra-se consubstanciado nos meios eleitos pelo legislador, voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII), dos usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV). 6. O art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.853/2013, estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, ocupando, assim, um espaço público não-estatal, conforme sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 201.819 (red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, rel. Originária, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006). 7. As entidades de gestão coletiva possuem a evidente natureza instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual, dadas as dificuldades operacionais que marcam o setor. Destarte, tanto a produção de cultura (pelos autores) quanto o acesso à cultura (pelos usuários) dependem do hígido funcionamento das associações arrecadadoras e distribuidoras de direitos. Esse relevante papel econômico é traduzido juridicamente como a função social das aludidas entidades, cuja importância social justifica o interesse público na sua existência e esmerada atuação. (...) 29. A novel disciplina legal deixa evidente o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV), como reconhecido pelo STF (SE nº 5.206) e devidamente respeitado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.610/1998, art. 100-B), pelo Chefe do Poder Executivo federal (Decreto nº 8.469/2015, art. 25) e pelo Ministério da Cultura (IN nº 4/2015, art. 2º). 30. O art. 99-A da Lei nº 9.610/1998, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 12.853/2013, autoriza órgão da Administração Pública federal a tornar obrigatória a admissão de associados no ECAD, desde que sejam habilitados previamente para desempenhar a gestão coletiva e haja pertinência entre as áreas de atuação. 31. A previsão legal impede que as associações já estabelecidas na gestão coletiva possam asfixiar a criação de novas entidades mediante políticas de alijamento junto ao ECAD, que ostenta, por força de lei, o monopólio da arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas (Lei nº 9.610/1998, art. 99). 32. A

criação de novas entidades coletivas impõe pressão competitiva sobre as associações já atuantes, que tenderão a ser mais eficientes, oferecendo serviço de qualidade e com maior retorno para seus associados. 33. O monopólio legal que favorece o ECAD, entrevistado como bônus, sofre a incidência da contrapartida consistente no dever de admitir toda e qualquer entidade legalmente habilitada...(ADI 5062. Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 27/10/2016. Publicação: 21/06/2017)

A função social dos direitos do autor assume grande relevância, principalmente se levar em consideração o prazo estabelecido pela lei para exploração do direito patrimonial sobre a obra após a morte do autor.

Em se tratando de direito do autor, conta-se o prazo desde sua concepção ou criação até o fim de 70 anos, contados de 01 de janeiro do ano subsequente ao do falecimento dele, respeitando a ordem sucessória da legislação civil.

João Batista Nogueira foi um celebrado músico e compositor carioca, considerado por muitos como um ícone da música popular brasileira. Sua voz grave e seu talento para a composição garantiram seu destaque sobretudo no samba. Faleceu em 5 de junho de 2000, deixando uma obra de mais de 300 composições. De acordo com a Lei do Direito Autoral, é dos seus herdeiros ou sucessores o direito de exploração da obra por mais setenta anos após 1º de janeiro de 2001, ano seguinte ao do falecimento do autor. Ou seja, somente em 2071 seu acervo será de domínio público, permitindo a execução de suas músicas por qualquer pessoa sem a prévia autorização dos detentores dos direitos patrimoniais. (ARGOLLO; ROSA, 2018, p. 65)

O poeta e filósofo Antônio Cícero (membro da Academia Brasileira de Letras desde 2017) faleceu na data de 23/10/2024, em decorrência de suicídio assistido.¹⁹ Assim, a partir de janeiro de 2025, os herdeiros de Antônio Cícero continuarão a receber os direitos autorais pelas composições dele por 70 anos.

O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) lamentou a morte do compositor, escritor, poeta e filósofo Antônio Cícero. Com 130 composições e 40 gravações cadastradas no banco de dados da gestão coletiva, ele deixa um legado musical que ficará marcado na interpretação de diversos artistas que gravaram suas canções, como sua irmã Marina Lima, além de Lulu Santos, João Bosco, Maria Bethânia e outros^{20, 21}

¹⁹ Ele morava na Suíça, onde as leis permitem tal prática. Ele tinha a doença de Alzheimer, fez a opção do suicídio assistido e declarou “espero ter vivido com dignidade e espero morrer com dignidade.” (Disponível em www.globo.com Acesso em 26 de out. de 2024).

²⁰ Dentre eles, Zizi Possi, Adriana Calcanhoto, Orlando Moraes, Roberto Frejat e Gal Costa. (Disponível em www.globo.com Acesso em 26 de out. de 2024).

No caso de direitos conexos, conta-se o prazo de 70 anos, a partir de 01 de janeiro do ano subsequente à fixação dos fonogramas. Já em caso de programas de computador, o prazo é de 50 anos, a partir de 01 de janeiro do ano subsequente à criação. No caso de patente, o prazo é de 20 anos para patente de invenção e 15 para modelo de utilidade, contados a partir da data do depósito. Em se tratando de marca, o prazo é de 10 anos, contados da data da expedição do registro, sendo prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, o direito autoral representa um direito de natureza patrimonial. Assim, "por apresentar essa natureza, a propriedade desempenha uma função social, mas ela também não é absoluta. E aí, mais uma vez, com base nessa perspectiva, ela autoriza a intervenção do Estado nesse tipo de propriedade que é o direito autoral".²²

Além dos princípios acima expostos, pode-se mencionar, a) o da Temporariedade, para que uma obra seja protegida por direitos autorais, precisa estar dentro do prazo de proteção, que é ordinariamente o da vida do autor mais 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte (art. 41); b) a Prévia autorização — enquanto a obra não cai em domínio público, só será possível a terceiros se valer dela se tiverem prévia e expressa autorização do titular dos direitos sobre a obra (art. 29 da LDA).

Além destes princípios, Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, tratam dos Princípios da Perpetuidade do Vínculo Autor-Obra, da Individualidade da Proteção, da Independência das Utilizações e do Direito de Propriedade sobre o bem:

c) dos Princípios da Perpetuidade do Vínculo Autor-Obra, da Individualidade da Proteção, da Independência das Utilizações e do Direito de Propriedade sobre o bem: d) Perpetuidade do vínculo autor-obra: esta é uma decorrência do direito moral de autor. Como a autoria é uma emanção da personalidade, o nome do autor está perenemente conectado à obra que criou. Por isso, Cervantes sempre será o autor de Dom Quixote, devendo constar essa referência em qualquer adaptação que se faça da obra para teatro, cinema, televisão, ou em qualquer outro uso que dela se faça. e) Individualidade da proteção: cada obra deve ser protegida independentemente. O livro O Código Da Vinci, escrito por Dan Brown, goza de proteção específica na qualidade de obra intelectual que é. Já o filme O Código Da Vinci, dirigido por Ron Howard, é obra independente e, como tal, goza também de proteção, incidindo sobre ambas, inclusive, prazos diferentes. f) Independência das utilizações: diz o art. 31 da LDA que as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais. Por isso, quando o titular dos direitos sobre os livros de Harry Potter autoriza sua adaptação para o cinema, não autoriza implicitamente nenhum outro uso possível da obra. Se a autorização é para adaptação cinematográfica, esta não vale para adaptação para programa de televisão, nem peça de teatro, nem tradução para outro idioma, a menos que essas autorizações

²¹Disponível em https://www.terra.com.br/diversao/ecad-emite-nota-de-pesar-pela-morte-de-antonio-cicero,756d397b35fb8dd62dc83c56bd7e0ec4xtszhn1t.html?utm_source=clipboard Acesso em 26 de out. de 2024.

²² STF ADIn 5.062 / ADIn 5.065 Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 27 de abril de 2024.

também estejam expressamente indicadas. Este princípio é decorrência direta do art. 4º da LDA, que prevê que se interpretem restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. g) Direito de propriedade sobre o bem: quando adquirimos um bem protegido por propriedade intelectual, na verdade adquirimos o bem material em que a obra está fixada. Assim, se ganhamos um CD de presente, temos a propriedade sobre o bem CD, mas não sobre as obras que nele constam. Assim, podemos exercer plenamente nosso direito de propriedade sobre o CD: guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo. Mas não temos qualquer direito sobre as músicas nele contidas, exceto nos limites previstos na lei. Por isso, até mesmo para fazer a cópia integral de qualquer uma das músicas, seria necessário termos autorização do titular dos direitos. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 55-56)

Portanto, tais princípios decorrem do direito moral do autor e assumem papel relevante no contexto dos Direitos Autorais.

2.5 Direitos Autorais e conteúdo patrimonial: O ECAD e a proteção do titular de “patrimônio” autorial.

Os direitos autorais são divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais. Os direitos morais asseguram a autoria da criação ao autor da obra intelectual, no caso de obras protegidas por direito de autor. Já os direitos patrimoniais são aqueles que se referem principalmente à utilização econômica da obra intelectual. É direito exclusivo do autor utilizar sua obra criativa da maneira que quiser, bem como permitir que terceiros a utilizem, total ou parcialmente. Ao contrário dos direitos morais, que são intransferíveis e irrenunciáveis, os direitos patrimoniais podem ser transferidos ou cedidos a outras pessoas, às quais o autor concede direito de representação ou mesmo de utilização de suas criações. Caso a obra intelectual seja utilizada sem prévia autorização, o responsável pelo uso desautorizado estará violando normas de direito autoral, e sua conduta poderá gerar um processo judicial. (ALVES, 2016, p. 41/42)

O autor é titular de direitos morais e de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual por ele produzida. Os direitos patrimoniais compreendem os poderes de usar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. Mas, salvo os de natureza personalíssima, são transmissíveis por herança, nos termos da lei. Já os patrimoniais são alienáveis por ele ou por seus sucessores. (CASTRO, 2001, p. 209)

O direito patrimonial configura uma propriedade, o direito exclusivo de fruir, utilizar e dispor da obra, e, evidentemente, necessita de regimento de acordo com sua função social. O direito moral, por sua vez, não é passível de discussão e o autor deverá ser sempre declarado como o criador da obra.

A respeito, leciona Arnaldo Rizzardo:

Primeiramente, necessário salientar que o direito autoral envolve duas dimensões: a pessoal e a patrimonial. A primeira corresponde ao aspecto intelectual e espiritual – que emana da personalidade psíquica. Reconhece-se ao autor a personalidade da obra, que é sua criação. Daí tornar-se a mesma inseparável do autor. Ninguém poderá modificar a autoria, pois perpétua, inalienável e imprescritível. Representa uma extensão da própria personalidade do autor. Torna-se o direito impenhorável, formando o direito moral do autor, eis que não se verifica a exploração econômica do trabalho. A segunda, ou patrimonial, resume-se na materialização da ideia. Vem a ser a utilização econômica da obra – verificável mediante sua publicação, difusão, tradução e reprodução. (RIZZARDO, 2009, p. 678)

A Lei de Direitos Autorais protege não somente autores e criadores intelectuais, mas também outros titulares de direitos conexos, como cantores, intérpretes, músicos executantes, os próprios produtores fonográficos, bem como a sociedade empresária que investe, coloca o seu capital, seu investimento para fazer um disco, um CD, um DVD.

O direito patrimonial está ligado à ideia de propriedade, se refere ao uso de exploração comercial e econômica da obra e representa a contraprestação financeira do autor pela utilização, publicação ou reprodução de sua obra por parte de terceiros, em respeito à garantia constitucional da exclusividade do autor em relação às suas criações.

Assim, o autor pode receber dinheiro pela sua criação intelectual, seja através de venda ou reprodução de cópias da obra, licenciamento de produtos relacionados à obra e utilização de software ou da criação.

A teor do art. 3º da Lei de Direitos Autorais (nº. 9.610/98), os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Por sua vez, o art. 83 do Código Civil assim dispõe: consideram-se móveis para os efeitos legais: [...] III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações²³.

Ao comentarem tal dispositivo, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

Bens incorpóreos. Têm essa natureza as forças naturais de valor econômico, tais como a energia elétrica e a energia fonética, bem como os direitos autorais e direitos de patentes. (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 419)

²³ O art. 48 do Código Civil de 1916 rezava que:
Consideram-se móveis para efeitos legais: ... III – **os direitos do autor.**

Silvio de Salvo Venosa complementa:

Os direitos autorais qualificados pelo Código de 1916 como propriedade incorpórea, eram também móveis por disposição legal. Hoje, essa conceituação passa a ser irrelevante, pois nada há que se confunda o direito autoral com coisa móvel. A matéria é disciplinada por legislação própria, dentro de um microssistema legal. Assim, a cessão de um direito autoral não necessita de outorga uxória ou marital. A expressão da lei “direitos de autor” devia ser entendida em sentido amplo, englobando toda a forma de propriedade intelectual, incluindo os desenhos e modelos industriais, as patentes de invenção, os nomes e as marcas de comércio, além do direito de autor, propriamente dito, isto é, criação de obras literárias, artísticas e científicas. No atual Código, os direitos de autor incluem-se nos direitos pessoais de caráter patrimonial. Estão incluídos nessa classe as cotas de capital ou ações de sociedade mercantil. (VENOSA, 2010, p. 95)

Como bem posicionou Coase, quanto aos bens corpóreos, não havendo custos de transação não haveria influência da atribuição inicial de direitos de propriedade na distribuição final, porque o bem seria deslocado para o seu melhor uso. Não havendo custos no deslocamento jurídico do bem, basta que se possibilite o exercício de poderes de gestão sobre um bem para que a sua exploração ocorra de forma mais eficiente. (LARA, 2023, p. 374)

Desse modo, os direitos autorais são considerados bens móveis e merecem especial proteção do legislador.

A Lei nº 9.610/98, dispõe sobre o conteúdo moral e patrimonial. Os direitos morais estariam dispostos nos artigos 24 a 27 da Lei e os direitos patrimoniais, nos artigos 28 a 45.

Segundo o art. 28 da LDA, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor sobre sua obra literária, artística ou científica.

O fato de ele poder dispor da obra implica sua exploração econômica por terceiros, executando-a, editando-a, interpretando-a. Em suma, o direito patrimonial conota-se no direito de utilizar a obra pessoalmente, autorizar ou impedir que outrem a utilize publicamente, ressaltando-se determinados usos sem cunho econômico. (BARROS, 2007, p. 501)

O art. 29 da Lei de Direitos Autorais trata dos casos em que é necessária a autorização do autor:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II – a edição;

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

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

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

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

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

VIII a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

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

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

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

f) sonorização ambiental;

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

h) emprego de satélites artificiais;

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

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; ART. 29 INC. IX X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas. (grifou-se)

A listagem do dispositivo acima mencionado é apenas exemplificativa cuja autorização é obrigatória.

O artigo 30 define as formas e processos de utilização da obra, autorizados pelo autor e o artigo 31, por sua vez, regula a publicação e os direitos da obra em colaboração.

O artigo 524 do Código Civil Brasileiro de 1916, por sua vez, rezava que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua."

O art. 1.228 do Código Civil de 2002 traz a seguinte redação: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

O art. 41 da LDA determina que os direitos patrimoniais do autor perdurem por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, mesmo prazo concedido às obras póstumas. Na hipótese de o autor não ter cedido os direitos de sua obra e tampouco possuir herdeiros, a obra imediatamente cairá em domínio público, de modo que estará disponível para irrestrita utilização, desde que observados os direitos morais de autor. (ENAP, 2015, p. 8)

Assim, enquanto não completado o prazo de 70 (setenta) anos, a utilização da obra intelectual está vinculada à prévia e expressa autorização dos direitos patrimoniais sobre ela.

Após tal prazo de exclusividade – do autor e dos herdeiros-, a obra cai em domínio público e pode ser autorizada independentemente de autorização.

Ingressando a obra em domínio público, obviamente será considerada livremente acessível a qualquer interessado.

Logo, o domínio público é composto por obras que não estão sob a proteção dos direitos autorais, consoante reza o art. 45 da LDA:

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Diante disso, evidencia-se que a questão da temporariedade é preceito fundamental nos direitos autorais.

Importante pontuar, que em se tratando de obras indivisíveis produzidas em coautoria, o prazo será contado da morte do último dos coautores vivo.

O prazo longo se justifica não apenas visando a proteção dos direitos do autor, mas ainda a proteção econômica de suas obras.

São inúmeros os casos históricos que conhecemos de famílias de autores, músicos, poetas que se tornaram miseráveis após o falecimento destes. Estes exemplos inflamaram uma iniciativa de proteção, a qual encontrou reconhecimento na Convenção de Berna (1886), a qual determinou a adoção de prazo mínimo de cinquenta anos para os países signatários. (ENAP, 2015, p. 8)

Composta por Vinícius de Moraes e Tom Jobim em 1962, “Garota de Ipanema” está no rol de músicas mais regravadas de todos os tempos²⁴. O assunto é tão sério que, em 2005, a família de Tom Jobim abriu um processo nos Estados Unidos por violação de contrato e direitos autorais. Além do apelo internacional, segundo o ECAD, a música “Garota de Ipanema” é a

²⁴As autoras destacam que diversos nomes da cultura brasileira são referência internacionalmente, seja na música, na arte ou na literatura e informam que a música “Garota de Ipanema” é a segunda música mais interpretada da história. (*Op. cit.*, p. 05)

Em pesquisa no site da Biblioteca Nacional, não conseguimos obter informações acerca do atual número de registros.

terceira mais gravada do Brasil, perdendo apenas para Aquarela do Brasil de Ary Barroso e Carinhoso, de Pixinguinha e João de Barro. (ALVES; MATIVI; CEOLIN, 2023, p. 05)

Apenas em 2018, foram registradas 42.998 obras na Biblioteca Nacional. Desse total, 39% eram músicas, 26% eram obras de natureza literária e 22% eram obras audiovisuais.²⁵

O registro de obras autorais **não é obrigatório**, e a Lei de Direitos Autorais (9.610/98) não faz distinção entre um cadastramento na biblioteca na BN ou em cartórios — além de admitir até mesmo um e-mail ou outras formas de registro digital privado válidas na hora de comprovar a autoria de um trabalho intelectual. Mesmo assim, a criação de um registro totalmente online é um passo importante, pois supõe uma garantia a mais para os criadores em caso de disputas de autoria e, nas palavras da secretaria, "ajuda a preservar a memória cultural brasileira"²⁶.

O art. 46 da LDA traz algumas limitações aos direitos do autor, ou seja, circunstâncias em que há possibilidade de se utilizar a obra sem desrespeitar os direitos autorais:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

²⁵ O que **PODE** ser protegido pelo registro de direito autoral:

- Textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- Conferências, aloquções, sermões e outras obras da mesma natureza;
- Obras dramáticas e dramático-musicais;
- Obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- Composições musicais, tenham ou não letra;
- Obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- Obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- Obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- Ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- Projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- Adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- Programas de computador;
- Coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. (disponível em www.antigo.bn.gov.br Acesso em 01 de maio de 2014)

²⁶ Por lei, o registro de obras artísticas é facultativo. Mas tem sua função no sistema de proteção de obras intelectuais, como instrumento para a publicidade, perante terceiros, da obra e de sua autoria. (*In: Registro das obras intelectuais pode ser feito on line*. Disponível em [www.https://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia](https://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia) Acesso em 01 de maio de 2024).

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Certamente tal dispositivo equilibra os direitos do autor com o interesse público, inclusive porque resguarda a atividade da imprensa, as pesquisas científicas e acadêmicas, além do acesso das pessoas com deficiências a determinadas obras.

A Lei de Proteção aos Direitos Autorais, em consonância com a ordem constitucional, protege a pessoa criadora da obra artística a utilização exclusiva de sua criação, podendo, inclusive, cobrar pelo uso por parte de terceiros. Aliás, da mesma forma, o art. 68 proíbe a utilização de composições musicais ou literomusicais e fonogramas em representações, e execuções públicas sem a prévia e expressa autorização do autor ou titular dos direitos autorais. O dispositivo legal que está dentro do Capítulo, cujo título é “Da Comunicação ao Público”

dispõe que sem a prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (FALCÃO; SOARES FILHO, 2012, p. 55)

Os autores acima citados ainda estacam:

Os usuários de músicas, então, não podem promover a execução pública de obras musicais sem a autorização dos autores e demais, tendo **OBRIGACÃO** de apresentar antes de qualquer evento musical, a comprovação dos recolhimentos dos direitos autorais, conforme se infere da leitura do parágrafo 4º do art. 68, o qual dispõe da seguinte forma: “Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.” (FALCÃO; SOARES FILHO, 2012, p. 56)

Diante disso, qualquer usuário de obras musicais, nos termos do art. 68 mencionado, está obrigado a mostrar a necessária autorização prévia dos titulares, expedida pelo ECAD, para a utilização pública das composições alheias.

2.6 Direitos autorais e conteúdo moral.

Os direitos morais, referem-se principalmente à relação do autor com sua obra, são direitos pessoais, sem preocupação com seu aspecto patrimonial e financeiro, ou seja, é o direito vinculado à personalidade do autor. Tal direito garante ao autor reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional vinculado à obra utilizada.

No que concerne ao direito moral do autor, considerado um direito de personalidade, irrenunciável e inalienável, o legislador assegurou a proteção da integridade da obra, elemento essencial em defesa da obra artística, na medida em que ninguém, exceto o autor, pode promover qualquer modificação em fase da obra que concebeu, além de gozar do direito de afastar atos que possam atingi-lo como autor na sua reputação ou honra. (PONTES, 2022, p. 174)

Entende-se o direito moral de autor como o vínculo permanente que une autor e a criação espiritual de forma indissociável como emanção da sua personalidade, sendo tutelado pelo ordenamento jurídico em razão dos elementos psíquicos e essenciais do sujeito de direitos no exercício de sua atividade criadora. O direito de autor na sua concepção é direito personalíssimo,

configurado por ser inerente ao indivíduo, como pressuposto da sua própria condição humana com fulcro nos seus caracteres identificadores²⁷. (SOARES, 2009, p. 107)

Assim, o direito moral possui determinadas características, pois é um direito: **personalíssimo** do autor de obras intelectuais, e somente ele poderá exercê-lo; irrenunciável, significando que o autor não pode desprezar os seus direitos morais; **imprescritível**, por ser reclamado por via judicial a qualquer tempo; **perpétuo**; **inalienável**, pois, mesmo cedendo seus direitos patrimoniais, o autor conserva seu direito moral; **impenhorável** ou **inexpropriável**, pela própria característica de ser inalienável; **absoluto**, por ser oponível contra todos (*erga omnes*); **extrapatrimonial**, pois não comporta quantificação pecuniária. (CASTRO, 2001, p. 212)

Como os demais direitos de personalidade – direito ao nome, imagem, dignidade, honra etc. – os direitos morais autorais são inalienáveis e irrenunciáveis, a teor do art. 27 da LDA e, evidentemente, são também imprescritíveis e impenhoráveis, como os demais direitos de personalidade.

Para Leonardo Estevam de Assis Zanini, a construção dos direitos morais se assentou em dois grandes alicerces:

- 1) de um lado, temos a jurisprudência francesa do século XIX, que concebeu um direito cujo objetivo era a proteção dos interesses pessoais dos criadores intelectuais;
- 2) de outro lado, a doutrina alemã da mesma época aprofundou a noção dos direitos da personalidade, o que auxiliou a compreensão e o desenvolvimento dos direitos reconhecidos pela jurisprudência.

Desse modo, o direito moral de autor se agregou ao conceito já estabelecido de direitos de propriedade literária, artística e científica, passando, aos poucos, do campo jurisprudencial e doutrinário para o reconhecimento legal, o que poderá ser notado de forma mais evidente nas legislações promulgadas no início do século XX, particularmente após a Primeira Guerra Mundial. (ZANINI, 2014, p. 22)

Ao tratar dos direitos morais, Lahiri Lourenço Argollo e Flávia Goulart Mota Garcia Rosa, lecionam que a forma mais conhecida de violação dos direitos morais é o plágio, a usurpação da autoria pela obra, no todo ou em parte. E pontuam:

Por serem personalíssimos, não são alcançados pelo viés econômico da propriedade intelectual e possuem caráter inalienável, irrenunciável e imprescritível. O objetivo maior é garantir a integridade da obra de acordo com a visão criativa do seu autor, vinculando-a indestrutivelmente à sua pessoa (Cabral, 2000). (ARGOLLO; ROSA, 2018, p. 61-62)

²⁷ Para o autor, é inquestionável a natureza jurídica da relação autor-obra como substrato para a tutela de diversos aspectos da personalidade intelectual no respeitante a intimidade, a honra, a reputação (boa fama), justificando-se o resguardo desses bens inerentes à pessoa do autor. (*Op. cit.*, p. 111.)

Acerca do tema, convém destacar alguns artigos da Lei n. 9.610/98:

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Art. 24. São direitos morais do autor:

[...] o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservá-la inédita; o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação e imagem; o de modificá-la antes ou depois de utilizada, de retirá-la de circulação, o de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada; ou de ter acesso a exemplar único e raro de obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Os direitos morais de autor são disciplinados na legislação de regência em vigor (os arts. 24 a 27 da LDA) e vinculam-se à paternidade da obra, além do disposto nos tratados internacionais aplicáveis, especialmente a Convenção Internacional de Berna de 1886.

Destarte, ao inventar uma obra intelectual o autor passa a ser detentor dos direitos morais expressos no art. 24 da LDA, os quais não podem ser comercializados, doados, renunciados, penhorados, assim como serão perpétuos.

O autor é beneficiário do direito de proteção legal de suas obras. Todavia, tal proteção não é exclusiva, pois nos termos do art. 24, § 1º: “por sua morte a seus herdeiros transmitem-se todos os seus direitos”.

Desse modo, mesmo que o autor tenha alienado os direitos patrimoniais, ele ainda mantém o direito de postular a sua autoria, bem como de proteger a integridade de sua obra.

O art. 27, por sua vez, dispõe que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

Nessa perspectiva, uma eventual violação das prerrogativas delineadas nos incisos I a VI do art. 24 da Lei 9.610-98 poderia, também, ensejar a aplicação do art. 105. O objetivo seria o

de impedir que a violação a direito moral do autor se perpetuasse. O dever jurídico de obtenção de prévia autorização dos titulares de direitos não é imposto por dispositivo legal, mas decorre dos artigos 28 e 29 da Lei de Direito Autoral. O mesmo ocorre na hipótese de violação a direito moral de autor, devidamente positivado nos incisos do art. 24 da Lei n. 9.610-98. Assim, verificada a violação do dever jurídico de obtenção de prévia licença, no caso de direito patrimonial do autor, seria perfeitamente cabível o pedido de tutela de remoção do ilícito. (SANCHES; CALLAI, 2022, p. 103 e 112)

De acordo com o art. 6º *bis* da Convenção de Berna: independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra, e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou sua reputação.

Tal dispositivo assegura o chamado direito de paternidade e integridade.

Dentre os poderes do titular de direitos morais de autor, destaca-se, como núcleo essencial, por refletir de forma densa a proteção do vínculo entre autor e obra, o direito de paternidade da obra. Este direito tem, por óbvio, características positivas e negativas. Assim, em razão das provisões legislativas, pode o criador tanto asseverar sua condição de autor de determinada obra, como pode o mesmo autor rejeitar-lhe a autoria. (SOUZA, 2013, p. 14)

Destarte, a condição de autor é comprovada com a simples indicação do nome dele ou a forma de nomear que ele entender aplicável.

Desse modo, vê-se que os direitos morais do autor são absolutos, inalienáveis, irrenunciáveis e perpétuos, consistindo na segurança da paternidade da obra; na defesa do inédito, pois só o autor pode decidir-se se deve ou não publicar a obra, se ela está ou não terminada; no direito de se arrepender, ou seja, de retirá-la de circulação; no direito de correção que é exclusivamente do autor; no direito à intangibilidade da obra e na impenhorabilidade do direito autoral. (DINIZ, 2015, p.386)

Os direitos morais configuram, na realidade, a própria materialização da personalidade do autor e preservam a relação dele com a titulação, circulação e elaboração de sua obra intelectual.

Evidentemente, os direitos morais do autor devem prevalecer sobre os direitos patrimoniais.

3 - SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DOS BENS INTELECTUAIS DO ESCRITÓRIO DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO -ECAD

O Capítulo a seguir terá o enfoque no sistema de arrecadação do ECAD, com abrangência na sua fiscalização, suas normas regulamentares e fixação de critérios dos cálculos dos direitos autorais.

3.1 A importância do ECAD na proteção e promoção dos Direitos Autorais no Brasil.

A Súmula nº 386 do Supremo Tribunal Federal preceitua: “pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores.”

O ECAD é uma sociedade civil, pessoa jurídica de direito privado, instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais – 9.610/98. Foi criado, nos termos do art. 99 da Lei n. 9.610/98 que estabelece:

Para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

O ECAD não apenas atende à área musical, mas também apoia outras modalidades artísticas (como obras teatrais, literárias, artes visuais e trabalhos audiovisuais) - papel indispensável no cenário cultural brasileiro, promovendo a proteção e a valorização dos direitos autorais e fomentando o desenvolvimento da indústria criativa.

Caso se trate de cobrança (arrecadação e distribuição) de “direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais”, as associações manterão um único escritório central (art. 99).

No Brasil, conforme o artigo 18 da LDA, a **proteção autoral independe de registro**. Assim, é opção do autor registrar ou não sua obra por meio do órgão público correspondente à natureza da sua criação. Por exemplo: escritores, músicos, poetas e desenhistas devem procurar a Biblioteca Nacional para registrar suas obras – o Escritório de Direitos Autorais é a unidade administrativa responsável pelo serviço de registro²⁸. (ALVES; MATIVI; CEOLIN, 2023, p. 4)

²⁸ A propósito, assinalam as autoras: No caso de programas de computador – também considerados obras de propriedade intelectual –, a LDA e a Lei de Software (Lei nº 9.609/98) têm um regime diferenciado. O objeto de

A partir da edição da Lei n. 9.610/98, são exigíveis os direitos autorais dos estabelecimentos hoteleiros pela disponibilização, nos seus aposentos, de rádio receptor e de aparelho de TV, não restando configurada bitributação.

Ocorre que, desde sua criação, o ECAD, cuja incumbência originária era proteção aos direitos autorais, arrecadando-os e distribuindo-os, acabou se tornando ao longo do tempo foco de discórdia por deterem o monopólio da fiscalização. Os autores, inconformados diante do baixo valor a eles repassado, desconfiados ante a alegada duvidosa transparência da instituição arrecadadora, reivindicaram seus direitos. (PAULSKUSKI, 2014, p. 30)

O ECAD é a única instituição brasileira autorizada a arrecadar e distribuir os valores a título de direitos autorais aos artistas.

Em 2013, o Senado Federal aprovou a Lei nº 12.853/2013 que trata da gestão coletiva de direitos autorais, cabendo a fiscalização do ECAD pelo Ministério da Cultura.

Reduziu-se a taxa de administração de 25% para 15%, na presença de artistas como Caetano Veloso e Roberto Carlos²⁹.

Registre-se que a Lei de Gestão Coletiva de Direitos Autorais – Lei n. 12.853/2013 alterou os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescentou os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A, além de revogar o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais e outras providências a respeito.

Inconformado, o ECAD ingressou com duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Lei, sob alegação de que tal Lei cria uma intervenção do Estado em um órgão privado, o que para aquele órgão seria inconstitucional.

Alguns projetos de lei tramitam nas casas legislativas, dentre eles, Projeto de Lei n. 5542/2020 e o Projeto de Lei n. 1473/2023.

Está em discussão na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 5542/2020 que trata de uma alteração bem específica da Lei de Direitos Autorais – Lei n. 9.610/98 e objetiva incluir no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de cadastramento de músicos acompanhantes ou arranjadores em fonogramas. Evidentemente, tal alteração irá impactar diretamente na indústria da música. Em 05 de outubro de 2023 foi encerrado o prazo de 05 (cinco) sessões para apresentação de emendas ao substitutivo. Atualmente, após a última apresentação de uma

proteção em um programa de computador é o seu código-fonte, tido como obra literária. Assim, o autor deve procurar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) para ter o registro. (*Op. cit.* p. 4)

²⁹ Dados extraídos de notícia publicada no Jornal Estadão. Disponível em www.estadao.com.br Acesso em 22 de fevereiro de 2024.

emenda ao substitutivo, encontra-se aguardando parecer do relator na Comissão de Cultura (CCULT)³⁰.

O Projeto de Lei n. 1473/2023³¹, por sua vez, visa regular de forma específica as obras provenientes de inteligência artificial.

3.2 O ECAD e a fiscalização do Direito Autoral.

A questão da fiscalização do ECAD tem gerado calorosas discussões.

Diferentemente do que ocorre atualmente, o ECAD já teve uma entidade estatal que o fiscalizava, o Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA.

O CNDA era um órgão vinculado ao Poder Executivo Federal, mais especificadamente ao Ministério da Educação e Cultura – e após, ao Ministério da Cultura -, cuja competência era a de promover a assistência, consulta e fiscalização em relação aos direitos autorais, e os que lhe são conexos. Ele exercia sobre o ECAD fiscalização negocial e administrativa, além de orientar esta entidade em suas decisões. Pode-se dizer, então, que, por meio do CNDA, o Estado fiscalizava o ECAD, através, por exemplo, da fixação e unificação da forma de cobrança dos direitos autorais, fazendo com que este direito fundamental fosse concretizado. (SOARES FILHO, 2013, p. 10)

Desse modo, era reservado ao Conselho Nacional de Direitos Autorais – CNDA – a competência para fixar normas para a unificação dos preços dos sistemas de cobranças e distribuição de direitos autorais, consoante rezava o artigo 117, inciso IV da extinta Lei 5.988/73.

Em 1990, o órgão foi desativado e perdeu o Estado o poder de fiscalização e controle sobre o ECAD.

De acordo com Ascensão (1980, p. 633), “extinto o CNDA, o ECAD deixou de ser uma entidade sujeita à supervisão dum órgão administrativo imparcial. Caiu-se na situação de vazio legal.”

³⁰ **Última ação legislativa:** 05/05/2023 – Designado Relator, Dep. Felipe Francischini (UNIÃO). Atualmente: aguardando Parecer do(a) Relator(a) na Comissão de Cultura (CCULT). (Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2317949>. Acesso em 1 de maio de 2024).

³¹ Esta Lei torna obrigatória a disponibilização, por parte das empresas que operam sistemas de inteligência artificial, de ferramentas que garantam aos autores de conteúdo na internet a possibilidade de restringir o uso de seus materiais pelos algoritmos de inteligência artificial, com o objetivo de preservar os direitos autorais. Também aguardando Parecer do(a) Relator(a) na Comissão de Cultura (CCULT). (Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2317949>. Acesso em 1 de maio de 2024)

O primeiro ponto de crítica é com relação ao poder fiscalizatório do ECAD. Existe um termo no direito administrativo chamado poder de polícia. Esse poder de polícia é do Estado e seus órgãos, permitindo que eles façam a fiscalização em várias áreas e aplicação de multas. O poder de polícia é essencialmente público e não deve ser delegado a um ente particular como o ECAD. Por isso, muitos questionam a legitimidade da fiscalização que o ECAD faz nos estabelecimentos. Outro ponto relacionado aos fiscais do ECAD é: quem supervisiona as suas atividades? E quem garante que os artistas estão realmente sendo remunerados de forma justa? Por conta desses questionamentos, muitos especialistas defendem a ideia de um controle governamental do ECAD.³² (VALE, 2020, p. 03)

E conclui a autora:

As críticas não são apenas de especialistas do Direito, mas também de artistas que não concordam com o modelo do ECAD. Eles alegam que o ECAD favorece grandes corporações e quem deveria estabelecer os critérios de cobrança são os próprios autores, titulares de direitos autorais. (VALE, 2020, p. 03)

Sobre a questão da fiscalização e do controle de repasse de valores, arremata Cristiane Prestes Machado:

No entanto, dentre os problemas apresentados pelo ECAD dois merecem atenção urgente, qual seja, o sistema de fiscalização e controle e o sistema de repasse das verbas arrecadadas. Em primeiro momento questiona-se: Quem supervisiona os fiscais mantidos pelo ECAD? Quem pode assegurar que de fato o sistema operacional de fiscalização do ECAD vem garantindo aos artistas e aos cofres públicos os recolhimentos devidos pela utilização das obras musicais? As cobranças realizadas por este órgão são legais? Em segundo momento, surge o questionamento em relação ao repasse dos valores arrecadados: Como está sendo feito o repasse aos compositores, editores musicais, intérpretes, músicos executantes e produtores fonográficos? (MACHADO, 2013, p. 02)

A mesma autora responde:

O ECAD é uma instituição privada e, nessa qualidade, seus fiscais não gozam de fé pública ou poder de polícia, razão pela qual não se pode impor presunção de veracidade aos atos que são por eles lavrados e elaborados unilateralmente. Da mesma forma, tratando-se de entidade privada, o ECAD não tem legitimidade para regulamentar a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), pois a regulamentação é ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, inciso IV^[2], da Constituição Federal, sendo inadmissível aceitar como válidos os “Termos de Verificação” produzidos por este órgão, pois seus agentes, evidentemente, não gozam de fé pública, em evidente afronta ao sistema jurídico Brasileiro.³³ (MACHADO, 2013, p. 02)

³² Para a autora, a atividade do ECAD é legal e está prevista em lei. Porém, ela poderia ser supervisionada por um órgão público. Uma fiscalização externa pode garantir maior transparência ao ECAD e impedir condutas ilícitas. (VALE, 2020, p. 03)

³³ No entendimento da autora, a forma adotada pelo Brasil para a fixação de preços de direitos autorais é absolutamente arbitrária e monopolista, eis que o ECAD, associação privada, pretende gozar de uma soberania que

Felícia Ayako Harada complementa:

Porém, não se nega, e isto é do conhecimento de todos, que há certos abusos na cobrança de direitos autorais pelo ECAD por não haver a necessária transparência nos critérios de cálculo e pelos valores encontrados serem elevados, inviabilizando vários eventos e promoções. Temos notícia que em outros países os pagamentos de direitos autorais são módicos, e, ainda, há que se considerar a nossa realidade tão carente de tudo, principalmente de eventos culturais. Quem vai pagar tem o direito de saber de antemão o que vai pagar, quanto vai pagar e qual foi o critério utilizado. O usuário, ainda, tem o direito de saber se os autores receberam os direitos autorais das obras por ele utilizadas. (HARADA, 2009, p. 02)

Ex vi do disposto no art. 99, caput da LDA, a gestão coletiva dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas é feita por meio das associações criadas para este fim por seus titulares, os quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como um ente arrecadador com personalidade jurídica própria³⁴. (EBOLI, 2022, p. 123).

Tal ente arrecadador é o ECAD.

O ECAD é fiscalizado, como qualquer empresa privada, pela Receita Federal, INSS, Ministério do Trabalho. Tem auditoria interna e externa, independente. Publica seus balanços na internet. Mas, o verdadeiro fiscal do ECAD, que é apenas o braço arrecadador dos autores, é o autor, que é a razão de sua existência, seu dono. (BRANT, 2022, p. 15)

O ECAD é administrado por sete associações que representam todos os compositores, intérpretes, editores, produtores fonográficos e músicos filiados. Essas associações realizam assembleias e definem regras e critérios de arrecadação de valores e como serão distribuídos.

As associações **Abramus, Amar, Assim, Sbacem, Sicam, Socinpro e UBC** administram o Ecad e representam as diferentes classes da cadeia produtiva: compositores, intérpretes, músicos, editoras e produtores fonográficos, que são os titulares de direitos autorais. Elas são as responsáveis por diversas funções:

- Cadastro dos titulares e de suas obras
- Atendimento e relacionamento com os membros associados
- Repasse dos valores arrecadados pelo Ecad

nem o Estado, o qual está submetido ao princípio da legalidade, possui. Para ela, através de um simples Regulamento de Arrecadação, a entidade privada determina quanto e como devem ser pagos os direitos autorais aos titulares das músicas, o que fere frontalmente o Estado Democrático de Direito e o sistema Republicano adotado na nossa Constituição Federal de 1988, o qual se baseia no respeito à hierarquia das normas, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais. (MACHADO, 2013, p. 02)

³⁴ O autor destaca a importância da massiva jurisprudência, hoje consolidada, do Egrégio STJ-Superior Tribunal de Justiça, consagrando a autonomia jurídica e econômica do direito de execução pública através da cinematografia, assim como de obras musicais como um todo. (EBOLI, 2022, p. 124)

- Definição das normas de arrecadação e de distribuição dos direitos autorais baseadas em critérios adotados internacionalmente.³⁵

O pagamento dos direitos autorais através do ECAD deve ser efetuado sempre que houver execução pública de músicas.

Em se tratando de direitos autorais em relação às apresentações ao vivo, é necessário que os promotores do evento enviem ao ECAD o roteiro musical contendo a relação de todas as músicas que serão executadas. Será baseada nessa lista que a distribuição dos direitos autorais será efetuada para os respectivos titulares.

Evidentemente, como nas apresentações ao vivo não há utilização de fonograma (música gravada), apenas os titulares de direitos autorais (compositores e editores) são remunerados com o pagamento relativo aos direitos autorais.

Ressalte-se, que em caso de apresentações ao vivo, o valor pago a título de direitos autorais será o percentual sobre a receita bruta do show ou do evento.

3.3 Normas regulamentares do ECAD e execução pública e fixação de critérios para cálculo dos direitos autorais.

Em relação ao ECAD, existe a exclusividade de cobrança dos direitos autorais em decorrência da utilização ou fruição da música ao público em benefício desta entidade. Mas até que ponto essa exclusividade não traz malefícios à sociedade, como a abusividade nas cobranças e ausência de fiscalização adequada?

Nos termos do art. 68 da LDA é necessária a obtenção de prévia licença junto aos titulares de direitos autorais perante o ECAD, para fruição lícita das obras artísticas. Assim, não se trata apenas de pagamento, mas de “autorização prévia”.

O §4º, do art. 68 da LDA determina àquele que realizar a execução pública musical a obrigação de apresentar, previamente, ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), o comprovante de pagamento dos direitos autorais a serem licenciados. Ou seja, uma vez arbitrado pelo referido escritório central, o valor da licença em função das características e do escopo da utilização pretendida, deve o usuário efetuar o pagamento, com o qual a licença se aperfeiçoa. Trata-se de norma que interfere no conteúdo do contrato de licença. (SANCHES, CALLAI, 2022, p. 102)

³⁵ Disponível em www.https://www4.ecad.org.br/ Acesso em 01 de maio de 2024.

O cálculo dos direitos autorais obedece aos critérios estabelecidos no Regulamento de Arrecadação do ECAD, definidos pelas associações de música que administram o órgão, para cada segmento de execução pública.

Registre-se que qualquer estabelecimento que exponha música para o público deve pagar as taxas do ECAD, inclusive eventos como casamentos, bailes de formatura e demais eventos sociais, até mesmo quando há bandas tocando repertórios autorais de outros artistas.

O órgão soberano do ECAD é sua Assembleia Geral, composta pelas associações que representam os titulares de obras musicais, líteromusicais e fonogramas. É a Assembleia Geral quem faz valer o direito dos titulares, estipulando os critérios e determinando, na maioria das vezes, o preço (valores exigidos pelo ECAD) pela utilização pública de obras musicais de seus filiados.

Com a finalidade de haver uma maior fiscalização e, conseqüentemente, uma real e efetiva arrecadação pela utilização pública das criações artísticas, os criadores de obras culturais podem se reunir em associação de gestão coletiva dos direitos autorais. Assim, a associação de autores, concretizando a chamada gestão coletiva dos direitos autorais traz inúmeros benefícios na efetivação de tais direitos, como a facilitação da contraprestação financeira pela utilização, ou fruição das obras artísticas ou culturais de forma pública, bem como a maior possibilidade de licenciamento dos usos das obras e, conseqüentemente, a regularização da divulgação destas. Outros benefícios que podem ser citados são a distribuição dos valores recebidos, a representação judicial e extrajudicial dos criadores pela entidade de gestão coletiva e – em tese – a transparência na prestação de contas. (SOARES FILHO, 2013, p. 7)

O ECAD calcula os valores a serem pagos, faz a arrecadação de direitos autorais e distribui os valores para as associações, que remuneram os seus filiados.

A Unidade de Direito Autoral (UDA)³⁶ é um dos fatores utilizados pelo ECAD para calcular o valor do direito autoral a ser pago pelo uso de músicas em caso de impossibilidade de mensurar o valor bruto da renda de usuários de música. O valor da UDA, em 2022, é de R\$ 87,68, sendo atualizado todos os anos pelo ECAD.³⁷

³⁶De acordo com § único do art. 15 do Regulamento do ECAD; o valor da Unidade de Direito Autoral (UDA) é fixado pelas associações de gestão coletiva musical reunidas na assembleia geral do Ecad, no exercício do direito previsto no inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, e será objeto de reajustes periódicos.

³⁷ O ECAD disponibiliza os critérios usados para calcular o valor do direito autoral e incluir esse pagamento na operação do seu negócio. (Disponível em www.ecad.org.br. Acesso em 11 de fev. de 2024)

No mês de novembro de 2023, as associações de música que administram o Ecad aprovaram o **reajuste da UDA** (Unidade de Direito Autoral) seguindo o IPCA acumulado nos últimos 12 meses (novembro/22 a outubro/23), de **4,82%**. A UDA é um dos critérios utilizados pela gestão coletiva para calcular o valor a ser pago por estabelecimentos e canais **onde há execução pública musical**. Dessa forma, todos os boletos bancários **com**

De acordo com as tabelas de preços com as licenças para utilizações musicais do ECAD, o valor da UDA vigente até dezembro de 2023 é de R\$ 93,35³⁸.

O valor do direito autoral é definido por alguns critérios, como: tipo de utilização da música; grau de utilização da música; ramo de atividade do usuário; região socioeconômica do usuário; importância da música para o negócio:

Tipo de utilização da música

A música pode ser tocada “ao vivo” ou de forma mecânica, sendo um dos critérios para o cálculo do valor a ser pago de direitos autorais.

Grau de utilização da música

Por esse critério, calcula-se o tempo de programação musical em relação ao tempo de funcionamento do evento ou estabelecimento. Dessa forma, o grau pode ser baixo, médio ou alto.

- Baixo: até 25% do período total de funcionamento.
- Médio: acima de 25% e até 75% do período total de funcionamento.
- Alto: acima de 75% do período total de funcionamento.
- **Ramo de atividade do usuário.** O ramo de atividade classifica estabelecimentos e canais em grupos. Estabelecimentos comerciais, emissoras de rádio e plataformas de streaming, por exemplo, contam com critérios de cobrança diferentes devido à natureza de suas atividades e da sua utilização musical.
- **Região socioeconômica.** O Ecad também leva em consideração o desenvolvimento econômico e a região do endereço onde a música será executada.
- **Importância da música para o negócio.** ³⁹Esse critério leva em consideração a necessidade da música para um evento ou estabelecimento. Um show, por exemplo, depende muito mais da música do que um estabelecimento comercial ou um consultório médico.

Além dos critérios acima citados, é possível averiguar em qual categoria o negócio ou evento se enquadra: a) permanente - pessoas que usam música de maneira constante e habitual, como boates, bares, shoppings; b) eventual - que utilizam as músicas eventualmente, como no caso de uma empresa que realiza um evento específico; d) de Rádio/TV, que utiliza de obras musicais através de radiodifusão (emissoras de rádio e TV); e d) mídias musicais, que representam o usuário que utiliza obras musicais através da internet, telefonia móvel e mídias digitais.

vencimento a partir do mês de janeiro de 2024 foram emitidos com os valores das mensalidades devidamente reajustados com o percentual acima informado. (Disponível em ww4.ecad.org.br Acesso em 01 de maio de 2024)

³⁸ Tabelas de preços com as licenças para utilizações musicais do ECAD disponíveis no site <https://media4.ecad.org.br> Acesso em 12 de fev. de 2024.

³⁹ Para maiores detalhes: www.ecad.org.br. Acesso em 11 de fev. de 2024.

O pagamento pode ser mensal, no caso de uso permanente de música, ou eventual, quando são realizados eventos e shows, nesse caso só efetua o pagamento quando realizar o evento.

O Regulamento do ECAD traz as normas gerais de arrecadação:

Art. 9º. Os critérios de arrecadação para a concessão de licença de execução pública musical, fixados pelo presente regulamento, foram estabelecidos e unificados em assembleia geral do Ecad, nos termos de seu estatuto.

Art. 10. A fixação dos preços da licença para a execução pública musical será baseada:

I - Como regra, na receita bruta do usuário, conforme estabelecido pelo artigo 11 do presente regulamento ou;

II – No custo musical, definido nos artigos 12 e 13 do presente regulamento ou;

III - Na Unidade de Direito Autoral (UDA), quando a arrecadação não incidir sobre a receita bruta ou nos casos especificados neste regulamento ou;

IV - Na “Tabela de preços para rádios”, no caso de cobrança de rádios, quando cabível ou;

V - Na “Tabela de preços para televisão pública com conteúdo de entretenimento” ou;

VI - Na “Tabela de preços para clínicas e consultórios”.

§ único.

Observados os critérios previstos nos incisos acima, a assembleia geral poderá definir outro critério para a fixação de preços referentes à execução pública musical.

De acordo com o §1º do art. 11 deste Regulamento, no caso de eventos e espetáculos musicais em que houver cobrança de ingresso, eventuais verbas de patrocínio não serão computadas para fins de cálculo da receita bruta. Por sua vez, dispõe o § 2º, que nos eventos e espetáculos musicais em que não haja venda de ingresso, as receitas de outra natureza, como publicidade, incentivos, patrocínios ou apoios financeiros, serão computadas para fins de cálculo da receita bruta.

Nos termos do art. 12, em se tratando de eventos e espetáculos musicais realizados em ambientes abertos ou logradouros públicos, para os quais não exista venda de ingresso, o preço da licença será fixado com base em 15% (quinze por cento) do custo musical, composto pelos custos de cachês com artistas e músicos, equipamentos de áudio e vídeo, iluminação e montagem de palco.

Quando o evento musical for realizado em ambiente fechado e não houver venda de ingresso, o preço da licença será fixado em UDAs e apurado conforme o parâmetro físico (art. 13).

A teor do art. 16 do Regulamento, a fixação do preço da licença de execução pública musical com base na quantidade de UDAs considerará os seguintes critérios: I - Parâmetro físico, II- Taxa média de ocupação, III - Quantidade de veículos, embarcações, composições ou voos, IV - Grupo de aparelhos, V – Outros.

São inúmeras as divergências interpretativas quanto à natureza das festas de casamento, tema bastante discutido no judiciário pátrio. O questionamento central é se a execução musical ocorrida em cerimônia matrimonial em espaço público, mesmo que inexistente a finalidade lucrativa dela, ensejaria cobrança pelo ECAD das retribuições autorais devidas.

Em um casamento, por exemplo, o valor da taxa do ECAD é variável de acordo com o tamanho do ambiente, o estilo da apresentação musical (música ao vivo ou reproduzida) e com a quantidade de pessoas presentes, porém, gira em torno de 10% a 15% do valor da locação do espaço onde acontecerá a festa de casamento.

Todavia, aqueles contrários ao pagamento da retribuição do ECAD, invocam o inc. VI do art. 46 da LDA:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

De imediato, concluímos que se a execução musical dentro do recesso familiar, é aquela onde não se pode adentrar no recinto qualquer um do povo a não ser os familiares e seus amigos. Diferentemente, na execução pública, onde qualquer um do povo pode assisti-la, desde que faça o devido pagamento ou não, se gratuito. Enfim, se a execução musical for efetivada no recesso familiar, não há ofensa a direitos autorais. Ora, uma festa de casamento ou de aniversário em um clube, restaurante, associação, é uma festa no recesso familiar, pois, qualquer um do povo não pode dela participar. Em tais festas, comparecem os familiares e os amigos convidados pela família e não há qualquer intenção de lucro. (HARADA, 2009, p. 03)

Luís Rodolfo Cruz e Creuz e Marisa Santos Souza Petekevicius sustentam que a execução de música através do recesso familiar é totalmente legal, sem proibições, ou seja, não pode conferir ofensa aos direitos autorais⁴⁰:

Portanto, a execução musical em festa de casamento não tem correspondência com o local de frequência coletiva, visto ser um evento particular e privado, representando a extensão da casa dos noivos como recesso familiar, reclamando convite direto dos noivos aos seus convidados, sem a cobrança da entrada, não vislumbrando assim, o intuito de auferir lucro ou vantagem econômica para compreender a referida taxa de cobrança indevidamente realizada pelo ECAD. (CREUZ; PETKEVICIUS, 2011, p. 02)

⁴⁰ Na concepção dos autores, sob qualquer aspecto que se observe, indevida e ilegal é a cobrança realizada pelo ECAD em festas privadas, tal como a de celebração de casamento, competindo a esta entidade respeitar os poderes que lhe foram transferidos para arrecadar e fiscalizar os direitos autorais, observando os limites legalmente previstos, de modo a não extrapolar ou estender a sua incidência. (CREUZ; PETKEVICIUS, 2011, p. 02)

Contudo, caso haja uma fiscalização na festa de casamento, os noivos podem ter problemas judiciais, além de pagamento de multa elevada, além de correrem o risco de ter o evento interrompido, motivo pelo qual, sugere-se inclusive que os noivos entreguem o comprovante de pagamento da taxa do ECAD para os organizadores da festa.

O art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela lei 10.695/2003, prevê sanções nos casos de descumprimento de pagamento da taxa do ECAD, penalizando o infrator com a imediata suspensão ou interrupção das execuções públicas, sem prejuízo de multa diária e de indenizações cabíveis, além de sanções penais.

Os valores pagos pelos usuários de músicas são calculados com base nos critérios do Regulamento de Arrecadação desenvolvidos pelos próprios titulares das músicas, através de suas associações musicais. Para tanto, é classificado, primeiramente, o nível de importância da música para a atividade ou estabelecimento, como indispensável, necessária ou secundária, e ainda é considerada a periodicidade da utilização (permanente ou eventual), inclusive, se a apresentação é feita por música mecânica ou ao vivo, com ou sem dança. Assim, o valor a ser pago é calculado de acordo com as informações fornecidas pelo usuário e a forma de cobrança é determinada em função do parâmetro físico ou de percentual incidente sobre a receita bruta de quem está utilizando a música. (FALCÃO; SOARES FILHO, 2012, p. 57)

O ECAD arrecadou mais de R\$ 1.29 bilhão em direitos autorais para a classe artística de janeiro a novembro de 2023. Foram contemplados mais de 301 mil compositores, intérpretes, músicos, editoras e produtores fonográficos nacionais e estrangeiros nesse acumulado. Esse foi um recorde para a gestão coletiva da música no Brasil. Para 2024, o ECAD projeta arrecadação de 1,7 bilhão, em mais um ano recorde da atuação do escritório gerenciado pela Gestão Coletiva composta pelas sete associações: Abramus, Amar, Assim, Sbacem, Sicam, Socinpro e UBC.⁴¹ (LÁISA, 2024, p. 01)

O ECAD disponibilizou recentemente em seu site que, o ano de 2023 foi marcante para a indústria musical brasileira. O ECAD distribuiu R\$ 1,3 bilhão em direitos autorais no ano passado para mais de 323 mil compositores, intérpretes, músicos, editores e produtores fonográficos, além das associações de música. Esse foi o maior valor em direitos autorais de

⁴¹ Na ocasião, Isabel Amorim, Superintendente do ECAD, fez um balanço sobre as ações e resultados positivos da gestão coletiva em 2023 e projetou mais um ano recorde em 2024. Destacou: o trabalho do ECAD nos últimos doze meses compreendeu: diálogo com lideranças políticas em Brasília, campanha de conscientização para marcas e agências de publicidade patrocinadora de eventos de música; criação do Selo Reconhecimento do ECAD; ampliação de investimento em tecnologia e ESG, entrada como signatária no Pacto Global da ONU e mais ações. Informou: de janeiro a novembro de 2023, o ECAD fez licenciamento musical de 34.156 shows no Brasil e arrecadou 152 milhões em direitos autorais no seguimento de shows a compositores nacionais e estrangeiros. O resultado de 2023 representa um crescimento de 82%, em comparação ao ano de 2019, antes da pandemia. (LÁISA, 2024, p. 02)

execução pública já destinado a compositores e artistas brasileiros e estrangeiros, que tiveram suas músicas tocadas no país. O montante distribuído apresentou um crescimento de mais de 12% em relação ao ano de 2022.⁴²

De acordo com o Relatório anual do ECAD, 319 mil compositores e outros beneficiários receberam, no acumulado até o mês de julho deste ano, R\$ 993 milhões em direitos autorais, o que representa um aumento significativo em comparação ao mesmo período de 2023.⁴³

Nos termos do disposto no art. 49: o ECAD poderá, previamente à realização de eventos e espetáculos musicais, fixar o preço da licença com base na estimativa de receita ou estimativa de parâmetro físico (em caso de arrecadação com base em UDAs).

3.3.1. A cobrança do ECAD e o abuso do direito.

O abuso de direito é uma temática relevante no âmbito jurídico e suscita debates sobre os limites da liberdade individual e os direitos conferidos aos cidadãos.

O abuso do direito pode ser definido como o abuso de situações (jurídicas) causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido. (LOTUFO, 2003, p. 499)

Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem. O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade. (VENOSA, 2003, p. 603 e 604).

O abuso do direito é compreendido como o exercício do direito que contraria a função do próprio direito, como um desvio de finalidade, como uma contrariedade ao valor que instruiu a concessão daquele direito pelo ordenamento jurídico, e assim por diante. Livros e artigos são escritos buscando encontrar o fundamento último do abuso de direito e a figura, por ausência de posituação expressa em diversos códigos, recebe tratamento intensivo pela doutrina. (SOUZA, 2009, p. 20)

⁴² Disponível no site www.4.ecad.org.br Acesso em 20 de agosto de 2024.

⁴³ Disponível no site www.4.ecad.org.br Acesso em 17 de agosto de 2024.

Ao tratar do assunto, Carlos Affonso Pereira de Souza destaca a importância para a construção inicial da teoria do abuso do direito do caso *Clement Bayard*, decidido pela Corte de Amiens em 1912. A referida decisão analisou a conduta do proprietário de um terreno vizinho a um campo de dirigíveis que construiu, sem maiores justificativas, uma estrutura de torres com pontiagudas extremidades de ferro estaria agindo de forma abusiva ao destinar tal uso à sua propriedade e responsabilizou o réu por sua conduta⁴⁴. (SOUZA, 2009, p. 73)

A respeito, leciona Luiz da Cunha Gonçalves, ao tratar do abuso do direito em Portugal (legislação pioneira que contemplou expressamente o abuso do direito):

O abuso do direito pode consistir num facto positivo ou negativo, e verifica-se principalmente no exercício do direito de propriedade e nas relações de vizinhança. Em geral, constitui abuso o uso de um direito com intuito diverso do respectivo fim social e económico. Nas relações de vizinhança, em todos os países civilizados é já princípio assente que não é lícito a cada um fazer da sua casa tudo o que lhe aprouver, fumaceiras, maus cheiros, trepidação insuportável, barulho, correrias de crianças, danças e pulos até o romper da manhã, berros de alto-falantes, etc. (GONÇALVES, 1951, p. 263)

Existem três correntes sobre o abuso de direito. A primeira corrente nega a sua existência. A segunda, nega sua existência como direito autônomo, enquanto a terceira, admite o abuso de direito, porém há uma discussão entre o critério objetivo e subjetivo⁴⁵.

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra pondera que o conceito de direito subjetivo não é o central para a compreensão do abuso do direito. É ele substituído pelo conceito de situação jurídica. Daí dizer que o abuso de direito é, na verdade, um exercício inadmissível de situação/posição jurídica. O conceito de direito subjetivo é centrado no papel de um sujeito de direito. Visa disciplinar o contato mantido entre os titulares na autorregulamentação dos seus interesses. Os conflitos postos a solução pelo ordenamento jurídico decorrem, como regra, da atribuição de determinados objetos de direito para certas pessoas. O conceito de situação jurídica

⁴⁴ A respeito, sintetiza Renato Duarte Franco de Moraes: a base para a decisão então proferida foi a constatação da intenção maliciosa decorrente da absoluta falta de utilidade da construção realizada. Em outras palavras, a Corte Francesa concluiu que haveria dolo por parte do responsável pelas lanças em razão de se constatar que o único uso que poderia advir dessas construções seria o prejuízo ao proprietário do hangar de dirigíveis. (MORAES, 2006, p. 80)

⁴⁵ O direito subjetivo identifica-se com as prerrogativas ou faculdades ínsitas aos seres humanos, às pessoas, para fazer valer seus “direitos”, ao nível judicial ou extrajudicial (VENOSA, 2020, p. 12). Já o direito objetivo é o conjunto de normas existentes, compreendendo leis, decretos, resoluções, consoante dispõe o art. 1º da Constituição Federal. Para José de Aguiar Dias, “o abuso do direito se trata de condição aos direitos subjetivos.” (DIAS, 1983, p. 492)

Fernando Augusto Cunha de Sá, por sua vez, assevera, que, não basta que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de direito subjetivo, há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico jurídico do direito subjetivo em causa, exatamente da mesma maneira porque forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa. (CUNHA DE SÁ, 2005, p. 456)

é uma evolução do conceito inicial de direito subjetivo. Encerra uma mais apropriada acomodação entre o ser e o ter com base no objeto da relação jurídica. Há uma integração entre o fato, o objeto e os sujeitos envolvidos. (GUERRA, 2011, p. 302)

As teorias de DUGUIT e de KELSEN (Teoria Pura do Direito) integram as teorias negativistas, que não admitem a existência do direito subjetivo. Para KELSEN, a obrigação jurídica não é senão a própria norma jurídica. Sendo assim, o direito subjetivo não é senão o direito objetivo. Reconhece ele somente a existência deste, não aceitando o dualismo direito objetivo-direito subjetivo, que encerra um componente ideológico. (GONÇALVES, 2011, p. 25)

Para a primeira corrente, quem exerce o seu direito de forma correta, sem intenção de prejudicar terceiro, não pode ser responsável pelos danos eventualmente daí advindos. Dentre os juristas que inadmitiam a existência do abuso do direito destacam-se Ripert-Picard-Planiol. (LIMA, 1973, p. 168) Dentre os juristas que negam a existência de uma teoria autônoma do direito se destacam René Savatier, Henri e Leon Mazeaud. Nas lições de Alvino Lima, “para os que assim pensam, o ato abusivo não é senão uma variedade do ato ilícito”. (LIMA, 1999, p. 231) Para tal corrente, não seria possível afastar a ideia de culpa na configuração do abuso do direito.

Na defesa do abuso de direito destacam-se, Louis Josserand, François Gény e George Cornil.

Bruno Miragem pondera que a tese de Louis Josserand alcançará maior destaque:

Para Louis Josserand, aparecerá como critério seguro de identificação do abuso do direito, a presença ou não de um motivo legítimo a mover o exercício do direito subjetivo. Trata-se em seu dizer, na pedra angular da teoria do abuso do direito, sobre a qual, graças a sua flexibilidade, a noção do abuso representará importante fator evolutivo da interpretação e aplicação do direito, afastando-se assim, a necessidade da presença de qualquer elemento intencional ou culposos na ação do autor qualificado abusivo. (MIRAGEM, 2009, p. 72/73)

A teoria (do abuso do direito) atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (RODRIGUES, 1998, p. 314)

Segundo a conhecida afirmação de Planiol a expressão “abuso do direito” seria uma logomaquia, constante na contradição existente entre os termos “abuso” e “direito”. Para o autor, os conceitos de abuso e de direito seriam excludentes, não podendo haver abuso de direito. Nesse sentido, a ocorrência de “abuso do direito” estar-se-ia caracterizando a ausência de um direito.

Josserand, ao criticar a doutrina de Planiol, atribuiu à conclusão do autor a ocorrência de um equívoco derivado da pluralidade de acepções existentes para a palavra direito. Segundo o autor, se por um lado o direito pode representar apenas um poder, um direito subjetivo, ele também pode fazer referência ao “conjunto de regras sociais”, ou melhor dizendo, ao direito objetivo. Sendo assim, a teoria negativista poderia ser refutada através de percepção de que um determinado ato pode ser conforme o direito subjetivo, mas ir contrariamente ao direito objetivo⁴⁶. (SOUZA, 2009, p. 78)

Para Josserand, o abuso seria apenas o desvio da destinação econômica e social do direito, reprovado pela consciência pública, pois contraria o interesse comum.

Ver-se-á a importância da utilização do abuso do direito no campo ao Direito Autoral.

O art. 187 do Código Civil estabelece as bases legais para a caracterização e consequências do abuso de direito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Tal dispositivo reflete a preocupação do legislador em coibir condutas abusivas que causam danos a terceiros ou violem os princípios éticos que regem as relações sociais.

O dispositivo acima mencionado trata das cláusulas gerais que, mediante critérios, como o prudente arbítrio do juiz, a razoabilidade ou a proporcionalidade, são deduzidas no caso concreto, a fim de delimitar o que deve ser entendido como regular exercício de um direito.

Ao estabelecer os fundamentos legais para a caracterização do abuso de direito, considera-se o exercício indevido ou excessivo de um direito subjetivo em detrimento dos limites impostos pela lei, pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins econômicos ou sociais do direito em questão.

O abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil representa imensa relevância no contexto jurídico, porquanto suscita debates sobre os limites do exercício dos direitos subjetivos e a preservação do equilíbrio nas relações privadas.

⁴⁶ O autor esclarece que a teoria se denominou abuso “do” direito e não “de” direito, porque o ato abusivo em si não está se valendo do direito objetivo do ordenamento como um todo, mas apenas do direito subjetivo, “do” direito em questão. (SOUZA, *Op. cit.*, p.78)

Ao comentarem tal dispositivo, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A norma comentada imputa ao ato abusivo a natureza de *ilícito*. Tendo em vista suas próprias peculiaridades não se assemelha ao ato ilícito do CC 186, assim considerado pela lei para fins de reparação de dano por ele causado. O ato *abusivo*, pode até, não causar dano e nem por isso deixa de ser *abusivo*. A ilicitude ao do ato cometido com *abuso de direito* é de natureza *objetiva*, aferível independentemente de culpa. A concepção adota de *abuso de direito* é *subjetiva*. (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 564)

Assim, adotou-se o critério finalístico para a identificação do abuso do direito⁴⁷.

Beatriz Castro examina os elementos constitutivos e os critérios utilizados pelos tribunais para determinar a ocorrência do abuso de direito:

Titularidade de um direito: O primeiro elemento a ser considerado é a titularidade de um direito subjetivo. Isso significa que o indivíduo que exerce o direito deve ser o seu legítimo titular, conforme estabelecido pela ordem jurídica.

Exercício do direito: O segundo elemento diz respeito ao próprio exercício do direito pelo seu titular. Esse exercício pode se dar de diversas formas, como por meio de ações, omissões, manifestações de vontade, entre outras condutas.

Excesso manifestamente dos limites: O elemento central do artigo 187 é o excesso manifestamente dos limites impostos pelo direito. Isso significa que o abuso de direito ocorre quando o titular do direito excede de forma evidente e injustificada os limites estabelecidos pela lei, pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins econômicos ou sociais do direito em questão.

Fins econômicos ou sociais: O artigo menciona explicitamente que o abuso de direito pode ocorrer quando há excesso em relação aos fins econômicos ou sociais do direito em questão. Isso significa que o exercício do direito deve estar em conformidade com os objetivos econômicos ou sociais para os quais ele foi instituído.

Boa-fé e bons costumes: Além dos fins econômicos ou sociais, o abuso de direito também pode ocorrer quando o exercício do direito contraria a boa-fé ou os bons costumes. Isso implica que o titular do direito deve agir de acordo com os princípios da honestidade, lealdade e probidade, bem como com os padrões éticos e morais da sociedade. (CASTRO, 2024, p. 3-4)

Paulo Nader aponta requisitos idênticos que caracterizam o ato como abuso, destacando ainda, o nexo de causalidade:

i) **Titularidade do Direito:** O indivíduo responsável civilmente deve ser o titular de um direito subjetivo, ao exercê-lo, por si ou por meio dos seus subordinados.

ii) **Exercício Irregular do Direito:** O titular do direito vai além do preciso ao utilizar o seu direito.

iii) **Rompimento dos limites impostos:** O titular do direito subjetivo excede os limites determinados pela finalidade econômica ou social.

iv) **Violação do direito alheio:** Para que o prejudicado possa utilizar medidas judiciais, é preciso que ocorra a violação ao direito alheio.

v) **Elemento subjetivo da conduta:** Dentre os elementos do ato ilícito tem-se a culpa como condição da conduta. Contudo, no abuso de direito, o legislador não deixa clara a ideia de culpa, podendo essa ser subentendida. Porém, esse elemento é dispensável como requisito para distinguir o abuso de direito.

vi) **Nexo de Causalidade:** É a ligação entre a conduta do agente e a lesão causada.⁴⁸ (NADER, 2004, p.159)

⁴⁷ Nesse sentido, o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “Art. 187 – A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

⁴⁸ No mesmo sentido aponta Beatriz E. Campanhã: Para identificar o abuso de direito, é preciso encontrar os seguintes requisitos: a) direito subjetivo em exercício; b) prejuízo para um terceiro, resultante desse exercício; c) existência de finalidade específica de causar prejuízo ao terceiro; d) que não haja interesse legítimo do titular do direito em exercê-lo de forma a prejudicar terceiro. (CAMPANHÃ, 2016, p. 02)

Desse modo, evidencia-se que o art. 187 do Código Civil define ato abusivo como ilícito, no sentido de “contrário ao direito como um todo”. Assim, apontou que o abuso seria também um ato ilícito, quando contrariar seus fins econômicos e sociais, os costumes e a boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva tem sido utilizado pela jurisprudência de forma bastante ampla, criando um corpo de decisões que se refere ao mesmo princípio, ou às figuras dele derivadas, com extrema frequência, para solucionar os mais diversos litígios. Um número crescente de decisões tem se valido do abuso do direito como um dos institutos a ser aplicado em consonância com os conteúdos típicos da boa-fé objetiva, seja apoiando-se no art. 187 do Código Civil ou em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. (SOUSA, 2009, p. 113)

A diferença entre um ato ilícito e o abusivo reside na constatação de que enquanto no ato ilícito o agente viola frontal e diretamente o comando legal que previa a conduta que deveria ser tomada, no ato abusivo há o exercício de direito aparentemente pelo titular com violação dos valores que justificam o reconhecimento e proteção desse direito pelo ordenamento jurídico em vigor. (CALMON, 2006, p. 197)

Pontes de Miranda, por sua vez, aponta que ‘o abuso de direito é ato ilícito, porque exercício irregular’. (PONTES DE MIRANDA, 1977, p. 311)

O abuso permite identificar os interesses do autor na exploração de exclusividade sobre a obra e evidencia os limites do exercício desse direito, pois atinge as demandas de natureza pública acerca do acesso ao conhecimento e à informação.

Dentre as qualidades da doutrina do abuso do direito ainda está o fato de se evitar a adoção de posições extremadas, como aquela que busca legitimar a vontade do autor como elemento central, em tons praticamente absolutos, sobre o regime de exploração da obra, menosprezando as limitações que atendem a demandas públicas. Ao mesmo tempo, ao focar as demandas coletivas, a análise funcional que é tornada possível com o abuso não deixa de identificar a função promocional desempenhada pelo mesmo, devendo-se prestigiar o exercício da exclusividade quando a mesma não venha a conflitar com os elementos integrantes da função social dessa tutela⁴⁹. (SOUSA, 2009, p. 301)

O abuso do direito, no direito autoral, pode ser cometido tanto pelo detentor do direito, assim como seus sucessores, como também pela sociedade, através da má utilização das exceções previstas na lei.

⁴⁹ Para o autor, sempre que os direitos autorais forem exercidos de modo a desvirtuar as suas funções legitimadoras, os titulares desses direitos poderão ser sancionados com a proibição desse comportamento, além de arcarem com as indenizações ou com o pagamento de multas, tanto através de ações judiciais como mediante as competentes vias no processo administrativo. (SOUZA, *Op. cit.*, p. 302)

De acordo com Eliane Y. Abrão, ocorre abuso do direito:

quando se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, ideias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral. (...) quando se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios (...) quando o agente ou o órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública atuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos. (...) quando se tenta influir na liberdade criativa do intérprete, ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente. (...) quando as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política (...) Cometem abuso de direito os herdeiros que impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural. (ABRÃO, 2002, p. 78)

Consequentemente, a boa-fé irá definir se a conduta do sujeito é razoavelmente legítima ou se vai além do que seria razoável.

Evidencia-se que o exercício dos direitos subjetivos deve ser pautado pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins econômicos e sociais a que se destinam. O abuso do direito, ao comprometer tais princípios e exceder manifestamente os limites impostos pelo ordenamento jurídico, pode gerar situações de injustiça e desequilíbrio nas relações sociais, e consequentemente, ameaçar a ordem jurídica e a segurança jurídica.

Os tribunais brasileiros têm discutido bastante o abuso no direito de demandar, principalmente o direito de recorrer e de promover atos executórios. Geralmente, tal punição se faz pela aplicação de multas e penalidades. Na maioria dos casos, o propósito é de protelar a solução do processo, com o intuito de retardar indevidamente a prestação jurisdicional.

A propósito, pondera Alexander Araújo de Souza:

O abuso do direito de recorrer, nesta hipótese, deve ser sancionado de maneira a excluir a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir. Advirta-se, porém, que no direito processual civil não há mais a possibilidade de aplicação desta sanção, pois o legislador abandonou a técnica da exclusão do efeito sobre o curso de prazos e adotou a cominação de multa. (Souza, 2007, p.184)

Evidentemente, “aquele que por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, a teor do art. 927 do Código Civil. Dessa forma, evidencia-se que a reparação civil (dever de indenizar) é a consequência jurídica do ato ilícito.

Os tribunais brasileiros utilizam diversos critérios para determinar a ocorrência do abuso de direito, tendo em consideração os elementos constitutivos do dispositivo legal e os princípios gerais do direito.

Nesse diapasão:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL - ECAD - SOLIDARIEDADE DO MUNICÍPIO - AFASTAMENTO - CONTRATAÇÃO PRECEDIDA DE LICITAÇÃO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA - PRECEDENTE DO STJ - SOLIDARIEDADE - ART. 110 - NÃO APLICAÇÃO - MULTA POR INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DECOTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A responsabilidade pelo pagamento dos direitos autorais na hipótese de execução de obra musical em evento realizado por empresa contratada para esse fim, mediante licitação, não pode ser transferida para a Administração (Resp 1444957/MG). 2. Por falta de previsão legal de fiscalização pela Administração Pública de encargos de natureza privada decorrentes de contratos administrativos, eventual culpa do ente estatal na ocorrência do dano deve ser provada. 3. A responsabilidade solidária, prevista no art. 110 da Lei nº 9.610/98, decorrente da omissão no recolhimento dos direitos autorais, não se estende aos Entes Estatais, pelo fato de terem cedido espaço público para a realização e apoiado os eventos. 4. Não evidenciado o abuso do direito de defesa e o intuito protelatório, em razão da interposição de Embargos de Declaração, impõe-se o decote da multa aplicada na origem. 5. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0239.15.000327-9/002, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2020, publicação da súmula em 04/03/2022)

De acordo com o Relator, Des. Raimundo Messias Junior, na presente ação, depreende-se da causa de pedir que o apelante busca a responsabilização direta da Administração, o que determinaria, em caso de procedência do pedido, a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos direitos autorais ao ente estatal, sem a efetiva comprovação de culpa pelo dever de fiscalizar o contrato. Para ele, não há previsão legal que a Administração Pública deva fiscalizar encargos de natureza privada decorrentes do contrato administrativo. Logo, não há se falar em culpa decorrente de omissão no dever de fiscalização do cumprimento dos encargos pela empresa contratada para a realização do evento. A culpa da administração não é presumida, devendo ser provada. O entendimento contrário sobrepõe o interesse privado ou interesse público, uma vez que sempre determinaria a responsabilidade da Administração pelo recolhimento dos direitos autorais, contrariando as diretrizes do Resp nº 1444957/MG⁵⁰.

Nos autos da Apelação Cível 1.0000.23.123325-5/001 - TJMG, de Relatoria do Des. Habib Felipe Jabour, com julgamento em 27/06/2023, o pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé, formulado pelo Autor/Apelado (ECAD) foi indeferido, por não se evidenciar nos autos o abuso do direito de ação a ensejar a referida penalidade, tampouco conduta dolosa com vistas à procrastinação do feito⁵¹.

⁵⁰ TJMG - Apelação Cível 1.0239.15.000327-9/002. Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em 02 de ago. de 2024.

⁵¹ Maiores detalhes em Apelação Cível 1.0000.23.123325-5/001 – TJMG. Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em 02 de ago. de 2024.

Na ocasião, o Relator ponderou que a simples disponibilização da transmissão de ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio ou cabo dependem de autorização e, conseqüentemente, tornam exigíveis os direitos autorais. Destacou que o ECAD/Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, enquanto órgão representativo dos titulares dos direitos autorais, tem legitimidade para arrecadar, distribuir e fixar tabelas de preços referentes a tais direitos. Concluiu ser pacífico na jurisprudência que, quanto à execução, não importa se o ambiente é fechado ou aberto, público ou doméstico, pois a decisão que vale para um, analogicamente valerá para o outro.

No julgamento do REsp 1.770.890, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma reafirmou a jurisprudência segundo a qual o reconhecimento de abuso do direito de ação é excepcional, por estar intimamente atrelado ao acesso à Justiça, devendo ser analisado com prudência pelo julgador e declarado apenas quando o desvirtuamento do exercício desse direito for amplamente demonstrado.⁵²

Em tal julgamento, o Ministro Relator asseverou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se sedimentado no sentido da excepcionalidade do reconhecimento de abuso do direito de ação, por estar intimamente atrelado ao acesso à Justiça. Para ele, o eventual abuso deve ser reconhecido com prudência pelo julgador, apenas quando amplamente demonstrado, sem margem para dúvidas, que o direito de ação foi exercido de forma abusiva⁵³.

Na espécie, não ficou demonstrado, de maneira categórica, o abuso do direito de ação, tampouco o abalo de ordem moral suficiente para ensejar a reparação pleiteada pelos autores, devendo ser reformado o acórdão recorrido. Diante disso, foi dado parcial provimento ao Recurso Especial para afastar a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais.

O abuso do direito tem aplicação em quase todos os campos do direito e funciona com instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos.

Em situações subjetivas é possível se verificar o abuso do direito por parte do sujeito, que deverá ser analisado em cada situação, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

⁵² O abuso do direito de ação é caracterizado pela utilização exagerada ou desvirtuada desse direito, com o objetivo de prolongar, atrasar ou impedir o andamento de processos. (*In: Abuso do direito de ação: o reconhecimento de limites no acesso à Justiça*. Publicado em 27-08-2023. Disponível em www.stj.jus.br/noticias Acesso em 01 de ago. de 2024).

⁵³ O Ministro Relator ponderou que esse exercício abusivo do direito de ação foi reconhecido, por exemplo, no julgamento do REsp nº 1.817.845/MS, pois, naquela oportunidade, ficou demonstrado que a parte ajuizou "quase uma dezena de demandas frívolas e temerárias", em litígio que durou quase 39 (trinta e nove) anos, situação completamente distinta do caso sob exame.

Conforme disposto no art. 187 Código Civil, nos casos de cobrança do ECAD há abuso do direito, inclusive porque não se pode considerar o quarto de motel/hotel e similares como frequência pública e sim privado, e o abuso do direito é ilícito,

Todavia, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem utilizado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.066), “a disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, líteromusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD”:

“APELAÇÕES CÍVEIS - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C/C PERDAS E DANOS - ECAD - DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES EM QUARTOS DE HOTEL - DIREITOS AUTORAIS - COBRANÇA DEVIDA - TEMA REPETITIVO 1.066 DO STJ - REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - NÃO CABIMENTO - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - BASE DE CÁLCULO - VALOR DA CONDENAÇÃO - RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO E ADESIVO PROVIDO, EM PARTE. 1. O indeferimento de diligências desnecessárias ou protelatórias consubstancia poder-dever do magistrado (art. 370 do CPC), não havendo falar-se em cerceamento de defesa. 2. De acordo com entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.066), “A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, líteromusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD”. 3. A distribuição do ônus da sucumbência deve atender aos preceitos normativos, considerando o êxito obtido na ação por cada litigante, observando-se a quantidade de pedidos, bem como o conteúdo econômico de cada uma das pretensões. 4. A fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais deve observar as regras previstas no art. 85, §2º e §6º-A do CPC, as quais estabelecem os parâmetros de 10%(dez por cento) a 20% (vinte por cento) do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, inclusive quando se tratar de valores liquidáveis.” (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.020518-7/001, Relator(a): Des.(a) Eveline Felix, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/06/2024, publicação da súmula em 12/06/2024)

“AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM - PRELIMINAR - DIALETICIDADE RECURSAL - OBSERVÂNCIA - MÉRITO - DIREITOS AUTORAIS - LEI N. 9.610/98 - ECAD - DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES - ESTABELECIMENTOS HOTELEIROS - LEGALIDADE DA COBRANÇA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Verificado que a parte recorrente cumpriu com seu ônus de impugnação específica (art. 932, III e 1.010, II e III, ambos do CPC), apontando com precisão os fundamentos hostilizados, não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade recursal. 2. Conforme entendimento consolidado pelo STJ, o estabelecimento comercial se sujeita ao pagamento de direitos autorais ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) quando disponibiliza aparelhos de rádio e televisão em quartos de hotel.” (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.328104-7/001, Relator(a): Des.(a) Leonardo de Faria Beraldo, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/05/2024, publicação da súmula em 22/05/2024)

Para o Relator Des. Fernando Lins, a intervenção do Judiciário para controle dos valores cobrados pelo ECAD deve se restringir às situações de abuso, por exemplo, *"a cobrança de valor extorsivo que constitua sério obstáculo ao acesso ao bem cultural, ou mesmo à realização de eventos (livre iniciativa), a depender do exame de cada caso concreto"*. (REsp 1190647/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015).⁵⁴

3.3.2. A Regra dos Três Passos.

A elevada concentração arrecadatória do ECAD contribui para construção de uma imagem negativa da instituição que é constantemente alvo de críticas e levantamento de suspeitas quanto à forma de arrecadação e, sobretudo, a distribuição dos valores relativos a esses direitos autorais. Outro ponto negativo é a ausência de um controle por órgão externo da atuação do ECAD... Além disso, a possibilidade da existência de uma má-gestão dos direitos autorais pelo órgão acarreta, a um só tempo, a possibilidade de se afrontar os direitos patrimoniais do autor, mas, também, os direitos da personalidade uma vez que atacam a dignidade do indivíduo que não contará com a contraprestação financeira a que tem direito diante do trabalho desenvolvido. (LEAL, 2014, p. 69-70)

Sobre o tema, destaca-se o Recurso Especial 964404/ES, julgado em 2011. O conflito começou com a Abertura do Ano Vocacional de 2002, um evento religioso sem fins lucrativos promovido pela Mitra Arquidiocesana de Vitória, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA. I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O

⁵⁴ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.446019-0/001. Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em 02 de ago. de 2024.

âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS. IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor". V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 964404 / ES RECURSO ESPECIAL 2007/0144450-5 Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144), Data do julgamento: 15/03/2011, DJe: 23/05/2011)

Na ocasião, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) pediu a cobrança de direitos autorais pelas músicas que tocaram no evento (execuções musicais e sonorizações ambientais), quando da celebração da abertura do Ano Vocacional.

No caso, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, utilizou a Regra dos Três Passos e aplicou uma limitação ao direito autoral e decidiu excluir a cobrança de direitos autorais da organização religiosa.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça modificou a decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça do Espírito Santo, cujo entendimento, seria aplicável ao caso o art. 68 da Lei n. 9.610/1998 que autorizaria a cobrança dos direitos autorais ao ECAD.

Embora o desfecho do caso da Mitra Arquidiocesana tenha sido positivo, nem sempre as ponderações levam a resultados favoráveis. Um exemplo é o Recurso Especial 1380341/SP, que aconteceu em 2013. Desta vez, o ECAD entrou com uma ação contra a Associação da Santa Casa de Misericórdia de Serra Negra. Esta associação instalou aparelhos de TV nos quartos do hospital e o ECAD resolveu cobrar os direitos autorais da reprodução dos programas. Neste processo, o ECAD utilizou os mesmos argumentos, citando novamente o artigo 68 da LDA. No entanto, desta vez, o Superior Tribunal de Justiça considerou hotéis, motéis, clínicas e hospitais como locais de frequência pública. O Relator do caso, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, não se utilizou da ponderação e decidiu pelo pagamento dos direitos autorais, dando ganho de causa ao ECAD. (WACHOWICZ, 2022, p. 03)

A Regra dos Três Passos é um mecanismo que regula os usos livres de obras protegidas pelo Direito Autoral. Em 1994, a Organização Mundial do Comércio (OMC) estabeleceu o Acordo TRIPS, que incluiu a **Regra dos Três Passos** para casos especiais de **exceção** aos Direitos Autorais.

É preciso verificar três hipóteses em que se admite a reprodução não autorizada de obras de terceiro (a chamada “*regra dos três passos*”). Tal regra assume extrema relevância, notadamente nos países que adotam o *copyright*.

A Regra dos Três Passos está atualmente prevista no art. 9.2 da Convenção de Berna (revisão de Paris), no art. 13 do Acordo TRIPS, no art. 10º, da TODA (WCT), no art. 16º do TOEIF (WPPT) em seu nº 217 e, por último, Artigo 5 nº 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu de 22 de maio de 2001:⁵⁵

Art. 9.2 da Convenção de Berna.

2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Art. 13 do Acordo TRIPS.

Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

Art. 10º, da TODA.

As partes contratantes poderão prever, em suas leis nacionais, as limitações ou exceções aos direitos concedidos aos autores de obras literárias e artísticas no âmbito do presente tratado, em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Art. 16º, nº 2 do TOEIF.

Partes contratantes restringirão quaisquer limitações ou exceções imposta aos direitos previstas no presente tratado a determinados casos especiais que não atentem com a exploração normal da interpretação ou execução do fonograma e não causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do artista intérprete ou executante ou do produtor de fonogramas.

Art. 5º, n.º 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu.

As exceções e limitações contempladas nos 118, 219, 320 e 421 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

No âmbito de Berna, o “Teste dos Três Passos” era aplicável apenas às limitações ao direito de reprodução. O Acordo TRIPS, por sua vez, expande o escopo de aplicação do “Teste dos Três Passos” para todas as limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais, ou seja, mesmo as limitações explicitamente arroladas na Convenção de Berna – as chamadas exceções *jure conventionium* – deverão ser avaliadas pelo “Teste dos Três Passos” antes de serem observadas no caso concreto. (BASSO, 2007, p. 499)

⁵⁵ ADPIC - Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, em inglês: TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

TODA - Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, em inglês: WCT ou WIPO *Copyright Treaty - World Intellectual Property Organization Copyright Treaty*.

TOEIF - Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas ou Tratado sobre Artistas -Intérpretes e Produtores de Fonogramas, em inglês: WPPT - *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

A “Regra dos Três Passos” foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975 (Convenção de Berna), e pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (Acordo TRIPs).

A legislação brasileira cumpre com a Regra dos Três Passos da Convenção de Berna:

À luz da Doutrina da Interpretação Consistente, o Teste dos Três Passos é a diretriz que deve ser empregada pelo operador/intérprete/aplicador da LDA para a definição do escopo das limitações e sua aplicação, no caso concreto, a fim de não se causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos autores e empresas cujas atuações sejam intimamente dependentes dos direitos autorais e, por último, mas não menos importante, para não se infringir obrigações internacionais assumidas pelo Brasil cujo desrespeito pode sujeitá-lo a retaliações comerciais no âmbito do Sistema da Organização Mundial do Comércio. Neste sentido é o entendimento da OMC, conforme relatório do Painel no caso *United States — Section 110 (5) of US Copyright Act* (DS 160) (MOSCA, 2022, p. 02)

De acordo com o Tratado de Berna, na sua revisão de Estocolmo em 1967, pela Regra dos Três Passos, a reprodução é autorizada quando: a) for utilizada apenas em casos especiais; b) não prejudicar a exploração comercial da obra e c) não ferir injustificadamente os legítimos interesses do autor.

Assim, nessas hipóteses são autorizadas exceções/limitações ao direito do autor e, por conseguinte, o direito de reprodução por terceiros não-autorizados.

Os três passos são exigências independentes e que devem ser cumpridos cumulativamente. O primeiro passo, casos especiais, exige que as exceções e limitações sejam claramente definidas e tenham um intuito e alcance restritos. O segundo passo, não prejudicar a exploração normal da obra, prevê que o limite ou exceção entre em conflito com a exploração normal da obra, tocando na exploração da obra pelo seu autor, privando o autor de proventos económicos significativos ou tangíveis. O terceiro passo, não causar um prejuízo injustificável aos legítimos interesses do autor, consiste no grau ou nível de prejuízo injustificável, quando a admissibilidade de um limite ou exceção cause, ou possa causar, uma perda indefensável de proventos para o autor. (VICENTE, 2014, p. 261)

A Regra dos Três Passos configura uma valiosa ferramenta que serve para aplicar a proteção dos direitos autorais. Ao aplicar tal regra, permite-se a reprodução de conteúdo sem que isso configure uma ofensa, preservando o equilíbrio entre os direitos autorais e o interesse público, em especial relacionados à educação e ao acesso à informação.

No voto acima transcrito, o Relator Paulo de Tarso Sanseverino enfoca a Convenção de Berna, informa a importância dos princípios constitucionais e cita o prof. Leonardo Macedo Poli, nos seguintes termos:

Cada uma das limitações previstas na LDA decorre da recepção legal de um outro princípio constitucional garantido, relacionados, por exemplo, ao direito à intimidade e à vida privada, ao desenvolvimento nacional, à leitura, educação e ciência. (POLI, 2008, p. 81)

Para o Relator, as normas do art. 68 e seus parágrafos fixam apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade autoral, surgindo o seu âmbito efetivo de proteção somente após o reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial. Para ele, a Lei 9.610/98, em seus artigos 46, 47 e 48 regula as limitações aos direitos autorais, discutindo apenas se essas restrições possuem caráter exemplificativo ou taxativo. Assinala que o evento de que trata os autos – sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade exclusivamente religiosa – não conflita com a exploração comercial normal da obra (música e sonorização ambiental), assim como, tendo em vista não constituir evento de grandes proporções não prejudica injustificadamente os legítimos interesses dos autores. Ressaltou a existência no caso, da regra dos três passos e prepondera no caso, o direito fundamental à liberdade de culto e de religião frente ao direito do autor. Apontou o artigo 13 do Acordo OMC/TRIPS, do qual o Brasil é signatário, admite a restrição de direitos autorais, desde que não interfira na exploração normal da obra ou prejudiquem injustificavelmente o titular do direito. Para o relator o evento não teria magnitude o bastante para prejudicar a exploração da obra. Com esses fundamentos, deu parcialmente procedência ao Recurso Especial para excluir a cobrança de direitos autorais em relação ao evento religioso narrado na petição inicial (Abertura do Ano Vocacional de 2002). A Terceira Turma seguiu integralmente o voto do Relator.⁵⁶

O Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial - AREsp 979402 ES 2016/0236437-9, destacou a Regra dos Três Passos:

1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a cobrança de verba autoral independe da análise da utilidade econômica do evento, seja na cobrança de ingresso ou na finalidade da instituição que a promove, deixando essa característica de ser condição para sua exigência. 2. **De acordo com a "Regra dos 3 Passos, prevista na Convenção de Berna, é possível limitar o direito do autor da obra quando: (a) se está diante de casos especiais; (b) a utilização da obra não prejudica sua exploração normal; e (c) a utilização não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor,** situações essas que o evento realizado pelo apelante não se

⁵⁶ Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 10 de julho de 2024.

encaixa, visto que foi realizado no Parque de Exposições de Carapina, na Serra - ES, com cobrança de ingresso, para milhares de pessoas. 3. A cobrança de direitos autorais em casos de eventos dessa magnitude, ainda que de cunho religioso, não ofende a liberdade religiosa, de culto ou liturgia, pois não se trata de culto ou missa celebrados no âmbito da instituição religiosa, para seus fieis, hipótese que claramente está isenta de qualquer exigência nesse sentido. ⁵⁷(AREsp 979402 ES 2016/0236437-9)

No mesmo sentido, a Corte Superior destacou que as limitações aos direitos patrimoniais dos titulares de direitos autorais devem passar pelo crivo do "Teste dos Três Passos" antes de sua aplicação a um caso concreto, em razão do compromisso assumido pelo Brasil na condição de signatário da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. CLIPPING DE NOTÍCIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE MATÉRIAS E COLUNAS DE JORNAIS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. ILICITUDE. ARTS. 46, I, "A", E VII DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS E 10.1 DA CONVENÇÃO DE BERNA. INAPLICABILIDADE. TESTE DOS TRÊS PASSOS. FRUIÇÃO ECONÔMICA. EXCLUSIVIDADE DO TITULAR DOS DIREITOS AUTORAIS. DANOS PATRIMONIAIS CONFIGURADOS. DANOS MORAIS. ILEGITIMIDADE DA CESSIONÁRIA.

1. Ação ajuizada em 4/12/2014. Recurso especial interposto em 5/3/2021. Autos conclusos à Relatora em 4/7/2022.

2. O propósito recursal consiste em definir (i) se ficou caracterizado cerceamento de defesa, (ii) se a atividade da recorrida, consistente na elaboração e comercialização de clipping de matérias jornalísticas e colunas publicadas em jornais editados pela recorrente, sem autorização ou remuneração, viola direitos autorais e (iii) se, reconhecida tal violação, é cabível a indenização pleiteada.

3. É assente nesta Corte que não há cerceamento de defesa quando, de forma fundamentada, o julgador resolve a questão controvertida sem a produção da prova requerida pela parte, em virtude de considerar suficientes os elementos que integram os autos.

4. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (art. 5º, XXVII, da CF/88).

5. As criações do espírito derivadas da atividade jornalística são obras protegidas pela Lei de Direitos Autorais, pertencendo, em consequência, exclusivamente aos respectivos titulares o direito de utilização pública e aproveitamento econômico (arts. 28 e 29 da Lei 9.610/98).

6. A produção e a comercialização de serviço de clipping de notícias integram atividade que não se enquadra na moldura fática das normas dos incisos I, "a", e VII do artigo 46 da LDA.

7. As limitações aos direitos patrimoniais dos titulares de direitos autorais devem passar pelo crivo do "Teste dos Três Passos" antes de sua aplicação a um caso concreto, em razão do compromisso assumido pelo Brasil na condição de signatário da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS. Doutrina.

8. Segundo o "Teste dos Três Passos", a reprodução não autorizada de obras de terceiros somente é admitida quando preenchidos os seguintes requisitos cumulativos: (i) em certos casos especiais;

(ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; e (iii) que não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.

⁵⁷ Disponível em www.jusbrasil.com.br Acesso em 13 de jul. de 2024.

9. A atividade de comercialização de clipping de notícias realizada pela recorrida conflita com a exploração comercial normal das obras da recorrente, prejudicando injustificadamente seus legítimos interesses econômicos.

10. Nos termos do art. 36 da Lei 9.610/98, a utilização econômica de escritos publicados pela imprensa diária ou periódica constitui direito pertencente exclusivamente ao respectivo titular da obra.

11. O serviço de clipagem, em hipóteses como a dos autos, não se enquadra na moldura fática da norma do art. 10.1 da Convenção de Berna, pois as matérias jornalísticas da recorrente são utilizadas como insumo do produto comercializado pela recorrida, e não como meras citações.

12. Evidenciado que a recorrida utilizou comercialmente, sem autorização, obras cuja fruição econômica é reservada exclusivamente à recorrente, esta faz jus à indenização, a título de danos materiais, que reflita o que ela "efetivamente perdeu" e o que "razoavelmente deixou de lucrar" (art. 402 do CC/02), em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

13. Uma vez que a recorrente se apresenta como titular dos direitos autorais objeto da ação na condição de cessionária, carece ela de legitimidade para pleitear compensação por danos morais, em razão da circunstância de a transmissão de tais direitos, ainda que total, não compreender os de natureza moral, nos termos da regra expressa no art. 49, parágrafo único, da LDA.

14. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte.

(REsp n. 2.008.122/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

Porém, o próprio STJ já decidiu que levando a Lei dos Direitos Autorais em consideração eventos sem fins lucrativos deverão pagar direitos autorais.

Embora a Lei de Direito Autoral tenha sua força, ela não é absoluta. Dessa forma, algumas restrições são necessárias para garantir o equilíbrio dos interesses, tanto dos titulares dos direitos quanto da sociedade.

Assim, as limitações podem acontecer de duas formas: intrínseca e extrínseca. Ou seja, as intrínsecas estão relacionadas à legislação, ao tempo e à extensão da proteção. Já as extrínsecas são restrições ao exercício da lei, corrigindo os abusos dos titulares.

No entanto, as limitações ao Direito Autoral não podem ser arbitrárias, ou seja, devem ser baseadas em critérios fixos. Neste sentido, a aplicação da Regra dos Três Passos no processo de ponderação tem auxiliado a Corte do Superior Tribunal de Justiça nas decisões. Contudo, a falta de uma cláusula geral sobre os usos livres dificulta a utilização de tal regra pelos tribunais.

3.3.3. As regras do *fair use*.

O tema que trata das limitações aos direitos autorais é o mais polêmico, as novas tecnologias digitais trouxeram possibilidades, antes impossíveis às outras gerações, elas ampliaram a divulgação das obras artísticas e literárias. Em contrapartida, criaram dificuldades

para controlar os seus usos, muitos deles ocorrem em prejuízo dos interesses dos criadores. Os autores e artistas têm que ser recompensados pela utilização de suas criações, produtores devem ter seus investimentos resguardados em termos razoáveis, mas a sociedade deve ter acesso aos bens culturais de uma forma justa. Como alcançar esse equilíbrio? (SOUZA, 2013, p. 216)

Fair use (chamado também de *uso justo*) é um princípio do direito autoral que permite o uso limitado de material sem a necessidade de obter a permissão do proprietário dos direitos autorais. A ideia por trás do *fair use* é equilibrar os direitos dos proprietários de direitos autorais com a liberdade de expressão e de acesso à informação. (SUGIMOTO, 2014, p. 03)

De acordo com ADOLFO (2008, p. 02), o *fair use* é uma típica cláusula geral, cuja origem deu-se a partir da jurisprudência americana e esta por sua vez deriva-se para *fair dealing* ou *fair abridgment*. Durante mais de um século, o judiciário dos Estados Unidos adotou o *fair use*.

A ideia por trás do *fair use* é equilibrar os direitos dos proprietários de direitos autorais com a liberdade de expressão e de acesso à informação. Em resumo, há uma necessidade em fornecer para as pessoas acesso à cultura e à informação sem fins lucrativos. Essa prevalência do interesse público sobre a propriedade intelectual autoriza o indivíduo a explorar a obra sem o expresse consentimento do autor. (SUGIMOTO, 2023, p. 03)

O *fair use* surgiu nos Estados Unidos a partir da metade do século XIX, quando as cortes federais americanas passaram a perceber que algumas utilizações eram justas e de boa-fé e, assim, não seriam passíveis de infração. Então, em 1841, através do caso *Folsom Vs. Marsh*, cujo réu admitiu ter copiado, de fato, 383 páginas de uma biografia de 12 volumes de George Washington, o tribunal considerou o réu culpado, mesmo com a justificativa de defesa do *fair use*. Porém, o juiz Story julgou pertinente a aplicação de instituto alternativo que servisse para regular as relações existentes entre os titulares de direito de autor e um terceiro que desejasse utilizar de parte desta obra, transformando-se na doutrina do *fair use*. (POLICARPO, 2015, s/p)

Contudo, a legislação do *fair use* nos Estados Unidos somente foi consolidada e aprovada como estatuto autoral no ano de 1976.

Atualmente, Os Estados Unidos e as Filipinas são os únicos países que possuem uma doutrina de *fair use*, apesar de que as limitações ao direito de autor são tratadas em leis de diversos países, com suas diferenciações.

A Austrália também estuda, atualmente, a inclusão da doutrina *fair use* em sua jurisprudência e espera, até o final de 2018, tomar uma decisão a respeito da sua utilização. Em junho de 2017, foi aprovada a lei digital, com a Lei de Direitos Autorais (*Disability Access and*

Other Measures) que prevê o acesso a material protegido por pessoas com deficiência, além de proteger as instalações educacionais, principais instituições culturais, bibliotecas e arquivos de violação de direitos autorais.⁵⁸

O instituto jurídico do *fair use* está referendado no Título 17, §107, como “*Limitations on exclusive rights: fair use*” do Estatuto do Direito Autoral dos Estados Unidos, denominado “*US Copyright Statute*” e autoriza a utilização de trabalhos autorais de outrem em determinados casos, razão pela qual, não há se falar em infração do trabalho original do autor.

§107. Limitações aos direitos exclusivos: Uso Justo. Não obstante as disposições das secções 106 e 106A, o uso justo de um trabalho com direitos autorais, incluindo a utilização por reprodução em cópias ou gravações ou por quaisquer outros meios especificados por esta seção, para fins de crítica, comentário, reportagem noticiosa, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), estudo ou pesquisa, não é uma violação de direitos autorais.

Assim, de acordo com a legislação norte americana há a possibilidade de uso de obras de autoria de terceiros, tais como citações para fins de críticas, comentários, textos, estudos, reportagens noticiosas, pesquisa, ensino (inclusive cópias de uso em sala de aula), imagens, fotografias, realização de paródias, obtenção de cópias privadas, sem a necessidade de pagamento ou autorização do autor e sem lucro.

A *Digital Media Law*, mantida pelo *Berkman Center for Internet & Society*, tem uma definição legal sobre o que é o que o *fair use*:

A política por trás da lei de direitos autorais não é simplesmente proteger os direitos daqueles que produzem conteúdo, mas "promover o progresso da ciência e das artes úteis". U.S. Const. Arte. I, § 8, cl. 8. Como permitir que os autores façam valer seus direitos autorais em todos os casos, na verdade dificultaria esse fim, primeiro os tribunais e depois o Congresso adotaram a doutrina de uso justo para permitir o uso de materiais protegidos por direitos autorais considerados benéficos para a sociedade, muitos dos quais também têm direito a Proteção da Primeira Emenda. O uso justo não permitirá que você simplesmente copie o trabalho de outra pessoa e tenha lucro com ele, mas quando seu uso contribui para a sociedade, continuando o discurso público ou criando uma nova obra no processo, o uso justo pode protegê-lo. (ELIAS FILHO, 2021, p. 03)

Urge registrar, que a lei americana permite a aplicabilidade do *fair use* inclusive em trabalhos não publicados.

⁵⁸ Em junho de 2017, foi aprovada a lei digital, com a Lei de Direitos Autorais (*Disability Access and Other Measures*) que prevê o acesso a material protegido por pessoas com deficiência, além de proteger as instalações educacionais, principais instituições culturais, bibliotecas e arquivos de violação de direitos autorais. O governo australiano continua a alinhar suas leis de direitos autorais com os avanços tecnológicos, buscando feedback sobre se há "apoio geral" em exceções flexíveis. (REICHERT, 2018, s/p)

No Brasil, propriamente não existe necessariamente a doutrina do *fair use*, inclusive porque prioriza-se a proteção do autor, e não somente a obra, o *copyright*.

Embora no Brasil, não exista uma disposição específica denominada *fair use* ou (uso justo) em sua legislação de direitos autorais, a Lei nº 9.610/98 contém dispositivos que permitem a aplicação de princípios semelhantes.

A Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências e dispõe:

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra.

Porém, a própria lei impõe exceções.

No Brasil, as hipóteses de “usos livres” (limitação aos direitos autorais) estão indicadas expressamente no art. 46, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA) e apresentam uma lista fechada:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à

clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

De acordo com a legislação brasileira, deve-se analisar se o uso se encaixa nas hipóteses do dispositivo acima mencionado. Não se amoldando em alguma dessas situações, o uso será deliberado como irregular.

Dentre essas exceções as que mais causam polêmica são as reproduções de pequeno trecho. Porém, se o pequeno trecho for a essência da obra, será condenável.

Assim, o uso aceitável, *fair use*, configura uma situação jurídica em que seria permitido o uso de materiais protegidos pelos direitos autorais sob determinadas circunstâncias.

É aceitável, no Brasil, o uso lícito de pequenos trechos, porém, não para uso comercial, mas é aceitável análises, pesquisa, ensino, para escolas e também conteúdos culturais.

Evidencia-se que tal dispositivo traz algumas exceções à violação de direitos autorais, a fim de possibilitar o uso desses conteúdos com a finalidade de garantir o acesso à informação, liberdade de expressão, e outros princípios garantidos constitucionalmente.

No Brasil, as regras do *fair use* podem e devem ser aplicadas quando houver um interesse coletivo social em determinada retransmissão, desde que essa retransmissão siga as regras acima mencionadas, aplicável o inciso III do artigo 46 da Lei n. 9.610/98.

Convém então analisar, se o uso é ou não comercial. Em linhas gerais, deve-se verificar se o uso se enquadra literalmente em alguma daquelas poucas hipóteses previstas na Lei de Direitos Autorais, conforme acima mencionado. Se não há uma aderência total a uma dessas situações, o uso será considerado irregular.

Contudo, o problema no Brasil está longe de ser solucionado, inclusive em detrimento das inovações e desenvolvimento tecnológico.

A proteção de direitos autorais deve caminhar a passos largos com a inovação, a fim de promover a disseminação do conhecimento, o aprimoramento da tecnologia, da cultura e da arte, com o uso justo para o bem da coletividade.

O *Fair Dealing* (negociação justa), oriundo do século XVIII, pelas cortes inglesas, é o contraponto do *fair use*, pois em algumas situações, o material era possível utilizar o material, independente da autorização do seu autor, porém, para sua aplicação é necessário boa-fé e conduta razoável.

As exceções e limitações dos direitos autorais devem ser estabelecidas, para que se reconheça usos particulares que não infrinjam os direitos autorais, a fim de equilibrar os direitos exclusivos dos proprietários desses direitos autorais com as necessidades da sociedade da informação, para que a população em geral tenha acesso a materiais e/ou obras protegidas por tais direitos, em situações diversas.

Faz-se necessário o equilíbrio entre o reconhecimento de limitações e exceções nos direitos autorais, a fim de garantir a paridade entre os direitos dos criadores e o interesse público garantido pelos princípios fundamentais.

A propósito, Keiffer Becker assinala que devem ser considerados quatro fatores para a aplicação do *fair use*, que nem sempre precisam aparecer em conjunto, quais sejam: 1) a finalidade e o caráter do uso, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou se presta a fins educativos que não visem a obtenção de lucro; 2) a natureza da obra protegida por direitos autorais; 3) a quantidade e a substancialidade da parte usada em relação àquela com direitos autorais como um todo e 4) efeito do uso sobre o potencial de mercado ou valor da obra protegida com direitos autorais⁵⁹. (BECKER, 2021, p. 3-5)

Para a autora, a aplicação dos limites da proteção autoral aplicada pela jurisprudência pátria é extremamente rígida, sendo que apenas em casos muito específicos e ausente de ganho econômico com a utilização do pequeno trecho é caracterizado o uso justo. A redação do art. 46, da Lei n. 9.610/98 é objeto de muita polêmica quando trata das limitações do autor, uma vez que suas normas são fechadas e este tema requer uma regulação objetiva, justa e abrangente, sendo que a forma atual da legislação não coaduna com o objetivo da proteção autoral, que seria singelamente o fomento da criatividade. Em que pese a tramitação de projetos legislativos no Congresso, percebe-se que existem questões pessoais, principalmente motivadas pelo valor econômico para que ocorra alteração efetiva. Assim, diante desta realidade, representa ainda mais significância a interpretação objetiva com a implantação da

⁵⁹ Os tribunais tendem a ver o quarto fator como o mais importante, sendo que nesse ponto o tribunal verificará o quanto o valor de mercado da obra protegida por direitos autorais é afetado pelo uso em questão. Este fator pesará a favor do detentor dos direitos autorais se o uso irrestrito e generalizado tiver um impacto considerável no mercado potencial da obra. (BECKER, 2021, p. 05)

doutrina *fair use* como fonte do direito nacional, tendo em vista a lacuna legal existente. (BECKER, 2021, p. 7-8)

Para Pinheiro (2013, *apud* Policarpo, 2015, p. 22), uma situação em o uso justo se manifesta diz respeito aos casos em que determinada pessoa, adquiriu uma música disposta em um arquivo digital. Neste caso específico, ao transferir esse arquivo de um dispositivo móvel para outro, como de um computador para o MP3 player, o adquirente não estaria infringindo as leis de direito autoral, desde que tal transferência seja para uso próprio e limitados aos dispositivos de sua propriedade.⁶⁰

Para alguns autores, as cópias de obras feitas para o uso particular não ferem o direito do autor, dentre eles, José de Oliveira Ascensão, que defende a permissão da cópia privada como uma manifestação do princípio da liberdade do uso privado, destacando ser livre a reprodução para o uso privado, pois é mera decorrência de direito patrimonial se reduzir a um exclusivo de exploração econômica da obra. (MOTTA JUNIOR, 2003, p. 02)

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a aplicação da “Regra dos Três Passos”, considerando limitar o direito de exclusividade do autor, em que o direito dele de se opor a determinada utilização de sua obra quando: (i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da sua obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. O modelo brasileiro de exceções e limitações é diferenciado modelo norte-americano chamado de “*fair-use*”. Nesse modelo os tribunais, para determinarem a legalidade do uso que foi dado, avaliam: (iv) o tipo de uso que o terceiro fez da obra (se tinha finalidade comercial ou doméstica); (v) a natureza da obra utilizada (um texto informativo, por exemplo, é menos protegido que um romance); (vi) a qualidade e a quantidade da obra que foi utilizada (é menos grave usar uma pequena parte do que uma grande parte) e (vii) se o uso feito pelo terceiro resultou em algum prejuízo ao autor. Dessa forma, o *fair use* tem como principal diferencial para o modelo brasileiro, é que ele é mais preparado para absorver inovações tecnológicas que criem novas limitações (na medida em que, com base nesses parâmetros, o juiz avalia a legalidade do uso, enquanto a nossa lei já determinou os usos possíveis, consequentemente é mais limitada). (MAGRANI, 2018. p. 01)

Nos Estados Unidos, diferente do que ocorre no Brasil, o *fair use* constitui uma norma aberta utilizada caso a caso.

⁶⁰ Citem-se como exemplos músicas transferidas de um dispositivo para outro, como MP3 player, iPod, CD, *bluetooth*, computador, entre outros dispositivos, que não configuram violação ao direito do autor.

Exceções legítimas incluem práticas como o uso de trechos curtos, de vídeo protegido por direitos autorais, para citação, num documentário, ou uso, em paródias, de personagens “patenteados”.

A “**regra dos três passos**” foi elaborada como exceção ao direito de propriedade autoral e base da doutrina *fair use* adotada pelos Estados Unidos.

A Resolução de nº 67 aprovada na data de 20 de outubro de 2005 pela Associação Brasileira de Direitos Autorais, concluiu que na legislação atual a regulamentação das limitações ao Direito de Autor não é satisfatória e propôs alteração do art. 46 da lei 9.610 de 1998, que passaria a vigorar da seguinte forma:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24: I - tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir; II - sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais; III - o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra; Parágrafo Único - A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos.

Posteriormente, em 2011, o anteprojeto de alteração da Lei de Proteção aos direitos autorais, do Ministério da Cultura, previu uma alteração no artigo 46, inciso VII e parágrafo único, II, passaria a ter a seguinte redação:

VIII – a utilização, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes visuais, sempre que a utilização em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;

Parágrafo único. Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for: II - feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Esta nova redação do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, superaria a divergência apontada.

A Regra dos Três Passos é a solução mais coerente para resolver os de conflitos entre direito de autor e o acesso à informação no ordenamento interno, devendo ser interpretada, *a priori*, de forma restritiva e em favor do autor, porém, deve ser analisado o caso em concreto, pois no direito não há regra absoluta. Tanto o direito de autor quanto o direito de acesso ao conhecimento não são direitos absolutos. Uma compreensão distorcida da matéria se traduz no esmagamento deste instituto.⁶¹ (SOUZA, 2013, p. 225)

A análise justa e transparente é fundamental para o desenvolvimento da criatividade e respeito ao autor. Com a introdução de uma doutrina como a *fair use*, esperam-se julgamentos assertivos, objetividade na análise e equilíbrio entre a tranquilidade do autor e de quem apropria, de forma justa, de uma obra que merece ser compartilhada e que é base de evolução e aprimoramento para tantas outras.

4 - O ECAD NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O capítulo a seguir tratará da análise jurisprudencial envolvendo a atuação do ECAD e dos Direitos Autorais nos Tribunais Superiores.

4.1 O ECAD na jurisprudência do TJMG.

CASO N. 1

1) EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C/C PERDAS E DANOS - PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO REJEITADAS - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA INAUDITA ALTERA PARS - PROVA PERICIAL - POSSIBILIDADE - ECAD - COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS EM ACADEMIA - RECOLHIMENTO DEVIDO - DÉBITO EXISTENTE - PROVA PERICIAL CONCLUSIVA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. - O juiz é o destinatário das provas e possui a faculdade de determinar ou dispensar a produção daquelas consideradas imprescindíveis ou inúteis ao deslinde da

⁶¹ Para o autor, a grande questão a ser analisada no caso dos direitos autorais é a busca pelo equilíbrio entre a defesa dos titulares dos direitos e o acesso da sociedade ao conhecimento. A Regra dos Três Passos surge para conciliar a legítima proteção aos autores e as inúmeras oportunidades da convergência tecnológica favorecendo um sistema nacional de propriedade intelectual moderno, equilibrado e justo face à enorme demanda cultural do país e promover uma sociedade menos desigual no acesso à cultura e ao conhecimento. (SOUZA, 2013, p. 226)

controvérsia.

- Se o magistrado a quo, ao proferir a sentença, declinou as razões do seu convencimento, e elencou os motivos que ensejaram o deferimento parcial do pedido, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação. - Se as provas coligidas aos autos revelam-se suficientes para o Juiz a quo decidir com segurança o feito, sem ofensa ao princípio da ampla defesa, a rejeição da preliminar de cerceamento de defesa é medida impositiva. - A teor do parágrafo único do art. 370 do CPC, o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Logo, possui a faculdade de determinar ou dispensar a produção das provas consideradas imprescindíveis ou inúteis ao deslinde da controvérsia.- Se os Embargos de Declaração foram acolhidos tão somente para sanar as omissões relativas ao pronunciamento dos itens "c" e "f" da inicial, se a Apelante já tinha tido oportunidade de se pronunciar a respeito e considerando a ausência de prejuízo, não há necessidade de retorno dos autos à primeira instância e, conseqüentemente, não há nulidade processual. - Se a realização da prova pericial revela-se útil e necessária, para averiguar as medições das áreas efetivamente sonorizadas, para parâmetro da arrecadação, a fim de prestar esclarecimento dos aspectos fáticos relevantes ao deslinde da demanda, deve ser rejeitada a preliminar de violação da ampla defesa e do contraditório. - Restando demonstrado nos autos que a Autora/Apelante apenas prestou esclarecimentos em relação ao equívoco extrajudicial, não há de se falar em aditamento da inicial. - "O ECAD tem legitimidade ativa para ajuizar ação de cobrança de direitos autorais, independentemente de prova de filiação ou autorização dos titulares. Academia de ginástica deve recolher valores devidos a título de direitos autorais em decorrência da sonorização dos ambientes do estabelecimento comercial, com fundamento na Súmula 63/STJ." (AgInt no AREsp n. 443.535/RJ, relator Ministro Lázaro Guimarães, julgado em 15/5/2018, DJe de 22/5/2018.) - A condenação de litigância de má-fé exige prova de instauração de litígio infundado e de ocorrência de dano processual à parte contrária. - Logo, o pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé formulado pela Autora/Apelada deve ser indeferido, pois não se evidencia nos autos o abuso de direito de ação a ensejar a referida penalidade, tampouco conduta dolosa com vistas à procrastinação do feito. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.123325-5/001, Relator(a): Des.(a) Habib Felipe Jabour, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/06/2023, publicação da súmula em 27/06/2023)

No caso vertente, o ECAD - ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ajuizou Ação de Cumprimento de Preceito Legal c/c Perdas e Danos em face do CENTRO DE TREINAMENTO FÍSICO BIO HEALTH LTDA – empresa do ramo de Academia de Ginástica, em virtude de utilização de forma habitual e continuamente de obras musicais, literomusicais, audiovisuais e fonogramas, mediante sonorização ambiental, através do uso de equipamentos para execução/transmissão sonora e audiovisual em suas dependências, como inerente e próprio do ramo explorado.

O ECAD requereu a condenação da Requerida em perdas e danos, na forma de pagamento das parcelas mensais devidas a título de direitos autorais não pagas a partir de julho de 2018 calculadas nos termos do Regulamento de Arrecadação do ECAD, com as demais consequências de estilo e atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00. (cinquenta mil reais).

O Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar a Academia de Ginástica Requerida/Apelante ao pagamento das parcelas mensais devidas a títulos

de direitos autorais não pagas por ela, *pertinente ao imóvel descrito na inicial, no período de junho de 2018 a julho de 2021, tendo como base para o cálculo do valor devido a área sonorizada auferida no laudo pericial de 1.580,56 m², de acordo com previsão expressa do Regulamento de Arrecadação, com não incidência no período de 15/06/2020 e de 17/03/2021 até 19/04/2021, aplicação dos descontos previstos, inclusive do art. 29 do Regulamento de Arrecadação.*

A Academia de Ginástica Requerida/Apelante recorreu suscitando cerceamento de defesa e cobrança indevida de valores. Argumentou que não há provas nos autos de que as músicas reproduzidas em seu no interior são músicas de domínio público ou de livre distribuição denominadas “*Creative Commons*”. Concluiu não ser responsável legal pelo recolhimento da contribuição no tocante às músicas reproduzidas em seu estabelecimento.

Na ocasião do julgamento, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por unanimidade, rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso.

No julgamento, destacou-se que a Requerida/Apelante não comprovou que a reprodução de conteúdo musical se daria através de plataforma streaming pagos, não sendo isenta do pagamento de mensalidade ao ECAD por sua finalidade distinta. Logo, reiterou não haver nos autos elementos comprobatórios de que todas as músicas utilizadas na academia “sejam consumidas nos aplicativos pagos de *streaming*”. Destacou-se ainda que o laudo pericial de doc. de ordem n. 58, reconheceu a área sonorizada da academia Apelante, com a discriminação da aparelhagem utilizada para a reprodução de som em cada um dos cômodos.

Diante disso, não resta qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de a Apelante efetuar o pagamento dos direitos autorais na forma prevista no Regulamento de Arrecadação do ECAD.

CASO N. 2

2) EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - RESTABELECIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PREPARO EFETUADO - INCOMPATIBILIDADE - VEDAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* - ECAD (ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO) - COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS - AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS - IRRELEVÂNCIA - PRECEDENTES DO STJ - RECOLHIMENTO DEVIDO - DÉBITO EXISTENTE - PROVA PERICIAL CONCLUSIVA

- Se a postulante da justiça gratuita efetua o recolhimento do preparo recursal, pratica ato incompatível com a alegada carência financeira declarada, a ensejar o indeferimento do benefício.

- Os direitos autorais são devidos, nos termos da Lei nº 9.610/98, pelo executor da obra musical, público ou privado, ainda que o evento seja promovido sem fins lucrativos. - À luz da Lei n. 9.610/1998, a cobrança de direitos autorais em virtude da execução de

obras musicais protegidas em eventos públicos não está condicionada ao objetivo ou obtenção de lucro. (REsp n. 2.098.063/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 13/11/2023.)” (Apelação Cível n. 1.0000.24.074921-8/001. Rel. Des. Habib Felipe Jabour. 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/03/2024, publicação da súmula em 06/03/2024)

Na espécie, a Autora/Apelante alega ser associação sem fins lucrativos e interpôs Ação de Consignação em Pagamento contra o Apelado ECAD, em virtude de ter provido a 22ª Feira da Paz, no Parque de Exposições David Gonçalves Lara, em Betim-MG, com o apoio do Município. Pugnou pelo deferimento do pedido de execução das obras musicais, suprimindo a autorização prévia para a realização do evento, sem o recolhimento prévio da taxa. Alternativamente, requereu autorização do depósito judicial da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O pedido liminar foi deferido, sendo autorizada a realização do depósito judicial no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Todavia, na sentença o Juiz sentenciante julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Em grau recursal, inconformada, a Associação Autora pede a improcedência do laudo pericial de Id 5711098028, a fim de se declarar extinta a obrigação, conforme valor depositado na Ação de Consignação e Pagamento no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Insiste no deferimento do pedido de execução das obras musicais, suprimindo a autorização prévia para a realização do evento, sem o recolhimento prévio da taxa. Alternativamente, requereu autorização do depósito judicial da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O Desembargador Relator após tecer algumas considerações acerca dos direitos autorais, tutelados pela Lei n. 9.610/98, assinalou que a simples utilização direta ou indireta da obra depende de autorização e, conseqüentemente, torna os direitos autorais exigíveis. Para ele, a prova pericial analisou a documentação apresentada, tendo em conta o regulamento do ECAD, e o que foi apresentado no evento para servir de parâmetro da arrecadação, a fim de prestar esclarecimento dos aspectos fáticos relevantes ao deslinde da demanda. Ao final, destacou que Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem decidido que quem promove eventos culturais, passíveis de direitos autorais, mesmo sem fins lucrativos, possui obrigatoriedade de recolhimento dos valores relativos ao ECAD.

De acordo com o laudo pericial, a Associação Apelante auferiu uma receita bruta com a realização do evento “22ª Feira da Paz de Betim” de R\$ 1.574.369,50 (um milhão quinhentos e setenta e quatro mil trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos). Logo, de acordo com o Regulamento de Arrecadação do ECAD, os direitos autorais com a realização do evento “22ª

Feira da Paz de Betim" correspondem a R\$ 157.436,95 (cento e cinquenta e sete mil quatrocentos e trinta e seis reais e noventa e cinco centavos) e não apenas R\$ 30.000,00, conforme pleiteado por ela.

No entendimento dos Desembargadores da 18ª Câmara Cível do TJMG, o pagamento dos direitos autorais está condicionado tão somente à promoção de exibição pública da obra artística, independentemente de lucro, razão pela qual, negaram provimento ao recurso e mantiveram inalterada a sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4.2 O ECAD na jurisprudência de outros tribunais brasileiros.

Em caso similar, ao acima citado, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS AUTORAIS. SONORIZAÇÃO AMBIENTE. REPRODUÇÃO DE COMPOSIÇÕES MUSICAIS. OBRIGAÇÃO DE PAGAR PELAS TRANSMISSÕES DE OBRAS MUSICAIS PREVISTA NA LEI 9.610/98. FATO CONSTITUTIVO DA PRETENSÃO AUTORAL. COMPROVAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS DEVIDOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES COMERCIAIS. ALTERAÇÃO DO PRAZO FINAL PARA COBRANÇA. MEDIDA IMPOSITIVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os artigos 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Federal e 68, caput e §§ 3º e 4º, da Lei Federal 9.610/1998 tornam válida a cobrança dos direitos autorais relativos à utilização comercial de obras musicais ou literomusicais e fonogramas, em execuções públicas em locais de frequência coletiva (academias de ginástica). 2. Os elementos probatórios juntados pela parte autora/apelada evidenciaram que a academia de ginástica, no exercício de suas atividades e interesses empresariais, utiliza habitual e continuamente obras musicais, sem efetivar o pagamento da retribuição pecuniária devida a título de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. 3. Incorreu a empresa ré em prática ilícita, pois comprovada a execução pública de composições musicais ou literomusicais e fonogramas no seu estabelecimento comercial, especialmente em razão da notória atividade econômica por ela exercida (academia de ginástica), devendo ser responsabilizada pelo pagamento da retribuição autoral. Ônus probatório atendido pelo autor, conforme disciplina posta no art. 373, I do CPC. 4. Alteração do prazo final da cobrança, em razão da comprovação do encerramento das atividades do estabelecimento comercial apelado em março de 2021. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0717844-15.2021.8.07.0001 APELANTE(S) SPACO TECH ACADEMIA LTDA - ME APELADO(S) ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADACAO E DISTRIBUICAO ECAD Relatora Desembargadora DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA Acórdão Nº 1778978)

Na hipótese, o Juiz *a quo* julgou procedente o pedido formulado pela parte autora, para condenar a Ré ao pagamento da retribuição autoral devida entre os meses de maio de 2018 e

março de 2020 e julho de 2020 a maio de 2021, bem como a condenou ao pagamento das parcelas de retribuição autoral devidas e não pagas no curso do processo.

Em razões recursais, por sua vez, a Ré argumenta que as academias de ginásticas foram proibidas de funcionar em 15 de março de 2020 e somente puderam voltar às atividades em 5 de março de 2021 e mesmo assim, o retorno não foi total, pois ficaram proibidas as atividades coletivas até o dia 26 de outubro de 2021.

A Câmara Julgadora deu parcial provimento ao recurso, apenas para alterar o prazo final da cobrança e condenou a Ré ao pagamento da retribuição autoral devida entre os meses de maio de 2018 e março de 2020.

Para a Relatora Diva Lucy de Faria Pereira, independentemente de as atividades coletivas só terem sido liberadas no dia 26 de outubro de 2021, as academias reproduzem músicas não só em suas aulas coletivas, mas em todo o seu ambiente físico para atrair e oferecer conforto aos seus clientes, tratando-se de sonorização ambiental, de modo que devido o pagamento dos direitos autorais desde a abertura do estabelecimento

Pontuou ainda a Relatora, que agiu a empresa ré em prática ilícita, pois se comprovou a execução pública de composições musicais ou literomusicais e fonogramas no seu estabelecimento comercial, especialmente em razão da própria atividade econômica por ela exercida (academia de ginástica).⁶²

No mesmo diapasão, acerca do assunto acima mencionado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem entendido que, independentemente da ausência de escopo lucrativo, a execução de obras musicais impõe o recolhimento da remuneração dos direitos autorais:

EMENTA: CIVIL - DIREITOS AUTORAIS - ECAD - RÁDIO COMUNITÁRIA - ATIVIDADE LUCRATIVA - AUSÊNCIA - IRRELEVÂNCIA - REMUNERAÇÃO DEVIDA

Conforme consolidado entendimento, "a partir da vigência da Lei nº 9.610/1998, a obtenção de lucro por aquele que executa publicamente obras musicais passou a ser aspecto juridicamente irrelevante e quando se trata do pagamento de direitos autorais, regra na qual se incluem as rádios comunitárias" (AgRg no REsp 1420223/RS, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Assim, independentemente da ausência de escopo lucrativo na atividade exercida por rádio comunitária, a execução de obras musicais impõe o recolhimento da remuneração dos direitos autorais.

(TJSC, Apelação n. 5030972-90.2022.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 07-11-2023).

⁶² Voto na íntegra disponível em www.tjdft.jus.br Acesso em 13 de abril de 2024.

A respeito, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso tem decidido que o ECAD, órgão central para a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais, tem legitimidade para fixar os preços e formular os critérios para a arrecadação de direitos autorais decorrentes da exploração comercial de músicas:

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PARCIAL PROCEDENCIA - VALOR DEVIDO POR DIREITOS AUTORAIS - EXECUÇÃO DE MÚSICA EM EXPOSIÇÃO AGROPECUÁRIA – PREJUDICIAIS DE MÉRITO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE E POR CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEIÇÃO – MÉRITO: AUSÊNCIA DE PROVA DA BILHETERIA DO EVENTO – FIXAÇÃO DO VALOR POR ESTIMATIVA DO ECAD – POSSIBILIDADE – EXECUÇÃO SIMULTÂNEA DE MÚSICA AO VIVO E MECANICAMENTE – DEDUÇÃO AUTOMÁTICA DE 10% DO VALOR DO FATURAMENTO SOB A PRESUNÇÃO DE QUE TAL PERCENTUAL CORRESPONDE AOS INGRESSOS DE “CORTESIA” – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIA DE EMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE BILHETES DESTA NATUREZA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências meramente protelatórias (STJ – AgRg no Ag 781.652/RS), de modo que se a prova que se reputa suprimida nada acrescentaria àquilo que já existe nos autos, não há se falar em nulidade por cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide.

O foro competente para o manejo de ação destinada consignação dos direitos autorais de artistas pela exploração comercial e/ou uso de suas composições e interpretações musicais é o do local onde a obrigação deve ser satisfeita, nos termos da alínea “b” do inciso III do art.53 do CPC/15, ou seja, o foro da comarca onde se realizou o evento que explorou comercialmente os direitos autorais a serem remunerados.

De acordo com a jurisprudência do STJ o ECAD, órgão central para a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais, tem legitimidade para fixar os preços e formular os critérios para a arrecadação de direitos autorais decorrentes da exploração comercial de músicas.

Deve ser decotado do valor apurado pelo ECAD o percentual do montante do faturamento bruto estimado para o último dia do evento, no qual a entrada foi franca, como amplamente anunciado.

Não há direito ao desconto de 1/3 de que trata o item 3 do Regulamento de Arrecadação em eventos dessa natureza, se além dos shows ao vivo realizados na arena principal do parque, músicas são executadas mecanicamente em outros espaços, haja vista que o evento é um só, não havendo separação de público.

A despeito de o item 16 do Regulamento de Arrecadação prever que os ingressos de cortesia estão limitados ao patamar de 10% e que o excedente será computado como ingresso vendido, não há como se impor tal percentual como um desconto automático a ser implementado sobre o valor a ser pago ao ECAD, a título de direitos autorais, quando não há qualquer evidência de que tenha sido emitido e distribuído qualquer ingresso dessa natureza. (TJMT, Apelação Cível nº 0001262-40.2015.8.11.0078, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, MARILSEN ANDRADE ADDARIO, Segunda Câmara de Direito Privado, Julgado em 07/10/2020, Publicado no DJE 15/10/2020).

A resistência da Administração Pública ao pagamento dos direitos autorais quando a organização do evento gerador é delegada a terceiros se transformou em um verdadeiro jogo de

empurra, gerando um contencioso que engarrafa os Tribunais de todo o país. A hesitação em se reconhecer a corresponsabilidade dos respectivos patrocinadores deixa ao titular do repertório explorado a única alternativa de direcionar seu pleito contra uma infinidade de empresas – muitas constituídas casuisticamente com fins de propósitos específicos (SPEs) – que, muitas vezes, desaparecem antes mesmo de serem submetidas à fiscalização delegada ao ECAD, mitigando a aplicação do instituto da solidariedade prevista no art. 110 da Lei e, senão inviabilizando o cumprimento do próprio diploma, dificultando-o sobremaneira. Nesse pujante segmento da indústria do entretenimento, lucram os promotores, os patrocinadores, as entidades públicas e privadas e os espectadores, com ingressos a preços subsidiados ou mesmo com entrada franca”. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 94-95)

Na realidade, conforme pontuado pelos autores acima mencionados, não há a possibilidade de se abstrair a circunstância de que, tanto o organizador que capta recursos, quanto o patrocinador que os provê têm plena ciência da obrigatoriedade do recolhimento de direitos autorais, independentemente do que convencionem para formalizar o custeio do evento. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 93)

A respeito, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco - TJPE, 3ª Câmara de Direito Privado, Processo n. 001.0003178-17.2006.8.17.480, DJE: 17-09-2013, reconheceu que as verbas de patrocínio concebidas pela Prefeitura de Caruaru para as Festas de São João no ano de 2006, deviam integrar os direitos autorais e excluiu os patrocinadores, sob o argumento de que se foi município que promoveu o evento (festa pública), ele é responsável pela arrecadação dos valores atinentes aos direitos autorais.

Desde 2006 houve o reconhecimento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que as verbas de patrocínio captadas pela Prefeitura de Caruaru⁶³ para as Festas de São João (que são gratuitas) compõem a base remuneratória dos direitos autorais. De acordo com aquele Sodalício, mesmo se excluir os patrocinadores do polo passivo da ação, o evento público foi promovido pelo Município. Logo, ele é responsável pela arrecadação dos valores relativos aos direitos autorais.

⁶³ Caruaru tem muita visibilidade, pois é conhecida como a capital do forró, tem uma das festas de São João mais famosas do mundo. Tanto que é famosa por contratar artistas e pagar cachês milionários (questão que tem gerado inúmeras demandas judiciais). Todavia, o Município se recusa a pagar pelos direitos autorais dos compositores das músicas que são executadas durante tais festas.

Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu que a qualidade de patrocinador da chamada “Festa do Morango” autoriza responsabilização do Distrito Federal pelo não recolhimento de direitos autorais, enquadrando-o no rol do art. 110 da Lei de Direitos Autorais.

Veja a ementa do acórdão na íntegra:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA C/C PEDIDO DE COBRANÇA DE VALORES. ECAD. DIREITOS AUTORAIS. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. PREJUDICIAL AFASTADA. “FESTA DO MORANGO”. EVENTO PÚBLICO PATROCINADO PELO DISTRITO FEDERAL. RETRIBUIÇÃO DEVIDA. MULTA MORATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. VALORES COBRADOS. 10% DO ORÇAMENTO TOTAL DO EVENTO. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. PATAMAR. OBSERVÂNCIA, POR ORA, DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/09. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MONTANTE RAZOÁVEL. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, EM PARTE, PROVIDOS.

1. Existindo pedido expresso para a imposição da tutela específica prevista no art. 105 da Lei de Direitos Autorais em conjunto com o art. 461 do CPC, visando à suspensão ou à interrupção de qualquer execução/radiofusão de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas com relação ao evento “Festa do Morango”, enquanto não providenciada a prévia autorização do ECAD, bem como em relação aos eventos futuros (CPC, art. 290), não há falar em violação ao princípio da congruência. 1.1. Para fins de imposição de multa diária, como meio de garantir o cumprimento da obrigação de não fazer, não está o magistrado vinculado ao patamar indicado pela parte (CPC, art. 461, § 6º). 1.2. O termo inicial de incidência dos juros de mora, como consectário da condenação, constitui matéria de ordem pública, a qual permite o conhecimento e a sua fixação de ofício pelo julgador, sem que isso configure julgamento extra ou ultra petita. 1.3. Estando a sentença em simetria com os pedidos formulados na petição inicial (CPC, arts. 2º, 128, 293 e 460), rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão, por julgamento extra e ultra petita.

2. A legitimação para a causa deve ser analisada com base nas afirmações feitas na petição inicial (teoria da asserção), cuja necessidade de um exame mais acurado deve ser realizada com o próprio mérito da ação. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 3. A pretensão fundada em relação de direito pessoal, referente à cobrança pela exploração não autorizada de direitos autorais, à míngua de previsão específica, submete-se ao prazo prescricional de 10 (dez) anos estabelecido no art. 205 do CC. Precedentes. Prejudicial de mérito afastada. 4. Os direitos autorais são expressamente protegidos pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXVIII, como conjunto de prerrogativas conferidas à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações. 5. O art. 68 da Lei de Direitos Autorais (n. 9.610/98) disciplina que, previamente à realização da execução pública, a sociedade empresarial deve apresentar ao ECAD a comprovação dos recolhimentos relativos a direitos autorais. Em caso de violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, prevê o art. 110 da Lei n. 9.610/98 a responsabilização solidária dos proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários com os organizadores dos espetáculos. 6. A Lei n. 9.610/98 prevê o pagamento de direitos autorais para qualquer usuário de música, inexistindo qualquer previsão de isenção do pagamento da retribuição autoral para órgãos públicos da Administração direta e indireta, conforme se infere de seu art. 68, § 3º, ressalvado eventual direito de regresso, sendo utilizado um percentual com base nos custos despendidos para a realização do evento. 7. Sendo o Distrito Federal o responsável pela promoção anual da “Festa do Morango”, com a divulgação pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, realizando, inclusive, contratos com sociedades empresárias vencedoras de procedimentos licitatórios, a fim de viabilizar a execução de shows musicais e apresentações de artistas, impõe-se a necessidade de observância da regularidade dos recolhimentos devidos a título de direitos autorais das obras

executadas, nos termos da Lei n. 9.610/98. 8. Em que pese no projeto básico o Distrito Federal tenha elencado como responsabilidade da empresa contratada para a prestação de serviços de apresentação artística "o pagamento de despesa com licença referente a direitos autorais: ECAD", tal peculiaridade não é capaz de afastar o dever de retribuição do ente distrital, com base nas normas da Lei de Licitação (n. 8.666/93, arts. 70, 71 e 111). Isso porque, a despeito da previsão contratual, cabe à Administração exigir dos contratados o pagamento do direito autoral, necessitando de comprovante nesse sentido, sob pena de responder solidariamente pelo não recolhimento ao ECAD, conforme art. 110 da Lei n. 9.610/98 e arts. 264 e 275 do CC. 9. Deixando o Distrito Federal de juntar planilha especificada e pormenorizada capaz de desconstituir os valores dos direitos autorais apresentados na inicial (CPC, art. 333, II), não há falar em irregularidade dos cálculos apresentados pelo ECAD, na monta de 10% do orçamento total do evento, uma vez que norteados pelo Regulamento de Arrecadação, contando, entre outros parâmetros, com critérios como os custos com artistas e músicos, equipamentos de som, montagem de palco, serviços de qualquer natureza e todos os aportes feitos por eventuais patrocinadores, declinados por amostragem nos relatórios de visita realizados por técnicos de arrecadação presentes no evento. 10. Inaplicável a multa estipulada no art. 109 da Lei n. 9.610/98, porquanto tal penalidade se limita àqueles casos em que haja reincidência na violação aos direitos autorais, por má-fé da parte devedora, o que não é o caso dos autos. 11. "Na execução comercial desautorizada de obra musical, a relação entre o titular da obra (representado pelo ECAD) e o executor será extracontratual, ante à inexistência de vínculo entre as partes, de sorte que eventual condenação judicial fica sujeita a juros de mora contados desde o ato ilícito, nos termos do art. 398 do CC/02 e do enunciado nº 54 da Súmula/STJ" (REsp 1424004/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 28/03/2014). 11.1. Correta a incidência da correção monetária desde o evento lesivo, isto é, da data em que o pagamento devido não foi realizado. 12. Quanto à fixação dos consectários legais decorrentes de condenação contra a Fazenda Pública, incide à matéria o reiterado posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da aplicação dos cálculos conforme previsto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, ressalvada, ainda, a aplicação, na fase de liquidação de sentença, de nova solução a ser oportunamente conferida à questão pelo Pretório Excelso. 13. Cuidando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, o § 4º do art. 20 do CPC estabelece que os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com a apreciação equitativa do julgador, valendo-se, para tanto, dos parâmetros insertos no § 3º do mesmo preceptivo legal (grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço). Nesse propósito, pode o julgador tanto utilizar-se dos percentuais mínimo de 10% e máximo de 20% - seja sobre o montante da causa, seja sobre o montante condenatório - como estabelecer um valor fixo. Precedentes. 13.1. À luz do caso concreto, é de se manter hígido o patamar estabelecido na sentença, de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. 14. Recurso de apelação e Reexame Necessário conhecidos, preliminares de nulidade e de ilegitimidade passiva rejeitadas, prescrição afastada, e, no mérito, parcialmente providos para determinar a aplicação, por ora, do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09, no tocante aos juros de mora e correção monetária. (N. Processo: 20080111079205APO (0037657-26.2008.8.07.0001) Apelante(s): DISTRITO FEDERAL Apelado(s): ECAD ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADACAO E DISTRIBUICAO Relator: Desembargador ALFEU MACHADO. Revisora: Desembargadora FÁTIMA RAFAEL. Acórdão N.: 842877, DJe: 20-01-2015)

Na hipótese, o Distrito Federal suscita sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que contratou a empresa RCE Produções e Eventos Ltda. para a realização dos shows musicais da "Festa do Morango", edições 2002-2008, em Brazlândia, ficando a cargo desta a obtenção de licença perante o ECAD e o pagamento da contribuição dos direitos autorais.

O Juiz sentenciante julgou procedente o pedido cominatório para impor ao Réu Apelante a abstenção de exibir obras musicais, líteromusicais e fonogramas nos eventos relacionados à "Festa do Morango", sem autorização prévia do autor apelado, nos termos dos arts. 68, 105 e 110 da Lei n. 9.610/98, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por cada evento anual realizado em descumprimento do que foi determinado, conforme art. 461 do CPC.

Para o Relator, Des. Alfeu Machado, mesmo que o Distrito Federal não seja considerado "empresário", conforme previsão do art. 68 da Lei Autoral, sendo ele o responsável pela promoção dos eventos mencionados, figurando como contratante da sociedade empresarial executora dos espetáculos, independentemente da intenção de lucro, cabe a ele o fiel recolhimento das contribuições devidas a título de direitos autorais, em nada lhe aproveitando sua natureza de ente federado, ressalvado eventual direito de regresso.⁶⁴

Foi dado parcial provimento ao recurso, para determinar a aplicação, no que atine aos consectários legais decorrentes da condenação contra a Fazenda Pública, independentemente da natureza do crédito, o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, em consonância com os reiterados posicionamentos esposados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em Reclamações afetas à matéria, ressalvada, ainda, a aplicação, na fase de liquidação de sentença, de nova solução a ser oportunamente definida por aquele Pretório Excelso.

No mesmo sentido, no julgamento do processo n. 20100111309594APC (0044058-70.2010.8.07.0001), cujos Apelantes eram DISTRITO FEDERAL E OUTROS, de Relatoria do Desembargador Fernando Habibe - Acórdão n. 1138075, decidiu-se pela responsabilidade solidária do Distrito Federal quanto ao pagamento de direitos autorais pertinentes aos eventos musicais realizados pelas empresas privadas contratadas por meio de licitação, pois respondem integralmente pelos encargos comerciais inadimplidos.

Por não haver cobrança de ingressos e terem sido realizados em ambiente aberto, os eventos musicais em questão enquadram-se nas disposições do item 3, I, Parte II, do regulamento pactuado, quais sejam, critério de orçamento total e subsidiariamente de parâmetro físico, quando não apresentado o mencionado orçamento pelo usuário.

⁶⁴ Assinalou o Relator ainda: a despeito da previsão contratual, cabe à Administração exigir dos contratados o pagamento do direito autoral, necessitando de comprovante nesse sentido sob pena de responder solidariamente pelo não recolhimento ao ECAD, conforme art. 110 da Lei n. 9.610/98 e arts. 264 e 275 do CC. Voto na íntegra disponível em www.tjdft.jus.br Acesso em 13 de abril de 2024.

Diante disso, o Distrito Federal foi condenado ao pagamento de R\$ 16.984,38, com juros de mora e correção monetária calculados na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei n. 11.960/2009, até a expedição do precatório ou da RPV.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem julgado no sentido de existência de solidariedade entre o município, patrocinadores, empresários, donos de estabelecimento e todos aqueles que de uma forma ou de outra estejam interligados ao espetáculo:

Direito autoral. Execução pública de obras musicais. Responsabilidade da patrocinadora. Festival que levou seu nome e já é a segunda edição do evento, além de demonstrada a percepção de lucros com a venda de bebidas no local. Organizadora que desempenhou papel executivo. Precedentes. Questões relativas ao contrato que se devem discutir entre as rés, em via regressiva. Sentença mantida. Recurso desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Processo n. 0005868-55.2007.8.26.0602 Comarca: Sorocaba Apelantes: CAMPARI DO BRASIL LTDA. Apelados: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO EDISTRIBUIÇÃO ECAD, Rel. Adriana Faccini Rodrigues)

O Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a ação, negando o pedido de aplicação de multa às Rés e condenando-as solidariamente ao pagamento da remuneração dos direitos autorais devidos ao autor, no valor de R\$ 20.979,00, bem como a arcar com custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

A corré Campari alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois o contrato (carta-acordo) firmado com a Ré Circuito foi apenas de patrocínio do evento, sendo que a responsabilização solidária do art. 110 da Lei 9.610/98 não abrange os patrocinadores e que a divulgação de sua marca no nome do evento não extrapola ou descaracteriza o contrato de patrocínio. Sustenta não ter auferido lucro com o evento, arcando apenas com os custos do patrocínio, além de ter exigido o prévio pagamento da taxa do ECAD e no contrato atribui-se, expressamente, a responsabilidade por despesas e encargos à Ré Circuito.

A Relatora pontuou que o festival em questão leva o nome da ré Campari, como inclusive exigido no contrato, e foi, na verdade, a segunda edição do Campari Rock. Além disso, a Campari foi a única patrocinadora do evento, enquanto a Ré Circuito desempenhou o papel executivo da organização. Destacou também que, embora não tenha participado nos lucros dos ingressos, ela própria afirmou ter montado bar exclusivo próximo à entrada, tendo auferido ganhos com o público atraído pela execução das obras musicais, independentemente de registro de marca da bebida exclusiva que foi comercializada no evento.

Tendo a Campari sido única marca ligada ao evento, devido os direitos autorais e, consequentemente, devido o pagamento ao ECAD, razão pela qual negaram provimento ao recurso.

Sobre o assunto, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA REFERENTE A DIREITOS AUTORAIS, POR REPRODUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS EM RESTAURANTE, SEM A PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO, PROPOSTA PELO ECAD. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO AUTURAL. Art. 97, §1º, da Lei nº 9.610/1998, com a redação estabelecida pela Lei nº 12.853/2013, que dispõe que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, ocupando, assim, um espaço público não-estatal, conforme sedimentado pelo STF (RE nº 201.819). Legitimidade ativa do ECAD para promover ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente de prova, bem como para fixar critérios relativos ao montante devido a título de direitos autorais. Hipótese na qual consta nos autos demonstrativos de débito analítico, que aponta distintas atividade do enquadramento, não tendo a parte ré impugnado, fundamentadamente, que os valores cobrados pelo autor teriam sido calculados em dissonância com as suas disposições regulamentares. Inexistência de oposição específica contra os fatos articulados na inicial pela ré. Art. 341 do CPC. Desse modo, sendo firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação (REsp 1160483/RS), bem como a falta de impugnação específica, pela parte demandada, quanto aos valores cobrados, forçoso concluir pela responsabilização da ré pelo recolhimento dos direitos autorais, também quanto aos eventos avulsos. Reforma da sentença que se impõe para condenar o réu ao pagamento de R\$ 2.207,12, referente aos eventos enquadrados nas categorias "eventos especiais de carnaval" e "função dançante", na forma requerida na petição inicial, e ao pagamento integral das despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em 10% do valor da condenação. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. (0280725-33.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). FABIO UCHOA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO - Julgamento: 12/03/2024 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIG)

Na espécie, o Autor ECAD pleiteou a reforma da sentença para condenar a Apelada-VITTORIO EMANUELE BAR, RESTAURANTE E PIZZARIA LTDA - MILANO LOUNGE no pagamento do valor devido ao apelante a título de direitos autorais referentes aos eventos “Samba e Feijoada” (ocorrido em 20/01/2013), “Caliente” (ocorrido em 28/07/2011) e “Move e Dance” (ocorrido em 18/08/2011).

O Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido autoral e condenou o réu no pagamento de R\$ 189.410,97 (cento e oitenta e nove mil, quatrocentos e dez reais e noventa e sete centavos), referentes às mensalidades devidas, a título de retribuição autoral, no período de abril de 2007 a agosto de 2013, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a contar da data do inadimplemento até o efetivo pagamento.

O Relator, destacou a jurisprudência da Corte Superior no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação e diante da falta de impugnação

específica, pela Ré-Apelada, quanto aos valores cobrados, concluiu pela responsabilização dela pelo recolhimento dos direitos autorais também quanto aos eventos avulsos “Samba e Feijoada”, “Caliente” e “Move e Dance”, tal, como requerido pelo ECAD.

Diante disso, deu provimento ao apelo para condenar a Ré ao pagamento de R\$ 2.207,12 (dois mil, duzentos e sete reais e doze centavos), referente aos eventos “Samba e Feijoada” (ocorrido em 20/01/2013), “Caliente” (ocorrido em 28/07/2011; 11/08/2011 e 25/08/2011) e “Move e Dance” (ocorrido em 18/08/2011), acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a contar da data do inadimplemento até o efetivo pagamento.

4.3 O ECAD na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Desde a sua criação, o STJ tem-se deparado com questões concernentes aos direitos autorais. O ERESp n. 983-RJ, julgado em 27-06-1990 é um exemplo. Nesse, a Segunda Seção decidiu sobre o pagamento de direitos autorais à música ambiente em estabelecimentos comerciais. Quanto ao dever de pagamento de direitos autorais pela utilização de obras artísticas, a jurisprudência nunca divergiu. Oscilou, todavia, no tocante à cobrança de direitos autorais em hipóteses laterais, como festejos promovidos pela administração pública, em grande parte, por prefeituras municipais, nos quais ocorre a execução de obras musicais. (NORONHA, 2022, p. 30)

Ao tratar dos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro João Otávio Noronha pontua que em meio a essa fermentação intelectual e às regras legais para regular toda a questão, cabe ao Superior Tribunal de Justiça pacificar o direito infraconstitucional sobre os direitos do autor, pretensões de terceiros, inclusive da sociedade e do legislador. (NORONHA, 2022, p. 38)

A teor da Súmula nº 63⁶⁵ do Superior Tribunal de Justiça:

⁶⁵ Enunciado firmado a partir da decisão proferida nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 983-RJ e nos Recursos Especiais n. 11.718-PR de 01-06-1992 e n. 16.131, de 05-10-1992.

Em um dos primeiros julgamentos a respeito, prevaleceu o entendimento do Ministro Menezes Direito sobre o dos ministros que afastavam o pagamento dos direitos autorais pelos hotéis: Recurso especial. Direito autoral. Retransmissão por aparelho de rádio em quarto de hotel. Precedentes da 2ª Seção. Aplicação da Súmula nº 63. 1. É devida a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel, na medida em que integra o conjunto de serviços oferecidos pelo estabelecimento comercial hoteleiro aos seus hóspedes. 2. A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos e sim pela média de utilização do equipamento. 3. Recurso conhecido e provido em parte. (REsp 102.954/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Segunda Seção, julgado em 26/02/1997, DJ 16/06/1997, p. 27.310). No mesmo sentido foram os julgados os REsp 116.054/SP, DJ 09/06/1997; REsp 98.443/RJ, DJ

Súmula 63/STJ: são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.

Além disso, a Súmula nº 261 do STJ assentou que: "a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação".

Ver-se-á que pela análise jurisprudencial do STJ, há sólido posicionamento quanto à aplicação da tutela específica disposta no art. 105 da LDA nas hipóteses de violação dos direitos autorais de obras musicais e fonogramas.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “academia de ginástica deve recolher valores devidos a título de direitos autorais em decorrência da sonorização dos ambientes do estabelecimento comercial, com fundamento na Súmula 63/STJ”:

CASO N. 1.

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. TEMPESTIVIDADE VERIFICADA. RECONSIDERAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTORAL. LEI NÚMERO 9.610/1998. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO DA EMPRESA. AFASTADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ACADEMIA DE GINÁSTICA. BIS IN IDEM. NA COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS PELO ECAD. INEXISTÊNCIA. VALORES COBRADOS DE EMPRESA DE RÁDIODIFUSÃO. FATOR GERADOR DISTINTO. PRECEDENTES DO STJ.

1. (...)

6. A normatividade dos dispositivos da Lei n. 9.610/98, apontados como violados, encontra-se desassociada da faticidade que os recorrentes alegam nas razões recursais para sua aplicabilidade, uma vez que não tem comando normativo apto a amparar a tese de cobrança em duplicidade por parte do ECAD relativa aos direitos autorais advindos de execução pública em ambiente de frequência coletiva.

7. No julgamento do REsp 1589598/MS (Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 22/06/2017), que vem servindo de referência para diversos julgados do STJ, assentou-se que na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir o fato gerador da obrigação do estabelecimento comercial de frequência coletiva (a captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva) com o fato gerador da obrigação da empresa prestadora do serviço de radiodifusão (a própria radiodifusão sonora ou televisiva), visto que são autônomos e, por isso, dão ensejo a obrigações que são

05/08/1997; REsp 86.543/RJ, DJ 29/09/1997; REsp 109.209/RJ, DJ 29/09/1997; REsp 108.195/MG, DJ 11/05/1998; REsp 137.011/RJ, DJ 23/11/1998 e REsp 161.497/RS, DJ 26/04/1999, todos de relatoria do Rel. Min. Menezes Direito.

No julgamento do REsp nº 1.873.611/SP, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 20/4/2021, tema 1066, no voto condutor da tese dos repetitivos, foram citados e transcritos os precedentes de relatoria do Ministro Menezes Direito, o que demonstra que embora tenha transcorrido mais de 30 anos, caminharam lado a lado com a modernidade.

independentemente exigíveis, não havendo falar, dessa forma, em *bis in idem*. Incidência da Súmula 83/STJ.

8. É iterativa a jurisprudência do STJ de que academia de ginástica deve recolher valores devidos a título de direitos autorais em decorrência da sonorização dos ambientes do estabelecimento comercial, com fundamento na Súmula 63/STJ. Incidência da Súmula 83/STJ.

9. Agravo interno a que se dá provimento para reconsiderar a decisão da Presidência desta Corte e conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial. (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.912.689/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.)

Na hipótese, as partes recorrentes e recorrida interuseram recursos de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD para condenar os Réus **Número 1 - Academia de Ginástica Ltda e Paula Cristina de Oliveira Maneta** a, solidariamente, pagar à autora os valores apurados pela reprodução de obras artísticas em seus estabelecimentos (matriz e filiais), vencidos entre 25/8/2016 até 26/8/2019, bem como aquelas que se venceram no curso do processo, decotado o valor da multa moratória.

O Tribunal de origem julgou parcialmente provido o recurso de apelação do ECAD e negou provimento ao recurso de apelação das recorrentes.

De acordo com o Relator, é iterativa a jurisprudência do STJ de que academia de ginástica deve recolher valores devidos a título de direitos autorais em decorrência da sonorização dos ambientes do estabelecimento comercial, com fundamento na Súmula 63/STJ, sendo irrelevante a demonstração de finalidade lucrativa. A jurisprudência desta Corte, portanto, é pacífica no sentido inexistir *bis in idem* mesmo quando contratado pelo empreendimento comercial de serviço de transmissão de música ambiental, em ambientes de frequência coletiva do estabelecimento.⁶⁶

Assim, em novo exame, não conheceram do Recurso Especial.

CASO N. 2.

E, em se tratando de evento realizado por ente público, vale destacar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. IDENTIFICAÇÃO DAS MÚSICAS E DOS AUTORES. DESNECESSIDADE.

⁶⁶ Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 19 de abril de 2024.

EVENTO REALIZADO POR ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Não é necessária a identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos, sob pena de ser inviabilizado o sistema, causando evidente prejuízo aos titulares.
 2. É possível a cobrança de direitos autorais pelo ECAD na hipótese de execução, em eventos realizados por entes públicos, de obras musicais protegidas, independentemente da existência de fins lucrativos.
 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83 do STJ).
 4. Agravo interno desprovido.
- (STJ, AgInt no AREsp n. 2.267.423/MA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023).

Na hipótese, o Estado do Maranhão interpôs Agravo Interno contra decisão que negou provimento ao Agravo em Recurso Especial, em razão da incidência da Súmula 83 do STJ⁶⁷, pugnando pelo afastamento da referida súmula.

No acórdão, destacou-se a possibilidade de cobrança pelo ECAD na hipótese de execução, em eventos realizados por entes públicos, de obras musicais protegidas independentemente da existência de fins lucrativos, razão pela qual concluiu-se pela incidência da Súmula 83 do STJ e negou-se provimento ao Agravo Interno.

CASO N. 3

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO. PROGRAMAÇÃO NACIONAL. RETRANSMISSÃO PELAS EMISSORAS AFILIADAS. NOVA E DISTINTA EXECUÇÃO DA OBRA. FATO GERADOR DE DIREITO AUTORAL. JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ.

1. A retransmissão de programação de emissora de televisão principal e autônoma, por emissoras de televisão afiliadas, constitui fato gerador de direitos autorais.
 2. Em matéria autoral, cada transmissão operada pelas empresas de radiodifusão revela-se uma nova e distinta execução da obra, com utilização econômica distinta e divorciada daquela realizada pela emissora geradora e para cada transmissão há de preceder autorização do autor e respectivo pagamento dos direitos autorais.
 3. O pagamento dos direitos de autor, nos casos de transmissão e retransmissão por empresas de radiodifusão, pode ser realizado (I) pelas emissoras principais - apenas pela transmissão realizada por suas emissoras próprias; (II) pelas emissoras principais - pela transmissão realizada por suas emissoras próprias e por suas afiliadas; e, (III) pelas emissoras afiliadas - pela transmissão do conteúdo nacional, quando não realizado pela principal, e pela programação regional produzida.
 4. A jurisprudência do STJ é no sentido de que os juros de mora, nas hipóteses de violação a direitos autorais, devem remontar à data em que cometida a infração ao direito, nos termos do enunciado n. 54 da Súmula/STJ.
 5. Recurso especial provido.
- (REsp n. 1.393.385/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe de 8/2/2017.)

⁶⁷ De acordo com a Súmula 83 do STJ: “*não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*”

No caso, em tela, o ECAD ajuizou ação em face de Rádio e TV Sudoeste do Paraná Ltda e Fundação Cultural Celinauta, sob a alegação de que as Rés teriam violado direito autoral em virtude de execução pública de obras musicais, por diversos meios, sem a devida e expressa autorização do autor. Sustentou que as Rés, em cadeia sucessória, transmitiram e retransmitiram, em sua rede, programas que contêm uma infinidade de obras musicais, porém não obtiveram autorização dos titulares dos direitos autorais.

O Juiz *a quo* decidiu pela parcial procedência dos pedidos e reconheceu que as Rés promoveram a execução pública de obras musicais, em desacordo com os preceitos da Lei Federal n. 9.610/98, e fixou o direito ao recebimento das retribuições vincendas, no caso de persistência da execução pública, em violação aos direitos autorais. Contudo, reduziu, o percentual devido a título de multa pela infração reconhecida, de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento), e não considerou o pagamento dos direitos autorais já efetuados pela rede nacional, determinando como devida a cobrança pelo autor apenas da programação regional vinculada.

A principal controvérsia dos autos consiste em definir se as emissoras de televisão, consideradas afiliadas, que operam com a retransmissão de programação captada de emissora principal e autônoma, são devedoras de direitos autorais referentes à veiculação daquela programação, ou se devedoras, tão somente, dos direitos referentes aos programas regionais que produzem e transmitem.

Para o Relator, diante desse contexto, o que se pode afirmar é que, a partir da regra estabelecida pelo ECAD (Assembleia Geral realizada em 2014), o pagamento dos direitos de autor é realizado pela emissora principal/nacional, tendo como fato gerador as transmissões que realiza por meio de suas emissoras próprias, assim como as que realiza por meio de suas afiliadas, situação que isenta as emissoras regionais de novo pagamento pela mesma ação. Por sua vez, o pagamento dos direitos de autor pode ser realizado pelas emissoras principais - apenas pela transmissão realizada por suas emissoras próprias; ou pelas emissoras principais - pela transmissão realizada por suas emissoras próprias e por suas afiliadas; e, ainda, pelas afiliadas, quando não realizado pela principal, pela transmissão do conteúdo nacional e regional por ela produzido.⁶⁸

Diante disso, deu provimento ao recurso especial, para determinar o pagamento dos valores pelo direito autoral referente à transmissão realizada pela emissora recorrida, a ser apurados em liquidação por arbitramento.

⁶⁸ Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 27 de abril de 2024.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

A concretização jurisprudencial das leis de proteção aos direitos autorais vem sendo construída paulatinamente pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante aos direitos decorrentes de execução de obras musicais. Sem os modernos instrumentos processuais de construção de precedentes estáveis, inseridos no CPC/2015, isto é, o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, arts. 976 e segs.), o incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947) e o julgamento de recursos repetitivos (CPC/2015, arts. 1036 e segs.); sem súmula vinculante, reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A), a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de ambas as suas Turmas, conseguiu construir sólida orientação, pacificando controvérsias sobre vários aspectos relativos à incidência de direitos autorais, arrecadáveis coletivamente em prol dos autores de obras musicais executadas por transmissão televisiva ou apenas sonora em quartos de hotéis, motéis e similares⁶⁹. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 70)

Dessa forma, foi assegurado aos setores envolvidos a segurança jurídica, tão sonhada pela sociedade, pois os autores, intérpretes e executantes terão a remuneração adequada à produção musical, e conseqüentemente alcançarão o reconhecimento do valor moral da atividade intelectual.

4.4 Do Tema 1.066 do Superior Tribunal de Justiça: da cobrança de direitos autorais pelo ECAD por músicas em hotéis ou afins.

Paradigmático o julgado no REsp 556.340/MG, de Relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, j. 9.6.2004, que veio a desenvolver fundamentação decisiva para a consolidação ulterior da jurisprudência do STJ:

Direito autoral. Aparelhos de rádio e de televisão nos quartos de motel. Comprovação da filiação. Legitimidade do ECAD. Súmula nº 63 da Corte. Lei nº 9.610, de 19/2/98. 1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o ECAD faça a cobrança dos direitos autorais. 2. A lei nº 9.610/98 não autoriza que a

⁶⁹ Para os autores, aos empresários de hotéis, motéis e similares garantiram-se bases contratuais precisas para a segura contratação de atuação, nas variáveis econômico-financeiras a se considerarem no âmbito das respectivas atividades profissionais. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 71)

disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula nº 63 da Corte.⁷⁰

Desde então a questão tem gerado calorosas discussões.

O Superior Tribunal de Justiça afetou, em 06/10/2020, os Recursos Especiais 1.870.771/SP, 1.880.121/SP e 1.873.611/SP, como representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1.066, no qual se discute a “*possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, de direitos autorais por utilização de obras musicais e audiovisuais em quarto de hotel, de motel e afins*”.

Diante disso, em tendo havido determinação de suspensão em âmbito nacional de todos os processos que versem sobre a questão afetada, alguns tribunais têm determinado o sobrestamento dos autos até o pronunciamento definitivo da Corte Superior, consoante o disposto no artigo 1.030, III, do Código de Processo Civil.

No REsp 1.870.771, o ECAD pediu a reforma de acórdão do TJ/SP que não admitiu a cobrança de direitos autorais de empresa hoteleira em decorrência da sonorização ambiental dos aposentos.⁷¹

Em março de 2021, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses:

A disponibilização de equipamentos em quartos de hotéis, motéis ou afins para transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

A contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo ECAD, inexistindo bis in idem.

⁷⁰ REsp 556.340-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, j. 9-06-2024.

No mesmo sentido, registram-se numerosos julgados, acrescidos do julgamento de variantes do tema central, mas sempre mantendo a higidez da cobrança de direitos autorais: televisores e rádios em quartos de hotéis e motéis. Incidência de direitos autorais – REsp 556.340-MG, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª S., 9.6.2004; REsp 1117391/RS, Rel. Sidnei Beneti, 2ª Seção; AgRg nos Edcl nos Edcl no AgRg no REsp 1282197/RS; AgRg nos Edcl no REsp 1261136/RS; AgRg no AgRg no Ag 1061962/MG; REsp 704459/RJ; AgRg nos Edcl no REsp 1305487/RS, Rel. João Otávio Noronha, 3ª T., j. 20-08-2013; AgRg no REsp 1310207/RS, Rel. Antônio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 19-03-2013; REsp 1145185/RS; AgRg no REsp 1396265/RS, Rel. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 26-11-2013; REsp 1442515/RS, Rel. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 26-06-2015; EResp 1025554/ES, Rel. Maria Isabel Gallotti, 2ª S., j. 08-10-2014; AgRg no REsp 1573613/SP, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 18-04-2016; AgRg no REsp 1567914/RS, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 16-06-2016, “exceto se houver contrato prevendo pagamento da taxa pela empresa prestadora de serviços”; AgRg no REsp 1432119/DF; , Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 01-09-2016; AgRg no REsp 1412700/RS; AgRg no AResp 696121/RJ; AgRg no REsp 1403152/MG; AgRg no REsp 996975/MG, Rel. Raul Araújo, 4ª T., j. 06-10-2016; AgInt no REsp 1565552/PR, Rel. Raul Araújo, 4ª T., j. 07-02-2017; AgInt no AResp 934833/RJ, Rel. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 23-05-2017; REsp 1589598/MS, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 13-06-2017, não ocorrência de bis in idem. (SANCHES; CALLAI, 2022, p. 74)

⁷¹ O ECAD defende que música dentro do quarto faz parte de um serviço. Além disso, não é uma jabuticaba. Se não houvesse essa decisão, corríamos o risco não só de deixar de remunerar a classe artística, como também de quebrar o equilíbrio internacional. O Ecad tem acordos com órgãos semelhantes em outros países e, quando toca Gilberto Gil em um hotel na França, o artista é remunerado. (*In Ecad tem vitória sobre hotéis no STJ na batalha sobre música tocada dentro de quartos*. Disponível em www4ecad.org.br Acesso em 26 de jul. de 2023.)

Em seu voto proferido no REsp n. 556.340-MG, assinalou o Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito:

Não se trata mais de criar a diferença do modo de retransmissão, tal o substrato da antiga jurisprudência. Agora o que importa é que exista a transmissão em local de frequência coletiva, isto é, naqueles locais que a Lei indicou como tal, incluídos os motéis e os hotéis.⁷²

No mesmo diapasão, o REsp 1873611/SP de 23-03-2021, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, cuja ementa se extrai:

Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL E DE REPARAÇÃO DE DANOS. ECAD. DIREITOS AUTORAIS. APARELHOS (RÁDIO E TELEVISÃO) EM QUARTOS DE HOTEL, MOTEL E AFINS. TRANSMISSÃO DE OBRAS MUSICAIS, LITEROMUSICAIS E AUDIOVISUAIS. LEIS N. 9.610/1998 E 11.771/2008. COMPATIBILIDADE. TV POR ASSINATURA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PEDIDOS PROCEDENTES. OMISSÕES INEXISTENTES. PRESCRIÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. TABELA DE VALORES FIXADOS PELO ECAD. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. MULTA DE 10% INDEVIDA. TUTELA INIBITÓRIA.

1. Delimitação da controvérsia Possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD de direitos autorais por transmissão de obras musicais e audiovisuais em quarto de hotel, de motel e afins.

2. Tese definida para os fins do art. 1.036 do CPC/2015 a) "A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD."

b) "A contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo bis in idem."

3. Julgamento do caso concreto a) Ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 não caracterizada, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu, fundamentadamente, todas as questões mencionadas pelo recorrente, sendo desnecessário referir-se expressamente a determinados dispositivos legais.

b) Caso em que é devido o pagamento de valores ao ECAD, a título de direitos autorais, em decorrência da disponibilização nos quartos do hotel de equipamentos de rádio e de televisão (TV por assinatura) para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais, observados os efeitos da MP n. 907, de 26/11/2019, durante sua vigência.

c) Na linha da jurisprudência do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual, é de três anos o prazo prescricional para a cobrança/ressarcimento de direitos autorais decorrentes da disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais.

⁷² No mesmo sentido, o REsp 1873611/SP de 23-03-2021, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, cujos fragmentos da ementa se extrai: ... b) Caso em que é devido o pagamento de valores ao ECAD, a título de direitos autorais, em decorrência da disponibilização nos quartos do hotel de equipamentos de rádio e de televisão (TV por assinatura) para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais, observados os efeitos da MP n. 907, de 26/11/2019, durante sua vigência; c) Na linha da jurisprudência do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual, é de três anos o prazo prescricional para a cobrança/ressarcimento de direitos autorais decorrentes da disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais.

d) As importâncias efetivamente devidas deverão ser apurados em liquidação de sentença, observados os valores constantes de tabelas elaboradas pelo ECAD. Precedentes.

e) Os juros de mora e a correção monetária deverão incidir desde a data em que cometida a infração ao direito autoral, quando passou a ser devido o respectivo pagamento.

f) A multa moratória de 10% (dez por cento) não é devida por ausência de previsão legal, conforme orientação do que decidiu o STJ.

g) Nos termos do art. 497 do CPC/2015 e do art. 105 da Lei n. 9.610/1998, é cabível a concessão de tutela inibitória para que seja imediatamente suspensa a disponibilização aos hóspedes dos equipamentos (rádio e tv) destinados à transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais, arbitrada multa diária para o caso de descumprimento. Tal suspensão perdurará enquanto não emitida pelo ECAD a necessária autorização.

4. Recurso especial a que se dá parcial provimento para julgar procedente, em parte, os pedidos deduzidos na inicial.

(REsp n. 1.873.611/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 20/4/2021.)

Na espécie, a 2ª Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao Recurso Especial, a fim de julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu, observada a prescrição trienal, no pagamento dos valores constantes na tabela elaborada pelo ECAD, a título de direitos autorais, a serem apurados em liquidação de sentença, em decorrência da disponibilização aos respectivos hóspedes, em seus quartos, sem autorização do autor, de equipamentos destinados à transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, concedida também a tutela inibitória.

Segue fragmento do voto, vencido em parte (apenas em relação ao deferimento da tutela inibitória) do Ministro Raul Araujo:

O deferimento de tutela inibitória, determinando a imediata suspensão, de disponibilização aos hóspedes, de equipamentos de rádio e TV destinados à transmissão de obras musicais e artísticas, embaraça o normal funcionamento do empreendimento hoteleiro, apenas para atender interesse privado do ECAD, conferindo a este verdadeiro poder de polícia administrativo, sem falar na ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade, inerente à dimensão substantiva do processo justo. Então, penso que não devemos conceder essa tutela inibitória, dando ao ECAD um tratamento hegemônico diante de outros particulares. Sendo uma entidade privada, pode cobrar o que entender que tem direito de receber pela execução das obras, mas não pode inibir a atividade econômica de outro particular, assegurada na Constituição, por outro princípio, o da livre iniciativa.

Assim, hotéis e similares terão que pagar direitos autorais se tiverem televisão nos quartos.

A constatação de que existem vários fatos geradores diversos foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a alegação de que ocorreria cobrança em duplicidade pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) quando o estabelecimento hoteleiro argumentou que a empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura

já havia adimplido a obrigação e que isso o eximiria de pagar pela execução pública da obra⁷³. (SANCHES; CALLAI, 2022, p. 168)

Independentemente de se tratar de disponibilização de televisão por assinatura (televisão fechada) ou televisão por sinal aberto, é devido o recolhimento dos direitos autorais pelos hotéis e afins, não incorrendo em *bis in idem*, salvo se a prestadora de televisão se responsabilizar pela arrecadação, cabendo à parte tal comprovação, a teor do art. 373 do CPC.

Tal tributação divide opiniões: a rede de hotelaria sustenta ser injusta os motivos da arrecadação, porquanto os quartos podem ser considerados locais de frequência individual. Ademais, o rádio, a televisão e as plataformas de *streamings* já pagam tributo ao ECAD, além de que os hotéis também pagam os direitos autorais das músicas que são disponibilizadas em locais de frequência coletiva, como bares e restaurantes.⁷⁴

O ECAD, por sua vez, sustenta que se a empresa é dedicada ao ramo da hotelaria e utiliza os meios de reprodução musical, é justificável a cobrança dos direitos autorais.

A questão tem gerado calorosa discussão.

A propósito, alguns tribunais têm decidido que a disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis autorizam a cobrança, pelo ECAD, dos direitos autorais de todos os titulares filiados:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL C/C PERDAS E DANOS - CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE - PESSOA JURÍDICA - ENDEREÇO INDICADO - TEORIA DA APARÊNCIA - DISPONIBILIZAÇÃO DOS APARELHOS DE RÁDIO E TV NOS QUARTOS DE HOTÉIS - EVIDÊNCIA DO USO POTENCIAL POR OBRAS PROTEGIDAS - DIREITOS AUTORAIS - COBRANÇA REGULAR- TEMA REPETITIVO 1066 DO STJ. - Conforme entendimento do STJ, no caso de citação de pessoa jurídica, aplica-se a teoria da aparência. - A citação postal de pessoa jurídica é válida quando o mandado é encaminhado ao endereço da matriz ou filial indicado e assinado por pessoa presente, sem qualquer ressalva. - A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais autoriza cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, ante a

⁷³ Em tal sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrighi quando enfatizou que: “além de constituir posição consolidada do STJ o fato de que hotéis e motéis são locais de frequência coletiva (REsp 556.340/MG, 2ª Seção, DJ 11/10/2004)”, seria irrelevante para viabilizar a cobrança “que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura”, posto que “na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de *bis in idem*” (REsp 1.589.598/MS, 3ª Turma, DJe de 22/6/2017 e AgInt no REsp 1.639.215/RS, 4ª Turma, DJe 09/02/2018).

⁷⁴ Há um bom tempo que os hotéis vêm brigando pela abolição dessa tributação de suas responsabilidades e, durante a pandemia, devido à baixa ocupação e desaceleração do turismo que afetou principalmente hotéis pequenos e microempreendedores. (VEGA, 2022, p. 01.)

evidente finalidade dos aparelhos com potencial perspectiva de uso para esse fim . (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.108380-9/001, Relator(a): Des.(a) Cavalcante Motta, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/06/2023, publicação da súmula em 26/06/2023)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL - DIREITOS AUTORAIS - DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS DE TELEVISÃO EM QUARTOS DE HOTEL - FATO GERADOR DE ARRECADAÇÃO - TV POR ASSINATURA - BIS IN IDEM - INEXISTÊNCIA JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL. Não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas, sem prévia e expressa autorização do autor ou titular. Inteligência do artigo 68 da Lei nº 9.610/1998. Segundo entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos (tema 1066), "a disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD" (REsp 1880121/SP, DJe 30/03/2021). O c. STJ pacificou entendimento no sentido de que "a contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo bis in idem." Os juros de mora e a correção monetária devem incidir sobre o valor devido a título de direitos autorais desde a data em que cometida a infração ao direito autoral. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.206038-6/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbos, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/04/2023, publicação da súmula em 17/04/2023)

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA [RESP N. (TEMA 1.066)]. DIREITO AUTRAL. PERDAS E DANOS. DISPONIBILIZAÇÃO DE RÁDIO E TV EM QUARTO DE HOTEL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. LEGALIDADE. PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou a orientação no sentido de que a) "A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD." b) "A contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo bis in idem.").

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí porque se aplica ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

(TJSC, Apelação n. 0012204-13.2013.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rejane Andersen, Câmara de Recursos Delegados, j. 29-11-2023).

Destarte, de acordo com a aplicação do precedente aos casos acima citados, basta a disponibilização dos aparelhos de rádio e TV nos quartos de hotéis para ensejar a cobrança pelos direitos autorais.

Lado outro, tem atendimento contrário, no sentido de que os serviços de televisão e radiodifusão nos quartos de hotel e similares não podem ser equiparados à sonorização em local público.

No recurso de Apelação de nº 1019302-57.2016.8.26.0577, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve decisão que negou pedido do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) para cobrar direitos autorais decorrentes da sonorização ambiente e exibição de obras audiovisuais em quartos de motel.

Naquela ocasião, destacou o Relator Mathias de Castro, que o sistema de televisão disponibilizado pelo réu, nos quartos, é daqueles por assinatura, de modo que as emissoras e redes de televisão já recolhem os valores devidos a título de direitos autorais ao ECAD.

A evolução na interpretação do STJ acerca do direito autoral como um direito de exclusividade, e não um direito de propriedade, conduziu a uma valorização da essência do direito autoral, que justamente é a de um direito de exclusividade, além de consagrar-lhe tutela mais efetiva. Em que pese a licença dos titulares se aperfeiçoar com o pagamento, esta contrapartida não elimina a necessidade da prévia autorização, e diante da omissão de autorização o direito autoral estará violado. Importa destacar que a jurisprudência do STJ – ao distinguir o cumprimento da norma legal em duas etapas, ou seja, de um lado reconheceu a necessidade de obtenção da autorização previamente à utilização da obra artística e, de outro, a necessidade de pagamento – apartou a tutela de danos da tutela de direitos, buscando conceder a tutela de direitos para dar efetividade ao direito autoral aplicando a tutela específica do artigo 105 sempre que caracterizada a sua violação do direito autoral, independentemente do segmento econômico do usuário das obras artísticas, e consignando que para a concessão da tutela específica bastaria a comprovação da violação direito. Nestes termos, a jurisprudência do STJ corroborou para a evolução normativa e protetiva do direito de autor. (SANCHES; CALLAI, 2022. p. 115)

No tocante à alegação de não incidência de direitos autorais por tratar-se de serviço televisivo por assinatura, igualmente se afastou a sustentação de ocorrência de *bis in idem* na cobrança, por vezes com a ressalva de contratualmente inserida a taxa no contrato com a fornecedora do serviço de transmissão. (SANCHES; CALLAI, 2022, p. 74)

Desse modo, consoante o entendimento do STJ, a contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo *bis in idem*.

4.5 Impactos do *streaming* no Direito Autoral.

Indubitavelmente, evidencia-se constante mudança na era moderna, em virtude das novas tecnologias.

A exploração das obras musicais vem sendo afetada substancialmente em decorrência do desenvolvimento da internet.

O *streaming* configura a tecnologia que permite a transmissão de conteúdo pela internet. Em oposição ao download, a cópia gerada pelo *streaming* é temporária.

O *streaming* se transformou na mais popularizada forma de consumo de obras audiovisuais e musicais. E o processo criativo compõe sua existência como forma de distribuição, mas o inverso também ocorreu, pois o consumo definiu novas formas de criar. Vivenciamos um ambiente de padronizações contraditórias com a essência criativa inerente à própria arte.⁷⁵ (DRUMOND; BERNST, 2023, p. 2)

Interessante registrar que a legislação estadunidense de 1998 denominada *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) foi a primeira a perpetrar as diretrizes dos Tratados de Internet da OMPI, estabelecendo obrigações de teor autoral no cenário digital. Traçar quadro comparativo com os EUA é mister, haja visto sua influência na legislação pátria, a citar os artigos 30 e 107 da LDA (WACHOWICZ e PESSERL, 2019, p. 65).

O período entre a década de 1990 e início dos anos 2000 foi marcado por certo descontrole sobre as transações ocorridas através de *downloads* gratuitos e pela demora para regulamentar a transferência de tais arquivos, o que enfraqueceu a indústria do entretenimento como um todo, em especial a musical, tendo em vista o tamanho de um arquivo de música ser inferior ao de outra obra, e fez com que a prática da pirataria tornasse mais impactante ao faturamento deste segmento mercantil. (PORTUGAL, 2016, p. 72)

⁷⁵ Questionam os autores se é necessário saber se valerá a pena impactar uma enorme massa de criadores, artistas, intelectuais, desestimulando-os, deslocando-os de suas atividades, transformando-os em profissionais de outras especialidades, por conta da possibilidade de que as suas atividades criativas sejam substituídas por ferramentas tecnológicas. (*Op. Cit.* p. 3)

Com o advento da internet de banda larga, que aumentou consideravelmente a velocidade dos arquivos que transitavam na rede, houve a disseminação do uso de plataformas de *streaming*, ainda que sua criação seja datada da década de 1990. Sua distinção do *download* reside na transitoriedade da cópia do arquivo gerado pela tecnologia, tendo em vista que a cópia obtida através do *download* é definitiva, enquanto a do *streaming* é temporária, ou seja, é necessário que se tenha acesso ao arquivo, e não que o tenha armazenado. (PORTUGAL, 2016, p. 73).

Ademais, as novas tecnologias permitem ao consumidor uma infinidade opções ao acesso de obras e produções artísticas.

Esse cenário, reproduzido em muitos serviços digitais de oferta de músicas, permitiu aos provedores de serviços oportunidades de negócios novos, onde se assegura larga oferta de obras artísticas (disponibilização ao público) com a possibilidade de interatividade, mas sem a transferência definitiva da posse ou aquisição pelo consumidor final, pois o acesso e a escolha das obras musicais se dão por meio de ato condicionado ou ao pagamento de uma assinatura que oferece a possibilidade de selecionar conteúdos próprios de quem oferta (por. Ex., Netflix, Globoplay, Amazon, Disney, etc) ou de terceiros (Spotify, Deezer, YouTube, etc), cujos formatos jamais serão do usuário, em clara oposição conceitual aos conteúdos adquiridos por meio de *download*, que oferecem a experiência da posse definitiva, hoje sem qualquer apelo comercial. Na esmagadora maioria dos negócios em curso, aos provedores de conteúdos não interessa vender o formato ou o arquivo digital, mas simplesmente permitir a disponibilização de milhões de canções, para que sejam acessadas e ouvidas a qualquer hora e em qualquer lugar. (SANCHES, 2022,p. 139)

Desde 2017, a taxa mensal paga ao Ecad por emissoras de rádio teve um acréscimo de 10%. Trata-se da incorporação de pagamento adicional pelos chamados *simulcasting* e *webcasting* ao valor já pago pelos direitos autorais nas transmissões tradicionais por *broadcasting*, ou radiofrequência. *Simulcasting* é quando a programação se dá simultaneamente e em tempo real, por ondas na rádio e online. *Webcasting* é a simples disponibilização da programação online, por demanda, como acontece nas plataformas de *streaming* musical, a exemplo das mais conhecidas *Spotify* e *Deezer*. (ASSAD, 2020, p. 01)

A não interatividade do *streaming* pode ser verificada nos gêneros *webradio* e/ou *simulcasting*, que conceitualmente se diferenciam do gênero interativo *webcasting*. Assim, depreende-se que o *webcasting* possui maior interatividade do usuário para com a plataforma quando comparado ao *simulcasting*, tendo em vista que o último se destaca pelo cerne simultâneo do serviço. (RIBEIRO, 2022, p. 29-30)

Os casos mais recentes chegados no STJ referem-se às transmissões de dados e informações, de forma contínua, pela rede de computadores. Com base na Lei n. 9.610/1998, os ministros da Segunda Seção do STJ entenderam que essa forma de transmissão é uma exibição pública da obra musical, sendo, portanto, fato gerador de arrecadação (REsp n. 1.559.264). Ademais, o *streaming* na modalidade *simulcasting*, com base na disposição do art. 31 da Lei n. 9.610/1998, foi considerado meio autônomo de uso de criação intelectual, ensejando nova cobrança pelo ECAD (REsp n. 1.567.780). (NORONHA, 2022, p. 39)

Em seu voto proferido no julgamento do Recurso Especial 1.559.264/RJ⁷⁶, o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva trata dos diferentes modelos de *streaming* sob a ótica da interatividade do usuário:

Streaming não interativo é aquele em que a recepção de conteúdos pelo usuário se dá em tempo real, contínuo, da programação ou do evento disponibilizado na rede, em tempo e modo predeterminados pelo transmissor da obra. Não há nenhuma possibilidade de interferência do usuário no conteúdo, na ordem ou no tempo da transmissão. Por outro lado, no *streaming* interativo, o fluxo de informação depende da ação do usuário, que determina o tempo, o modo e o conteúdo a ser transmitido. No caso de músicas, por exemplo, o usuário tem à sua disposição uma grande base de dados de obras musicais e pode escolher quais gostaria de ouvir, a ordem e o momento, montando listas de reprodução próprias, sem a vinculação a uma programação predeterminada pelo provedor do conteúdo, como ocorre normalmente nas transmissões radiofônicas. (BRASIL. Recurso Especial 1.559.264/RJ. Rel.: Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Julgamento em: 08 fev. 2017).

A motivação da demanda decorreu da disponibilidade de obras musicais por meio do sítio da OI na internet, que permitiria a reprodução e a disponibilização de obras musicais por meio de *simulcasting* e *streaming*. Em primeira instância, a demanda foi julgada improcedente, sob argumentação de que se tratava de mera reprodução da programação original da rádio OI FM, que já teria remunerado as obras musicais e fonogramas pela radiofusão original, e nova cobrança em razão de transmissão pela internet representaria bis in idem. O ECAD recorreu da sentença e o Tribunal de Justiça do RJ confirmou a sentença, aditando que os serviços de *webcasting* e a entrega de música individual desconfigurariam a possibilidade de execução pública, afastando a possibilidade de cobrança pelo ECAD. (SANCHES, 2022, p. 141)

No julgamento do REsp 1.559.264/RJ, em que se discutiu (i) se era devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM

⁷⁶ O Recurso Especial foi distribuído ao Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, que como relator realizou e permitiu um extenso debate em questão, realizando, inclusive, audiência pública com a participação de várias entidades dos setores musical e digital, a fim de prover a ampla reflexão sobre o tema... O resultado final do julgamento, no colegiado ampliado da Segunda Seção do STJ, foi bem significativo, prevalecendo o entendimento vencedor do Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, que contou com 8 (oito) votos favoráveis e 1 (um) voto vencido restrito ao posicionamento do Ministro Marco Aurélio Bellize. (SANCHES, 2022, p. 142 e 150)

nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configurariam execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constituía meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais; a decisão do STJ foi de que o streaming de música é uma execução pública e que, tanto nos casos de *simulcasting*, quanto no de *webcasting*, deveriam ser feitas as arrecadações. (SANCHES, CALLAI, 2022. p. 211-213)

Neste segmento mercantil, destacam-se grandes empresas, quais sejam, *Spotify*, *Deezer*, *Amazon Music*, *Apple Music*, e *Terra Music Powered by Napster*, por exemplo. A característica de unir grande repertório musical advindo de licenciamento com a praticidade que a interatividade tecnológica permite ao ouvinte resultou no sucesso e popularidade dos streamings tanto internacional quanto nacionalmente. (RIBEIRO, 2022, p. 31)

O *Spotify* é um dos mais expressivos *streamings* no planeta, constando em 183 mercados, com 456 milhões de usuários, sendo 195 milhões deles pagantes. (ALVES, 2022, s/p).

No período da pandemia, em 2020, as pessoas se viram obrigadas ao isolamento social e, conseqüentemente, seus hábitos foram alterados, ocasião em que o meio digital assumiu papel relevante, principalmente em decorrência da distância física.

No contexto da pandemia, as casas de show foram substituídas por plataformas como YouTube - com lives de artistas alcançando milhões de visualizações simultâneas - e streamings com majoritária disponibilização de músicas e podcasts. Por conta da transição da rotina para o *online* no período pandêmico, verificou-se no Brasil o aumento em até 30% de *uploads* diários de música pelas distribuidoras e agregadoras conforme estimou a Associação Brasileira de Música Independente (ABMI). (GIMENES, 2020, s/p).

As receitas das plataformas de *streaming* foram absolutamente fundamentais no contexto recente da pandemia Covid-19, cujo flagelo sanitário atingiu todo o planeta, em que todas as receitas tradicionais, como shows, casa noturnas, bares, restaurantes, cinemas, teatro, televisão, diminuíram ou foram interrompidas, em razão das medidas de distanciamento social e da crise econômica. O inesperado exemplo demonstra ser inquestionável que a tendência do crescimento do *streaming* veio para ficar, e substituirá em importância as receitas das mídias tradicionais. (SANCHES, 2022, p. 151)

Assim, as plataformas digitais de conteúdos audiovisuais, tais como Netflix, YouTube, Globoplay, Disney, HBO, Amazon Prime, Apple TV levam à arrecadação de direitos autorais e o ECAD oferece as ferramentas para o licenciamento dessas plataformas e desde o *leading case*

votado em 2017 tem celebrado importantes contratos com as plataformas de *streaming* de música, gerando, consequentemente, fontes de receitas para seus titulares.

A assinatura do serviço de *streaming* não isenta um produtor de conteúdos digitais e eventos do pagamento da taxa.

Sobre os impactos do *streaming* nos direitos autorais, leciona Yasmim Condé Arrighi que “antes mesmo de o *streaming* existir, os direitos autorais já objetivavam a proteção dos autores de obra, bem como a sua arrecadação monetária”:

... Para os estudiosos responsáveis pela formação das primeiras doutrinas, como é o caso do Eduardo José Vieira Manso (1992), deverá ser considerado autor de obra intelectual aquele que for capaz de criar uma ideia, a qual o caracteriza por seu conteúdo e pela forma particular de expressão.

O *streaming* é uma dessas tecnologias avançadas, com o objetivo de distribuir digitalmente, através da internet ou de pacote de dados para aparelhos móveis, trazendo como consequência o fim do comércio de *download* de conteúdos, uma vez que, com essas novas plataformas, não se faz mais necessário. Atualmente, preside a instantaneidade de acesso ao conteúdo e a interatividade de escolha sobre o que se deseja ouvir ou assistir em um determinado momento, sem interferência de nenhuma programação imposta, o que não ocorria desde a criação do rádio e da televisão, aproximadamente, em 1920.

O conceito da palavra *streaming* é a transmissão contínua e simultânea do fluxo de mídia, de dados e de conteúdos utilizados em todo o mundo, portanto, os usuários conseguem ter acesso, instantaneamente, ao mesmo conteúdo de uma determinada plataforma, sem sequer precisar realizar o download, como, por exemplo, é o caso das plataformas digitais mundialmente conhecidas, denominadas de Netflix e Deezer.

... Por sua vez, a transmissão de conteúdo do *streaming* não interativo é totalmente dependente de uma programação pré-estabelecida pelo provedor, sendo o responsável por determinar o momento em que os usuários poderão acessar o conteúdo.

... Especificamente, o *streaming webcasting*, plataforma onde o usuário escolhe o estilo de música que pretende ouvir, é considerado uma nova forma de distribuição digital de fonogramas, o que resta evidente o novo fato gerador, de modo que o ECAD também efetuasse arrecadação dos valores de execução pública.

Diga-se de passagem, já é pacífico na jurisprudência que, quando à execução, não importa se o ambiente é fechado ou aberto, público ou doméstico, pois a decisão que vale para um analogicamente valerá para o outro.

Nesse sentido, as palavras do já mencionado Gustavo Tepedino (2015, p. 145) em seu parecer, confirmam exatamente o que vem sendo apresentado:

O mesmíssimo raciocínio permite considerar a transmissão da obra musical e fonogramas via internet como execução pública e a internet como novo *locus* público de frequência coletiva, por conta do alcance potencial de extraordinário número de pessoas, às quais são transmitidas diuturnamente composições musicais, com uso de aplicativos, redes sociais, rádios online, por meio de variadas tecnologias, tais como o *simulcasting* e o *streaming*, independentemente de eventual download de conteúdo.

Neste viés, a decisão do STJ publicada no dia 15/02/2017 entende que o *streaming* de música é uma execução pública. A decisão final do STJ entendeu que, tanto nos casos de *simulcasting* quanto no de *webcasting*, deveriam ser feitas as arrecadações.” (ARRIGHI, 2019. p 169-172)

No Recurso Especial n. 1.559.264/RJ, “*leading case*” brasileiro bastante expressivo sobre o tema, movido pelo ECAD contra a OI FM, em 08/02/2017, o STJ, por maioria decidiu que os serviços de *streaming*, em ambas as subclassificações apresentadas no processo -

webcasting e *simulcasting*, são considerados como formas de execução pública, ensejando assim, a autorização e cobrança de direitos autorais por parte do ECAD:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. SIMULCASTING E WEBCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia streaming); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. *Streaming* é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados.

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, 'I', IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia streaming enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. 6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização.

decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o

integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido”.

(REsp. nº 1.559.264/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/02/2017, DJe de 15/2/2017)

Da leitura da ementa e do teor do Acórdão, resumidamente, pode-se concluir que o *decisum* identificou nos serviços de streaming as seguintes características, que motivam a aplicação do feixe de direitos acima expostos: a) atos e direitos relacionados à oferta de conteúdos similares à oferta de cópias. b) atos e direitos que não envolvem oferta de conteúdos similares à oferta de cópias. c) a reprodução/armazenamento como condição para oferta ao público, como premissa necessária à distribuição e à comunicação pública das obras musicais e fonogramas. d) a LDA confere aos direitos de comunicação pública amplo conceito e aplicabilidade no ambiente digital. e) a transmissão como processo completo e hígido para entrega da obra ao público, sem relação com a forma a ser consumida ou utilizada pelo usuário final. f) o modelo de negócio para disponibilização ao público de obras artísticas e fonogramas visa permitir aos consumidores, sobretudo, a faculdade ao acesso para que as desfrutem em qualquer lugar pelos usuários finais. g) a transferência de propriedade ou da posse não é fator determinante para o resultado final da oferta e/ou disponibilização ao público de obras musicais e fonogramas, mas parte operacional do serviço oferecido e entregue ao consumidor, com vistas a permitir o acesso com ou sem conexão à rede de computadores. h) várias categorias/modalidades de direitos misturadas convivem do mesmo ambiente e do mesmo momento do licenciamento, ainda que objeto de autorizações próprias e independentes, sendo irrelevante para a aplicação do conceito legal a definição de sua importância proporcional para eventual prevalência de cada um dos direitos envolvidos, na medida em que todos cumprem papel próprio e individualizado na disponibilização das obras musicais e fonogramas ao público. I) a internet, como espaço público e nova arena relacional, encontra-se abrigada no conceito de “local de frequência coletiva” definido pela LDA. (SANCHES, Sydney; CALLAI, 2022, p. 149-150)

Na origem, o ECAD ajuizou ação de cumprimento de preceito legal combinada com perdas e danos contra TNL PCS S.A. (nome fantasia OI) visando, em liminar, "a imediata suspensão da execução de obras musicais, líteromusicais e fonogramas" pela Ré OI MÓVEL S.A. E, no mérito, pugna pela confirmação da liminar e "a suspensão ou interrupção de qualquer execução/transmissão de obras musicais, líteromusicais e fonogramas pela Ré, enquanto não providenciar a prévia e expressa autorização do autor".

Alegou que a empresa Ré OI MÓVEL S.A. desde março de 2006, por meio do seu sistema internet, permite a reprodução da rádio OI FM nas modalidades *simulcasting* e *streaming*, e, por serem hipóteses de execução pública de obras musicais, são devidos os direitos autorais ao ECAD.

O Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o valor da programação da Rádio OI já está pago e a cobrança pela reprodução *on-line* constitui *bis in idem*.

O autor da ação interpôs o recurso de Apelação cível nº 0174958-45.2009.8.19.0001, recurso provido parcialmente, em que os Desembargadores da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) condenaram o Réu ao pagamento do valor referente à execução pública de obras musicais quando reproduzidas na modalidade *webcasting*.

O ECAD discordando do acórdão acima prolatado, bem com o de outro acórdão similar da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelas Colendas Câmaras em que os requerimentos do ECAD não foram providos, apresentou Recurso Especial no STJ, sob o argumento de divergência jurisprudencial, contradição e obscuridade nas decisões destacadas e também a violação de alguns artigos do antigo Código de Processo Civil e da LDA.

A fim de revelar a divergência de posicionamento quanto ao tema, houve quem defendesse a necessidade de cobrança, afinal, cada mídia de transmissão dependeria de autorização expressa e prévia de autor ou seu representante, seguindo essa linha de pensamento o ECAD, a Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS), o Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC), a União Brasileira de Compositores (UBC), a Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores (CISAC), dentre outros (RIBEIRO, 2022, p. 38).

Lado outro, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), a Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão (ACAERT), a Associação de Emissoras de Rádio e Televisão do estado de São Paulo (AESP) e a Associação Mineira de Rádio e Televisão (AMIRT), defenderam que a cobrança pelo direito autoral no contexto em questão não configuraria dupla cobrança, tendo em vista que a Rádio OI FM já pagava a quantia devida pela execução pública de sua programação via radiodifusão.

Com relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por ampla maioria dos votos foi dado provimento ao Recurso Especial apresentado pelo ECAD. Seguiram o entendimento do Ministro Relator os Ministros Marco Buzzi, Moura Ribeiro, Nancy Andrigli, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

No teor do julgado, a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades

webcasting e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.⁷⁷

Para Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

Assim, concluir que a transmissão via *streaming* não é ato de execução pública poderá ferir o princípio da reciprocidade, bem como poderá extinguir a obrigação de repasse das entidades de gestão estrangeiras dos valores arrecadados em seus países referentes às obras brasileiras nesse tipo de plataforma, a impedir que os artistas e autores nacionais recebam rendimentos oriundos da modalidade de uso de obras intelectuais que notadamente mais cresce no mundo.

Por fim, no que tange à transmissão via *simulcasting*, em que o entendimento é convergente quanto à caracterização de execução pública, enfatizo que, no caso de radiofusão sonora, a fixação do preço para a concessão da licença para execução pública musical pelo ECAD (Regulamento de Arrecadação) leva em consideração, dentre outros critérios, o público em potencial e a sua sobreposição geográfica, enquanto a via *simulcasting*, que muitas vezes é realizada por pessoa jurídica distinta, é capaz de aumentar o número de ouvintes em potencial e gerar publicidade diversa da veiculada pela rádio, aspectos que reforçam a sua natureza autônoma de modalidade de utilização de obra intelectual.⁷⁸

Foi dado provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Destaca-se a posição do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanhou o Relator, sustentando que não apenas é possível o enquadramento dessas novas tecnologias no conceito de execução pública, como também é necessário para permitir aos autores de obras musicais a percepção de seus justos direitos autorais.

Para a Turma Julgadora, é possível afirmar que o *streaming*, tecnologia que possibilita a difusão pela internet, é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e também, por definição legal, reputa-se a internet como local de frequência coletiva, caracterizando-se, portanto, a execução como pública.

Destacou-se que a autorização de cobrança de direitos autorais pelo ECAD nas transmissões via *streaming* não se dá em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o site, mas, sim, pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, ou seja, ao público em geral, o acesso ao conteúdo.

⁷⁷ Disponível em www.jus.br Acesso em 19 de abril de 2020.

⁷⁸ Disponível em www.jus.br Acesso em 19 de abril de 2020.

Concluiu que a transmissão via *streaming* não é ato de execução pública apto a ferir o princípio da reciprocidade, bem como poderá extinguir a obrigação de repasse das entidades de gestão estrangeiras dos valores arrecadados em seus países referentes às obras brasileiras nesse tipo de plataforma, a impedir que os artistas e autores nacionais recebam rendimentos oriundos da modalidade de uso de obras intelectuais que notadamente mais cresce no mundo.

No voto divergente, o Ministro Marco Aurélio Bellizze ponderou inexistência de execução pública no serviço caracterizado como *webcasting* e que a cobrança de direitos autorais no sistema *simulcasting*, por parte do ECAD, representaria *bis in idem*, porquanto a OI FM, já efetuava o pagamento de direitos autorais pelo sistema de radiodifusão ao ECAD. Para ele, a modalidade de *streaming* denominada *webcasting* em que o meio de transmissão originário da obra seja radiodifusão distingue-se da execução pública e dela é autônomo.

Para o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no caso concreto, o reconhecimento da obrigação de pagamento da retribuição pretendida desaguará em inevitável duplicidade de pagamento e enriquecimento indevido para o recorrente que já recebe pela utilização lícita e contratada de comunicação ao público por execução pública.

A OI MOVEL S.A. inconformada com o desfecho do STJ, ajuizou Recurso Extraordinário, RE nº 1.056.363/RJ, sob o argumento que a decisão do STJ ofendeu os artigos 5º, caput, IX, X, XIV, 170 e 215 da Constituição Federal.

Na ocasião, ponderou o Relator Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF):

Em face dessa decisão, que fez minuciosa e detalhada análise da Lei 9.610/1998 e dos tratados internacionais sobre matéria extremamente técnica, o recorrente suscita as seguintes questões constitucionais: (a). a ampliação do espaço de privacidade e liberdade de escolha dos indivíduos, propiciado por esse novo ambiente digital, que tem na internet uma sede transnacional (CF, art. 5º, caput e inciso X).; (b). o acesso à informação, em sua dupla vertente, de informar e ser informado (CF, art. 5º, XIV).; (c). a expansão e comunicação de ideias e criações artísticas (CF, art. 5º, IX).; (d). o fomento, difusão e democratização da cultura (CF, art. 215).; (e). o direito à liberdade negocial e às relações de troca (CF, art. 170).; (f). a opção do legislador positivo que, embora tenha alterado, recentemente, a Lei de Direitos Autorais, por meio da Lei nº 12.853/13, com essa nova realidade – a internet – já em pleno vigor, permaneceu sem incluir a execução via internet entre as modalidades de execução pública, além de ter restringido a atuação do ECAD. A solução adotada pelo acórdão ora recorrido enfraquece, então, também sob esse prisma, o próprio princípio democrático (CF, arts. 1º e 2º), além do devido processo legal legislativo (CF, art. 61 a 69). e do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), já que desprestigia as opções adotadas pelos representantes eleitos pelo povo, mediante devido processo legislativo; (g). o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), considerando que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido poderá trazer consequências desastrosas para o mercado, ao instituir um xerife arrecadador de valores inestimáveis. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1056363. Recorrente: Oi Móvel S.A. Recorrido: Escritório de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília. Julgamento em: 09 out. 2017).

O Relator negou seguimento ao recurso, sob o fundamento de que a matéria tratada no RE seria de conteúdo infraconstitucional, pois caso o REsp tivesse alegações de violação à Carta Magna, o STJ não a conheceria (Art. 120, III, a, CF/88). Inconformada, a recorrente interpôs Agravo Interno, todavia, prevaleceu a questão da possibilidade da cobrança pelo ECAD dos direitos autorais decorrentes de transmissão musical via tecnologia *streaming*.

Ver-se-á que o STJ tem decidido que o ECAD permanece competente para fixar preços e efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de julgar sobre o tema:

CASO N. 1.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. TRANSMISSÃO TELEVISIVA. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. WEBCASTING E SIMULCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELAS DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

LEI Nº 12.853/2013 E DECRETO Nº 8.469/2015. VIGÊNCIA. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a transmissão televisiva via internet nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*) se configura execução pública de obras musicais apta a gerar o recolhimento de direitos autorais pelo ECAD e se a transmissão de músicas na modalidade *simulcasting* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. Precedente da Segunda Seção.

3. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado com a modalidade de utilização e não com o conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito de o conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tornando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

4. As alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013 à Lei nº 9.610/1998 não modificaram o âmbito de atuação do ECAD, que permanece competente para fixar preços e efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais.

5. O início da vigência do Regulamento de Arrecadação e das tabelas de preços em conformidade com os novos critérios a serem observados para a formação do valor a ser cobrado para a utilização das obras e fonogramas, previstos na Lei nº 12.853/2013 e no Decreto nº 8.469/2015, ocorre em 21/9/2015, de modo que se consideram válidas as tabelas anteriores até tal data.

10. Recurso especial provido. (REsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 21/3/2017.) (grifou-se)

Na hipótese, o Recorrente ECAD ajuizou ação de cumprimento de preceito legal combinada com perdas e danos contra TV ÔMEGA LTDA. visando, em liminar, "*a suspensão ou interrupção de qualquer execução/transmissão de obras musicais, líteromusicais e fonogramas*" pela Ré. E, no mérito, pugna pela confirmação da liminar e "*a suspensão em caráter definitivo, enquanto não for exibida a competente comprovação da autorização fornecida pelo ECAD*".

Sustentou que a empresa Ré, desde 30 de junho de 2009, disponibiliza a programação da REDETV também por meio do site <http://redetv.com.br>, sendo assim, hipótese de execução pública de obras musicais, são devidos os direitos autorais ao ECAD.

Diante disso, questiona-se se a transmissão televisiva via internet nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*) se configura execução pública de obras musicais aptas a gerar o recolhimento de direitos autorais pelo ECAD e se a transmissão de músicas na modalidade *simulcasting* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

O Ministro Relator destacou o entendimento da Segunda Seção: i) é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*), pois se enquadram como atos de execução pública de obras musicais aptos a ensejar pagamento ao ECAD, e ii) a transmissão de músicas mediante o emprego da tecnologia *streaming* na modalidade *simulcasting* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Desse modo, para o Relator, ao se migrar a transmissão da programação tradicionalmente limitada ao rádio para a internet, é possível aumentar o número de ouvintes em potencial e gerar publicidade diversa da veiculada pela rádio, aspectos que reforçam a natureza autônoma do *simulcasting* como modalidade de utilização de obra intelectual.

Diante disso, reforçou-se a posição de que o ECAD tem competência para fixar preços e efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais, não havendo de se falar em extinção de preço pelo ECAD, razão pela qual foi dado provimento ao Recurso interposto pelo ECAD, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, devendo incidir correção monetária e juros de mora a partir da data em que cometida a infração ao direito autoral.

Para o Relator, a configuração da execução pública não se dá em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o site, mas, sim, pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, isto é, ao público em geral, o acesso ao conteúdo musical.⁷⁹

CASO N. 2.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ECAD. STREAMING - WEBCASTING E SIMULCASTING. BIS IN IDEM. FIXAÇÃO DE VALORES. ÓBICE DA SÚMULA N. 168 DO STJ.

1. "De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública" (REsp n. 1.559.264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 15/2/2017). Segundo tal jurisprudência, ainda, a transmissão mediante simulcasting ou webcasting representa fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD. Incidência do óbice da Súmula n. 168 do STJ.

2. Ademais, nesse ponto, o paradigma apresentado (EDcl no REsp n. 1.044.345/RJ) não trata especificamente da tecnologia streaming - webcasting e simulcasting -, o que afasta a indispensável semelhança fático-jurídica com o acórdão embargado.

3. "Ao ECAD, órgão central para a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais, mantido pelas associações mandatárias dos autores e ele filiados, compete, por meio de decisões assembleares, fixar os preços e formular os critérios para a arrecadação e a distribuição das músicas de fundo (background), não cabendo ao Judiciário, em regra, imiscuir-se em tais deliberações" (AgInt no REsp n. 1.561.200/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 23/5/2019).

Incidência nessa parte, também, da orientação contida na Súmula n. 168 do STJ.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgInt nos EREsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 1/12/2020, DJe de 9/12/2020.)

O caso em tela, teve como Embargante a TV ÔMEGA LTDA e como Embargado o ECAD, envolvendo direitos autorais patrimoniais de autores de obras musicais, literomusicais e fonogramas que o ECAD alega que estariam sendo violados pela REDETV por meio da 'transmissão musical' no Portal de Internet localizado no endereço da www.redetv.com.br, mediante a prática de *webcasting*, pelas modalidades de *simulcasting* e *streaming*, de forma habitual e continuada, sendo que o v. acórdão reconheceu o direito de cobrança de direito autoral julgando procedentes os pedidos formulados pelo ECAD.

Para a Turma Julgadora, o acórdão embargado está amparado na jurisprudência firmada no STJ acerca da possibilidade de cobrança de direitos autorais pelo ECAD⁸⁰.

⁷⁹ Quanto ao *simulcasting* como meio autônomo de uso de criação intelectual enseja nova cobrança do ECAD, a solução está prevista na própria Lei nº 9.610/1998, em seu art. 31, que estabelece que para cada utilização da obra literária, artística, científica ou de fonograma, uma nova autorização deverá ser concedida pelos titulares dos direitos. (Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 19 de abril de 2024)

No que se refere à fixação pelo ECAD dos valores devidos, o Relator invocou o acórdão proferido no REsp n. 1.559.264/RJ, destacando a competência do ECAD para a fixação da cobrança.

Pontuou-se, ainda, que, nos termos da jurisprudência daquela Corte, é válida a tabela de preços instituída pelo ECAD, não podendo o Poder Público ou o Judiciário modificar tais valores em face da natureza privada dos direitos postulados.

Destacou-se a inexistência de omissão quanto à alegação de *bis in idem*, pois tal questão foi invocada à luz do paradigma oriundo do julgamento dos EDcl no REsp n. 1.044.345/RJ e negou-se provimento ao Agravo Interno.

CASO N. 3.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ECAD. STREAMING - WEBCASTING E SIMULCASTING. BIS IN IDEM. FIXAÇÃO DE VALORES. ÓBICE DA SÚMULA N. 168 DO STJ.

1. "De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública" (REsp n. 1.559.264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 15/2/2017). Segundo tal jurisprudência, ainda, a transmissão mediante *simulcasting* ou *webcasting* representa fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD. Incidência do óbice da Súmula n. 168 do STJ.

2. Ademais, nesse ponto, o paradigma apresentado (EDcl no REsp n. 1.044.345/RJ) não trata especificamente da tecnologia streaming - *webcasting* e *simulcasting* -, o que afasta a indispensável semelhança fático-jurídica com o acórdão embargado.

3. "Ao ECAD, órgão central para a arrecadação e a distribuição dos direitos autorais, mantido pelas associações mandatárias dos autores a ele filiados, compete, por meio de decisões assembleares, fixar os preços e formular os critérios para a arrecadação e a distribuição das músicas de fundo (background), não cabendo ao Judiciário, em regra, imiscuir-se em tais deliberações". (AgInt no REsp n. 1.561.200/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 23/5/2019).

Incidência nessa parte, também, da orientação contida na Súmula n. 168 do STJ.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgInt nos EREsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 1/12/2020, DJe de 9/12/2020.)

⁸⁰ Na ocasião, o Relator reproduziu a ementa do REsp n. 1.559.264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, sendo destacado: 5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública... 7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. 8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do simulcasting, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD. (Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 19 de abril de 2024)

O caso teve com Agravante a TV ÔMEGA LTDA e como Agravado o ECAD, em virtude do indeferimento liminar dos Embargos de Divergência.

A Agravante insiste na impossibilidade de dupla cobrança pelo ECAD – *bis in idem*.

O Relator pontuou que o paradigma apresentado (EDcl no REsp n. 1.044.345/RJ) não trata especificamente da tecnologia *streaming – webcasting e simulcasting* –, o que afasta a indispensável semelhança fático-jurídica entre os casos confrontados.

Destacou-se que está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que mantém uma tabela especificada de preços, conforme a redação do § 3º do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.⁸¹

Concluiu que a Agravante não apresentou nenhum documento novo capaz de ensejar a reforma da decisão agravada. Ademais, não há como afastar a aplicação da Súmula 168 do STJ⁸².

Com o entendimento jurisprudencial firmado de que plataformas de *streaming* ensejam pagamento decorrente de execução pública da obra musical, surgem novos questionamentos à medida que a indústria do entretenimento evolui com a sociedade e a tecnologia. Bebendo da fonte criativa, não apenas a música atrai usuários ao meio de consumo digital. Sinergicamente a ela, ou de modo individual, surge um novo protagonista: os *streamings* voltados majoritariamente a indústria dos games. (RIBEIRO, 2022, p. 49)

Assim, a transmissão de música via plataformas de *streaming*, nas modalidades *simulcasting* e *webcasting*, refere-se à execução pública de obra musical, motivo pela qual possibilita a cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) da quantia relativa aos direitos autorais e conexos correspondentes.

O *simulcasting* nada mais é que a retransmissão simultânea (ou quase-simultânea) da radiodifusão terrestre pela internet.

O conceito de *webcasting* permanece confuso e não ainda foi possível identificar uma convergência. Em alguns casos, chega-se a misturar o conceito de *webcasting* com o de *streaming*.

⁸¹ Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 19 de abril de 2024.

⁸² Dispõe a Súmula 168 do STJ: não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Registre-se que a Lei de Direitos Autorais é de 1998, época em que existia simplesmente o *download* (mero exemplo de reprodução) e a *webcasting* (Rádio de internet).

O próprio ECAD traz conceito similares das subespécies de *streaming*.

O Judiciário brasileiro tem tido dificuldade de interpretar a natureza jurídica do *webcasting*:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, INTELECTUAL E AUTORA. ARRECADAÇÃO. ECAD. COBRANÇA. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS E TUTELA INIBITÓRIA. TELEVISÃO EDUCATIVA. FATO GERADOR. MÚSICAS PRODUZIDAS NA MODALIDADE DE STREAMING, SIMULCASTING OU WEBCASTING

Trata-se de ação de cobrança de parcelas vencidas e vincendas e tutela inibitória pelo ECAD, diante da transmissão de obra musical através de televisão educativa mantida pela ré, julgada parcialmente procedente na origem.

O Direito Autoral está resguardado e protegido pelo art. 68 da Lei Federal n.9610/98, quando refere: Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou líteromusicais e fonogramas, em representações públicas. Além disso, considera-se como representação pública a utilização de obras locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica. Mais, considera-se execução pública a utilização de composições musicais em locais de frequência coletiva, por qualquer processo, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade. Ainda, para efeito legal, considera-se locais de frequência coletiva todos os locais onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. Por fim, segundo a dicção do §4º do mesmo pergaminho, há a exigência de que o empresário ou responsável apresente ao ECAD a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

Reprodução musical pela plataforma Streaming – Streaming é tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados. O Streaming é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução. A luz do art.29, incisos VII, VIII, i, IX e X, da Lei n. 9610/1998, verifica-se que a tecnologia streaming, enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito (REsp.n.1.559.264/RJ, Min. Ricardo Cueva).

Prestações de trato sucessivo – Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, conforme liturgia expressa do art.323 do CPC.

O ECAD é entidade organizada e administrada por associações de titulares de direitos autorais, cumprindo a ele realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública de composições musicais ou literomusicais e de fonogramas, nos termos do art. 99 da Lei n. 9.610/1998, possuindo legitimidade para defender em juízo ou fora dele a observância dos direitos autorais em nome de seus titulares (§ 2º). O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, nos termos do decidido em assembleia, na qual os autores estão representados pelas associações a que filiados, pode definir critérios diferenciados para distribuição de valores de direitos autorais de acordo com os diversos tipos de exibição de músicas inseridos no contexto

de obras audiovisuais, nas chamadas músicas de fundo (background), não cabendo ao Poder Judiciário interferir nas relações privadas sob o fundamento de suposta ausência de permissão legal expressa. Interpretação dos arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98. (REsp 1552227/RJ).

Da Tutela Inibitória – Em que pese o disposto no art. 105 da Lei nº 9.610/98, no caso, trata-se de televisão educativa, a qual firmou em outubro de 2015, termo de transmissão de televisão simultânea com a TV Cultura, reproduzindo em tempo real a programação daquela emissora. Ao encerrar as suas atividades, mesmo que temporariamente, poderá gerar uma situação de abalo econômico-financeira, inclusive com demissões de postos de trabalho e rescisão de contratos. Tal medida requer muita cautela, pois envolve uma cadeia de produção e de prestação de serviços. Relator vencido no ponto. **APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. APELAÇÃO ADESIVA DA RÉ DESPROVIDA, À UNANIMIDADE.** (Apelação Cível – TJRS 70082912494. Rel. Niwton Carpes da Silva. Data do julgamento: 13-12-2019. Data da publicação: 20-01-2020)

Na espécie, asseverou o Relator que a emissora demandada foi devidamente cadastrada voluntariamente no ECAD para o efeito de recolhimento de direitos autorais. Depois disso, o cadastro foi atualizado várias vezes, mas em nenhum momento houve o recolhimento dos valores devidos ao ECAD. E ainda destacou o Relator:

Com efeito, ficou comprovado, então, que a tecnologia *streaming* permite assistir filmes, vídeos pela internet, mas, também, e aqui é o que interessa, assistir músicas, sem necessidade de fazer download, por isso, sem dúvida, é devida a contraprestação dos direitos autorais disponíveis nessas plataformas. Percebe-se que no caso específico do *simulcasting*, o STJ entendeu que tal transmissão tem natureza autônoma e esta forma de execução musical é pública, com abrangência além das linhas territoriais. Afora isso, não obsta lembrar que a internet é a forma de comunicação que mais cresce e que a programação das emissoras, por este meio, viabiliza a comercialização de espaços publicitários de forma mais ampla do que pela via radiofônica. Por conta disso, a arrecadação autoral é devida em favor do ECAD, pois o direito autoral deve ser preservado, não ficando fragilizado diante da falta de normatização das inovações tecnológicas. sem necessidade de fazer download, por isso, sem dúvida, é devida a contraprestação dos direitos autorais disponíveis nessas plataformas. Percebe-se que no caso específico do *simulcasting*, o STJ entendeu que tal transmissão tem natureza autônoma e esta forma de execução musical é pública, com abrangência além das linhas territoriais. Afora isso, não obsta lembrar que a internet é a forma de comunicação que mais cresce e que a programação das emissoras, por este meio, viabiliza a comercialização de espaços publicitários de forma mais ampla do que pela via radiofônica. Por conta disso, a arrecadação autoral é devida em favor do ECAD, pois o direito autoral deve ser preservado, não ficando fragilizado diante da falta de normatização das inovações tecnológicas. Em derradeiro, concluo pela legalidade da cobrança dos direitos autorais de programação veiculada via *broadcasting* (transmissão pelo ar) e *streaming* (transmissão pela internet). (**Apelação Cível – TJRS 70082912494, p. 32**)

Diante disso, foi dado provimento ao recurso de apelação do Autor (ECAD) e negado provimento ao recurso de apelação adesiva da Ré (de AELBRA – ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL LUTERANA DO BRASIL – ULBRA TV, CANAL 48), para o fim de conceder a tutela inibitória específica em favor do Autor, com a intimação da Ré, por Oficial de Justiça, com a determinação de que o estabelecimento demandado se abstenha de promover a

execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas, sem a autorização expressa de seus titulares de direitos autorais, nos eventos musicais que venham a ser programados tanto na modalidade de usuário permanente, como também, na de usuário eventual, até que obtenha a necessária autorização prévia do apelante, sob pena de pagamento de multa diária equivalente a R\$ 1.000,00(mil reais), até o montante acumulado de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Recentemente, a Google Brasil Internet Ltda., inseriu as músicas do requerente em sua plataforma de *streaming* Youtube Music, sem creditar a autoria da composição. No julgamento da Apelação Cível nº 1051417-97.2022.8.26.0100, a empresa Google Brasil Internet Ltda foi condenada a divulgar o nome do autor como compositor das músicas descritas na inicial e a pagá-lo indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido de correção monetária, fixada pela tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, desde este arbitramento e com juros de mora de um por cento ao mês, a partir do evento danoso.⁸³

Na Apelação n. 1050803-58.2023.8.26.0100, cuja Apelante Principal é a Ré AMAZON e Apelante Adesivo o Autor Alexandre José Flach, destaca-se a ementa:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. Veiculação de obras musicais do autor pela plataforma de streaming de música da ré, sem indicar os créditos autorais das obras. Sentença de parcial procedência, para condenar a ré a pagar R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, valor passível de correção, além de determinar que ela proceda a vinculação do nome do autor como compositor em todas as obras reclamadas (links indicados), em todas as modalidades, versões e veículos de sua plataforma de streaming de música, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 limitada a R\$ 10.000,00. Apela a ré, alegando nulidade da sentença por ausência de fundamentação adequada; ilegitimidade passiva; é impossível confirmar as informações de autoria das músicas; possui a necessária licença para disponibilização das obras no aplicativo, obtida das empresas licenciantes; impossibilidade de cumprimento da inclusão dos créditos em músicas indisponíveis; inexistência de violação de direitos autorais. Apela adesivamente o autor, buscando a majoração da indenização, a fixação dos juros de mora a contar da data do conhecimento do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e a majoração da verba honorária. Recurso da ré. Descabimento. Nulidade da sentença. Inocorrência. Sentença devidamente fundamentada na legislação aplicável (Lei nº 9.610/98). Ilegitimidade passiva. Não caracterização. Ré responsável pela veiculação do conteúdo em discussão, auferindo vantagem financeira, razão pela qual deve ser responsabilizada pela veiculação de forma inadequada. Reparação. Obras do autor disponibilizadas sem lhe conferir os devidos créditos. Afronta ao art. 24, II, da Lei nº 9.610/98. Pretensão de transferência da responsabilidade a terceiros, não sediados no Brasil, que não logra êxito, porquanto, de acordo com a legislação aplicável, a ré era responsável por fazer constar os créditos do autor, ainda que tivesse que buscar a informação de quem a detivesse, nada obstando que se volte regressivamente contra quem entender cabível, buscando se ressarcir dos prejuízos. Reconhecimento de que a quantidade de músicas disponibilizadas mundialmente e a alegada dificuldade de identificar as respectivas autorias não se prestam a justificar o descumprimento da lei tampouco a eximir a ré da responsabilização pertinente. Pertinência da manutenção da indenização, nos termos do

⁸³ TJSP- Apelação Cível nº 1051417-97.2022.8.26.0100. Relator: Galdino Toledo Júnior. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 30-01-2024. Data da publicação: 30-01-2024.

art. 108 da Lei nº 9.656/98. Recurso do autor. Cabimento em parte. Danos morais. Caracterização. Manutenção do quantum indenizatório, considerado apto a atender ao escopo satisfatório, educativo e punitivo da reparação. Incidência de correção monetária a partir da fixação e juros de mora a contar do evento danoso. Inteligência das Súmulas 54 e 362 do STJ. Majoração dos honorários recursais. Recurso da ré improvido. Recurso do autor parcialmente provido, para que incidam juros de mora sobre o valor da condenação a partir do evento danoso. (TJSP-Apelação n. 1050803-58.2023.8.26.0100. Relator: James Siano, DJe 20/04/2024)

No caso vertente, o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação de reparação de danos morais por violação de direitos autorais proposta por Alexandre José Flach em face de Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda., para condenar a ré a pagar R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, valor passível de correção, além de determinar que ela proceda à vinculação do nome do autor como compositor em todas as obras reclamadas (links indicados), em todas as modalidades, versões e veículos de sua plataforma de *streaming* de música, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 limitada a R\$ 10.000,00.

O Relator destacou que, o autor é compositor de diversas obras musicais, disponibilizadas pela ré na sua plataforma de streaming de música, sem indicar devidamente os créditos autorais das obras, violando o direito moral do autor, a motivar a propositura da ação, julgada parcialmente procedente. Comprovada a disponibilização das músicas em desconformidade com a lei, de rigor a responsabilização da ré pelos danos morais decorrentes, nos termos do art. 1082 da Lei nº 9.656/98, eis que o dano moral decorre da própria veiculação das obras (*in re ipsa*).⁸⁴

Desta forma, considerando a atitude do corréu, bem como o dano sofrido pelo autor, pertinente a manutenção da indenização estabelecida, apta a atender ao escopo satisfatório, educativo e punitivo da reparação. No entanto, o valor deve ser corrigido monetariamente a partir da fixação (Súmula 362, STJ), incidindo ainda juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54, STJ).

Em virtude disso, negou-se provimento ao recurso da ré e deu-se parcial provimento ao recurso do autor, para que incidam juros de mora sobre o valor da condenação a partir do evento danoso.

Considerada a artista de maior gravação global em 2014 pela IFPI, Taylor Swift removeu todos seus álbuns da rede do *Spotify* naquele mesmo ano. Seu ato representou a indignação de diversos artistas que não sentiam estar sendo pagos de forma justa pelo sistema de royalties dos serviços de *streaming*. (SIEGAL, 2014, s/p).

⁸⁴ Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em 19 de abril de 2024.

No Brasil, a comunidade de artistas também está atenta à polêmica do *streaming*. A Associação Procure Saber, que representa direitos dos artistas musicais, reunindo, entre outros, grandes artistas da música popular brasileira, como Caetano Veloso, Gilberto Gil, Djavan e Chico Buarque, acompanha o ingresso do serviço no mercado brasileiro e se preocupa que este processo ocorra garantindo uma remuneração justa dos criadores brasileiros. Em uma entrevista recente, Paula Lavigne, diretora presidente do grupo, explicou que a associação não é contra o *streaming*, e o reconhece como a nova tendência do mercado musical, e justamente por isso, se preocupa que os acordos celebrados com os provedores de conteúdo garantam o adequado reconhecimento dos direitos autorais dos artistas e criadores musicais (ORTEGA, 2015, p. 01)

Todavia, tal questão tem gerado propostas de implementações em outros países.

O Rei Charles III oficializou em 07 de novembro de 2023, a implementação da Lei dos Meios de Comunicação – Lei de Mídia (*Media Bill*), medida que objetiva a regulamentação de serviços de *streaming* no Reino Unido em conjunto com as redes de televisão.

Um dos principais pontos da Lei de Mídia é dar proteção para os serviços de rádio públicos do Reino Unido, como BBC, ITV e Channel 4. A medida expande o poder da *Ofcom*, regulamentadora de mídia do país, que passa a poder penalizar as plataformas de *streaming*, e busca garantir destaque e visibilidade para as produções nacionais na plataforma. (FOLHAPRESS, 2023, p. 01)

Publicada no começo de 2023, a *Media Bill* é uma medida para regulamentar serviços de *streaming* dos EUA, sob a estrutura regulatória da *Ofcom*, o que significa que as plataformas podem ser multadas em até £250.000 (US\$ 308.000 ou R\$ 1,4 milhão) ou totalmente restringidas no Reino Unido se violarem as regras previstas na Lei. (BARBAROSSA, 2023, p. 01).

Nos EUA, a cobrança do *streaming* encontra-se mais avançada: Na Flórida, de acordo com a ***Florida Technical Assisente Advisement nº 14A19-005, de 18/12/2014***, o *sales and use tax* (imposto sobre vendas e uso) não incide sobre venda e assinatura de *streaming* de vídeo digital (programas de televisão, filmes, eventos esportivos e eventos de notícias), porque não há transferência de domínio de bem material (tangível). Já no Estado de Idaho, o estatuto sobre bens digitais (***Idaho, H.B. 209***) foi alterado em 1/4/2015, para estabelecer que serviços de *streaming* não se sujeitam a qualquer tributação. O diferencial entre tratamento tributável e não tributável está no caráter temporário (*streaming*) ou permanente (*download*) do direito de uso. A instrução fiscal ***Tax Rule nº 5***, em 01/09/2015, e alterou o *Chicago Amusement Tax* (o que poderia ser traduzido como “imposto sobre entretenimento”) com o intuito de tributar as diversões desfrutadas por meio eletrônico. Departamento de Finanças de Chicago, tal tributação incide

“somente sobre o conteúdo objeto de acesso temporário, transmitido *on-line*” (e não à aquisição de shows, filmes, vídeos, músicas ou jogos baixados permanentemente para o dispositivo do usuário, mediante download). No Alabama, a **Administrative Rule nº 810-6-5-.09 [10]**, foi constituída para estender o *Alabama’s rental tax* (uma espécie de imposto sobre locação) ao *streaming* de vídeo ou áudio, com vigência a partir de 01/10/2015. De acordo com essa alteração, “transmissões digitais, filmes sob demanda, programas de televisão, *streaming* de vídeo, *streaming* de áudio e outros programas similares, disponibilizados aos clientes, independentemente do método de transmissão (seja mediante assinatura por período definido ou indefinido, seja sob demanda), são considerados bens tangíveis e sujeitos ao imposto sobre locação (que se assemelha à locação de bens móveis na legislação brasileira).⁸⁵ (REVOREDO, 2017, p. 2/3)

Desse modo, a medida amplia o poder da *Ofcom* (*Office of Communications*).

Para as plataformas digitais as novas regras podem inibir o interesse dos serviços de disponibilizar documentários para o público britânico.

O texto agora irá para aprovação do parlamento britânico, com discussão e votação de seus membros.

Todavia, a questão vem gerando polêmicas e discussões acirradas, principalmente nas plataformas de *streaming* das redes de televisão, que sofrerão medidas restritivas para que possam atuar nos países.

Empresas como a Netflix e o Prime Video criticaram a medida, dizendo que as regras de imparcialidade poderiam ter um efeito “dissuasor” sobre a iniciativa de disponibilizar documentários ao público britânico. No início deste ano, a Netflix ameaçou remover preventivamente filmes e programas de TV de seu catálogo local para evitar infringir as novas regulamentações, caso estas fossem oficializadas⁸⁶⁸⁷.

Caso aprovada, tal mudança irá atender os pedidos da população e uma parcela do governo, ao alinhar *streamers* com as emissoras.

⁸⁶ Como a maioria destes serviços estão situados em servidores web, popularizou-se o termo *webcasting*. O próprio ECAD parece se referir em seu Regulamento de Arrecadação, aos serviços de *webcasting* como *streaming* em geral.

⁸⁷ Para o autor: a mudança, no entanto, irá satisfazer os apelos da população e parte do governo para alinhar os *streamers* com as emissoras, dada a quantidade de conteúdo do Reino Unido que as plataformas norte-americanas produzem e quantos talentos britânicos eles adquiriram nos últimos anos. (ZULIANI, 2023, p. 2)

5 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AUTORAL: eficiência econômica da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 12.853/13).

Neste capítulo tratar-se-á da Análise Econômica do Direito como instrumento para o desenvolvimento econômico, com enfoque nas principais falhas de mercado.

5.1 Análise Econômica do Direito: instrumento para o desenvolvimento econômico.

A ideia de concatenar os estudos de Direito e Economia é, naturalmente, bem mais antiga do que a disciplina de Direito e Economia. É aqui que toma a expressão “Direito e Economia” como disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento “*Law and Economics*.” A expressão “Direito e Economia” e, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. No Brasil esta disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”. ⁸⁸(SALAMA, 2008, p. 09 e 05)

Empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre direito e economia, objeto de estudos de ambas as disciplinas, em que se nota pouca ou quase nenhuma aproximação, conhecimento ou divulgação das doutrinas desenvolvidas e aceitas em cada uma delas pela outra. Talvez apenas os filiados e estudiosos de *law and economics* ou de *law, economics and organizations* estabeleçam a ponte entre os dois campos de investigação. (SZTAJN, 2004, p. 27)

É importante estabelecer vínculos mais estreitos entre direito e economia, a fim de se conceber novas perspectivas de enfrentamento das questões discutidas ao longo do trabalho, em especial a Análise Econômica do Direito aplicada ao sistema estabelecido para o ECAD na legislação brasileira.

A Análise Econômica do Direito – AED é o movimento teórico de maior impacto no debate jurídico norte-americano e tem recebido amplo espaço acadêmico no Brasil. Dentre os autores da AED, no Brasil tem-se predileção peculiar por Richard Posner. O fato é que a obra de Posner conseguiu no Brasil, a despeito de se tratar primordialmente do *commow law*, gerar espaços importantes para o crescimento e disseminação da AED, servindo para tornar essa

⁸⁸ O autor ressalta a interdisciplinaridade da AED e aponta uma curiosidade interessante: No encontro inaugural da Associação Americana de Direito e Economia, reconheceu-se a existência de quatro “pais” (*founding fathers*) da disciplina: Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Henry Manne. Repare que, dentre estes quatro notáveis, um deles, Posner, não possui formação como economista (estudou Letras e depois Direito); um deles, Coase, não tem formação jurídica (só econômica); somente os dois últimos (Calabresi e Manne) possuem treinamento formal tanto em Economia quanto em Direito. (SALAMA, *Op. cit.*, p. 12)

disciplina mais acessível e abrindo caminho para que tradicionais ramos da cultura jurídica nacional incorporassem os modernos ditames da AED. (NÓBREGA et al, 2019, p. 303)

A teoria denominada Análise Econômica do Direito explica os princípios da Ciência Econômica, com destaque para a eficiência e a racionalidade, como forma de estudar o comportamento humano, as possíveis consequências de uma norma jurídica e o efeito econômico no Direito. Portanto, há uma correlação entre Direito e Economia. Não se trata de uma perspectiva completamente nova, pois os estudos envolvendo Direito e Economia são antigos. Mesmo que apresentados de forma isolada, trabalhos de Francis Hutcheson, David Hume, Adam Smith, Thomas Reid, Robert Burns, Adam Ferguson e James Hutton foram muito importantes para a Análise Econômica do Direito. Para esse movimento, a eficiência e a justiça devem ser analisadas em conjunto, pois, sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, a correlação desses institutos proporciona a maximização da riqueza coletiva, gerando ganhos sociais e econômicos para os indivíduos. (SANTOS, 2013, p. 92 e 102)

Assim, a AED funciona como metodologia de análise do fenômeno jurídico para a tomada de decisões.

A Análise Econômica do Direito nada mais é do que a aplicação instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do mercado econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas. (GICO JÚNIOR, 2023, p. 14)

A Análise Econômica do Direito – AED possibilita a deliberação de quais as regras legais são economicamente eficientes, examina o comportamento dos agentes econômicos e consagra os princípios da racionalidade, do equilíbrio e da eficiência. A partir daí, as pessoas escolhem suas preferências e respondem em consonância com os incentivos oferecidos a elas.

As ferramentas da Análise Econômica do Direito – AED auxiliam o Estado a encontrar regras *ex-ante* que induzam as pessoas a comportarem-se consoante os incentivos reforçadores positivos e de acordo com as limitações oriundas das punições previstas para as condutas reprováveis, especialmente quanto à preservação e proteção do meio ambiente. (BERGAMIM et al, 2015, p. 2016)

Desse modo, a Análise Econômica do Direito – AED avalia a eficiência das regras jurídicas, que regulam assuntos relacionados com a economia e que se encontram nos diversos ramos do Direito.

Para atingir seus objetivos, a Análise Econômica do Direito – AED faz uso da microeconomia, cujo principal interesse é estudar como o ser humano toma suas decisões, alocando recursos escassos em fins alternativos entre si, para maximizar suas escolhas e as consequências delas, partindo do pressuposto da racionalidade do agente responsável pela escolha, da escassez de recursos e do individualismo metodológico. (SILVA *et al*, 2015, p. 80)

Sabe-se que as pessoas têm suas preferências e, elas realizam as respectivas escolhas no contexto das situações que se apresentam diante delas. Assim, lembra-se que ao longo dos tempos as pessoas atribuem valor econômico às suas coisas (bens), produzindo a ciência econômica, a qual estuda a disponibilização dos recursos escassos, contribuindo para a tomada de decisões mais racionais, eficientes e satisfatórias. Nessa caminhada evolutiva, a ciência econômica vem propiciando aos agentes alternativas referentes aos fatos sociais e maior segurança decisória em relação às situações concretas dos respectivos meios sociais. (BERGAMIM *et al*, 2015, p. 204)

Sintetizando-se, a ciência econômica procura constantemente oferecer aos agentes intervenientes a maior eficiência. (COOTER; ULEN, 2016, p. 38)

Nesse mister, os Estados contemporâneos de economia de mercado têm adotado o planejamento econômico, visando atingir os objetivos e metas de progresso, via a coordenação de atividades, racionalização dos recursos existentes e incentivando os comportamentos econômicos e sociais geradores de bem-estar social. (BAUM, 2006, p. 303)

A Economia, por sua vez, é ciência analítica por natureza e aplica-se ao direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa. (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 36)

Desse modo, ver-se-á que Direito e Economia caminharão entrelaçados.

Ao estudar economia, observam-se os conceitos de eficiência e economicidade.

Para os economistas é claro que as pessoas precisam de incentivo para negociar, comprar, vender, investir, buscar sempre, sendo básicas as necessidades humanas de alimento, abrigo, proteção, de que decorre a demanda por moeda, poder e riqueza. Argumentam que mercados e concorrência acentua a ampliação das iniciativas dos agentes econômicos na busca de eficiência

e eficácia. Dizem que trabalhadores serão estimulados a empregar todas as suas aptidões na procura de melhores oportunidades para aumentar a renda e influência na sociedade com o que a alocação da força de trabalho torna-se mais eficiente. (SZTAJN, 2004, p. 40)

A Economia, por meio do arcabouço técnico científico, buscará descrever o fenômeno econômico, explicar suas causas e consequências, demonstrar a prognose (favorável ou desfavorável) quanto ao comportamento futuro da economia. Evidentemente, a interpretação do fato econômico pelo economista não é uma atividade neutra imparcial, pois dependerá, essencialmente, das pré-compreensões e da filiação acadêmica do economista-intérprete (escola estruturalismo cepalino, escola austríaca liberal, escola de Chicago, escola marxista, etc). (CLARK; CORREA, 2011, p. 42)

Desse modo, torna-se relevante a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito-AED.

A teoria econômica explica como os mercados servem para efetuar a coordenação dos planejamentos dos participantes que nele atuam, a fim de oferecer-lhes vantagens resultantes da especialização e da inovação.

O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca assinala que o ***princípio da eficiência*** teve uma abordagem bem mais ampla e mais profunda através dos ensinamentos trazidos pela Escola de Chicago, através do mentor da Análise Econômica do Direito, Richard Posner:

Segundo esse autor, a *economia normativa* dita a lei ao legislador, ao juiz e ao intérprete. Entende Posner que a economia não está destituída de uma escala de valores, impregnando-se dos valores fixados pela política, pela moral e pelo direito. O fundamento dessa escala de valores é a eficiência, entendendo ele que um dos sentidos de justiça é exatamente o da eficiência, pois o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações. Os instrumentos de que se serve nessa avaliação são as noções de preço, custo, custo das oportunidades, de gravação dos recursos em direção a um uso mais vantajoso. Para POSNER, a *eficiência* é a “utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens”.⁸⁹ (FONSECA, 2014, p. 26-27)

O termo “eficiência” tem diversas acepções. Uma das mais comuns diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Por exemplo, a produção de uma fábrica de automóveis será eficiente se não for possível produzir mais automóveis sem ter que também contratar mais funcionários, comprar novas máquinas, ou realizar novos investimentos. Mas é possível tornar a análise mais

⁸⁹ In POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, p. 03

interessante, fugindo de exemplos óbvios como este. Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$ 100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes, que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto das vítimas dos acidentes). A seguir, suponha que uma empresa possa investir \$ 2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$ 2 milhões para evitar custos de \$1 milhão ($1\% \times \$ 100 \text{ milhões} = \$ 1 \text{ milhão}$). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre. (SALAMA, 2008, p. 22-23)

Para Guimar Terezinha Estrella Faria, eficiência é o resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem, medido (o valor) pela agregada intenção do consumidor de pagar pelos mesmos bens. Ou seja, há eficiência quando se restringe o valor máximo proposto pelo vendedor, comparado ao valor máximo que se tem a intenção de pagar – havendo, portanto, ganhos para ambas as partes. (FARIA, 1994, p. 37)

O exercício de poder de mercado é, em primeira ordem, um problema de eficiência econômica, com efeitos negativos sobre o consumidor final e, mais genericamente, sobre a sociedade como um todo. Quando uma empresa detém e exerce poder de mercado, ela se apropria de parte da renda dos consumidores, que estão obrigados a pagar mais caro pelo que consomem. Este é um problema de transferência de renda dos consumidores que, embora afete diretamente os consumidores, não significa, em si, prejuízos líquidos para a sociedade como um todo. O problema de eficiência econômica ocorre porque as empresas, a fim de viabilizar o aumento de preços, reduzem a produção, o que gera uma perda social. Essa perda decorre de existir valor econômico nesta produção que deixou de ser feita, o que implica que trabalhadores que geram mais valor que seu salário deixam de ser contratados, que insumos são subutilizados e que os consumidores consumirão menos do que socialmente desejável. Em outras palavras, o exercício de poder de mercado implica a redução do valor gerado pela sociedade e, por isso, trata-se de um problema de eficiência econômica. (AZEVEDO, 2023, p. 262-263)

Quando se trata de eficiência, faz-se necessária a análise dos critérios de eficiência de Kaldor-Hicks e de Pareto:

O critério da eficiência de Kaldor-Hicks estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidade atribuído pelos indivíduos da sociedade, como visto na fórmula do bem-estar social. É preciso voltar ao exemplo de uma sociedade com três indivíduos: João, Pedro e Maria. Em uma situação inicial, João possui R\$ 100.000,00, Pedro possui R\$ 50.000,00 e Maria possui R\$ 40.000,00. Como consequência de determinada medida

política, “X”, João passará a possuir R\$ 150.000,00, Pedro R\$ 50.000,00 e Maria R\$ 20.000,00. Se adotarmos o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a medida deverá ser considerada eficiente, uma vez que aumenta o resultado da fórmula do bem-estar social. Basta verificar que no cenário inicial o bem-estar era de R\$ 190.000,00 (R\$ 100.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 40.000,00). Após a doação da medida “X”, o bem-estar passa a ser de R\$ 220.000,00 (R\$ 150.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 20.000,00).

A medida não pode, entretanto, ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. A metodologia de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida pode ser considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outra pessoa. Após a adoção da medida “X”, Maria deixa de possuir R\$ 40.000,00 e passa a ter apenas R\$ 20.000,00. Como a medida prejudicou Maria, não pode ser considerada eficiente pelo critério de Pareto.⁹⁰ (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 64)

Assim, pelo critério de Kaldor-Hicks, uma alocação será mais eficiente que a outra quando ela trazer mais prejuízos, relativamente à primeira situação, ou seja, deve ocorrer um maior ganho líquido de benefícios considerando um indicador de comparação. Assim, aplicando esse critério ao direito, observa-se que uma norma será mais eficiente que a outra se aquela produzir um ganho líquido maior para a sociedade. Do mesmo modo, uma atuação estatal será mais eficiente que a outra se ela trazer mais benefícios líquidos que esta atuação. (LOBATO NETO *et al*, 2015, p. 38)

No posicionamento de Posner, o critério de Kaldor-Hicks é muito criticado, mesmo por economistas, justamente por não garantir a maximização da utilidade. Para ele, não obstante, é incorreto afirmar que o critério de Pareto seja a única “acepção profissional normal” do termo eficiência. Por exemplo, quando os economistas dizem que o monopólio é ineficiente no sentido de Kaldor-Hicks, ou da maximização da riqueza e não no de Pareto. Pode-se defender o uso da palavra “eficiência”, no sentido de Kaldor-Hicks, como uma simples conveniência analítica que torna possível discutir separadamente as questões de alocação e as de distribuição. O próprio Kaldor defendeu esse uso e ainda apresentou um argumento ético que, em retrospecto, parece ingênuo. Kaldor afirmava que o governo sempre poderia transformar um aumento da riqueza em um aperfeiçoamento segundo Pareto, oferecendo com os dividendos dos ganhadores, compensação aos prejudicados. A possibilidade ou não de fazê-lo era “uma questão política,

⁹⁰ Para os autores, é fácil perceber que a regra da eficiência de Pareto é mais restritiva que a de Kaldor-Hicks. Na realidade, nem sempre é possível encontrar medidas que melhorem a situação de parte da sociedade sem prejudicar ninguém, ou seja, nem sempre é possível encontrar melhorias de Pareto. A metodologia de Pareto leva em consideração a diferença entre a maximização da utilidade e da riqueza. Isso porque, indivíduos podem atribuir utilidades distintas a uma mesma quantidade de riqueza. Maria, que possui uma renda menor que a de João, pode atribuir mais utilidade aos R\$ 20.000,00 que perdeu, do que João aos R\$ 50.000,00 que ganhou. Desta forma, o critério de eficiência de Pareto, apesar de mais restritivo, garante que o aumento de bem-estar se dê também em termos de utilidade. (PORTO; GAROUPA, *Op. cit.*, p. 64)

sobre a qual o economista, enquanto tal, não poderia emitir opinião⁹¹”. (POSNER, 2019, p. 109-110)

Thiago David, por sua vez, argumenta que o conceito de eficiência admitido pelo Direito é o de Kaldor-Hicks, pois mesmo que a situação de determinadas pessoas piore, a obtenção de maior bem-estar por outras admite a compensação e, assim, alcança-se a proporcionalidade em sentido estrito na medida em que os ganhos superem as perdas. Porém, a lógica do custo-benefício não pode ser vista de forma a apenas maximizar o bem-estar sem tutelar o mínimo existencial, de modo a ser exigência constitucional a proibição de excesso, de inoperância, bem como a tutela da dignidade humana enquanto valor-fonte a impedir a utilização de qualquer ser humano como meio e não como fim de toda a ação do Estado e de outros homens. Dessa forma, afasta-se a visão utilitarista e afirma-se um Direito “promocional” comprometido com o bem de todos e com a proteção de um mínimo existencial. (DAVID, 2010, p. 105)

A tese da eficiência do *common law* foi primeiro proposta por Posner em seu *Economic Analysis of Law*, onde sustenta que haveria uma lógica econômica implícita no *common law* de forma tal que seria possível descrever áreas inteiras do direito produzido pelos juízes em termos econômicos. Tais termos seriam capazes não só de explicar as doutrinas relacionadas a cada uma delas, mas de tornar claro que as áreas do direito seriam, na verdade, parte de uma unidade econômica: a Economia seria a estrutura profunda do *common law* e a doutrina a respeito de suas áreas seria a estrutura superficial do *common law*. (NÓBREGA *et al*, 2019, p. 359)

De acordo com Posner, a teoria econômica tem simultaneamente um papel “normativo” e “positivo” no estudo do direito e dos institutos jurídicos.⁹²

Segundo Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer, para Posner, *a Teoria Econômica* exerce papel analítico-interpretativo junto ao Direito em perspectiva normativa e positiva, tanto quando da criação da norma jurídica como quando da sua aplicação judicial. Na concepção deles, não se está, assim, a pugnar pelo vilipêndio das máximas jurídicas, mas, tão-somente, a redirecioná-las à realidade palpável da prática jurídico-econômica de mercado, segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro da dialética socioeconômico-normativo-construtiva. Através da interpretação ou

⁹¹ Kaldor parece ter sugerido que, se os prejudicados por alguma política merecerem compensação, o governo a oferecerá a eles; e que, portanto, um aumento da riqueza se transformará em um aperfeiçoamento de Pareto, exceto se houver algum motivo ético independente e convincente para não se seguir o princípio de Pareto. Mas, essa abordagem só é satisfatória se acompanhada do pressuposto de que o governo toma decisões segundo critérios éticos. (POSNER, 2019, p. 111)

⁹² POSNER, Richard. *Op cit.*, p. 17.

análise econômica do Direito, procura-se justificar a práxis jurídica de forma a verificar-lhe, como valor último, o fim inafastável de maximização de resultados e eficiência. O Direito, portanto, além de controlador social, passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo-benefício. (GONÇALVES; STELZER, 2009, p.35-36)

Para os autores, a Escola de Chicago tem embasamento na ética utilitarista e de maximização de riqueza, ainda relevando o valor do individualismo metodológico, economicista, neoclássico e de livre escolha. Seu objeto de estudo, ou, especificamente, a normatização -, é visto como sistema de restrições e recompensas em que são observados os comportamentos dos indivíduos, identificando-se os fenômenos como acontecimentos sistemáticos e passíveis de generalização teórica; os agentes, como maximizadores de seus próprios interesses – análise custo-benefício; a lei, como expressão da análise marginal do total das ações humanas; os bens e serviços, multidimensionais uns em relação aos outros; além da relevância dos dados histórico-estatísticos em relação aos fenômenos verificáveis e sujeitos à lei. A AED intenta analisar o dever ser jurídico através da Economia Positiva – descrição e normatização -, de forma a obter resultados eficientes como critério jurídico-legal. (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 40-41)

Todavia, sobre o tema, destaca Rodrigo Duflóth:

... Toda a ciência Econômica não pode ser reduzida tão somente à ideia de eficiência (ainda que seja muito importante). Não se trata de, como preconizam alguns, subverter a lógica da justiça à lógica da eficiência. Esta ideia talvez seja fruto de uma leitura atrasada de Richard Allen Posner, que escreveu, em 1980, *A economia da justiça*, propondo que a eficiência deveria ser um horizonte ético adequado para o direito e a prática institucional de um modo geral. Contudo, o próprio Posner, na obra *Problemas de filosofia do direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2007), revisitou seu posicionamento, concluindo, em linhas gerais, que não há, nem jamais poderia haver, razão científica para justificar a eficiência como um ideal superior aos demais. (DUFLOTH, 2023, p. 246-247)

Desse modo, o Direito consoante ao princípio da eficiência econômico-social reduz as externalidades, na proporção em que os custos são internalizados em decorrência da violação dos princípios morais.

A respeito, Paulo Márcio Reis Santos destaca que a Análise Econômica do Direito na perspectiva de Richard Posner é o da eficiência alocativa para proporcionar a maximização do bem-estar. Evidentemente, a atuação do Estado na adoção de políticas econômicas regulamentares institucionais é relevante para o alcance dessa eficiência. A devida alocação de recursos, inclusive políticos, é necessária para a efetividade da lei de defesa da concorrência. (SANTOS, 2013, p. 110-111)

Ronald Coase, por sua vez, tratou dos custos de transação como os custos de financiamento do sistema de mercado, ou seja, do mecanismo de preços, englobando toda sorte

de custo relacionado com negociação, ou com os contratos que irão instrumentalizar os negócios. Dentre outros: custos para encontrar o que se precisa no mercado, para obter as referências sobre o parceiro comercial que se apresenta, custos para exploração dos contratos, de monitoramento do seu cumprimento e custos para se fazer cumprir coercitivamente os pactos negligenciados. Os custos, terão, na visão do economista, um papel fundamental na fixação dos preços, mas igualmente nas escolhas do empresário. Por outra via de pensamento, as escolhas dos empresários irão refletir na fixação dos preços, conjuntamente aos impactos da oferta e da demanda. (RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 358)

Ronald Coase influenciou substancialmente a Escola de Chicago com suas obras “*The problem of Social Cost*” e “*The Nature of The Firm*”.

Ronald Coase mostra que, em situações em que os custos de transação são baixos, a barganha livre e cooperativa entre os agentes tende, automaticamente, a um resultado de maximização de ganhos, ou seja, a um resultado de eficiência. Entretanto, quando, por algum motivo (e no mundo real os motivos são vários), os custos de transação são significativos, a determinação legal - definida por uma decisão judicial ou por uma lei criada no legislativo, por exemplo - definirá o resultado final, que pode gerar resultados ineficientes. As “livres forças de mercado”, neste caso, são capazes de garantir a eficiência do sistema, diferentemente do que a teoria econômica (neoclássica) conclui. Por outro lado, às instituições legais – cortes judiciais, leis, Poder Executivo etc. – cabem parcela da responsabilidade pelo alcance da maximização de bem-estar social. Por isso que Coase afirma que “na verdade, são as instituições que governam o desempenho de uma economia” (COASE, 1998, p. 73). Pode-se, então, dizer que as instituições legais agem de duas formas sobre o resultado econômico final: *ex ante*, elas determinam o nível dos custos de transação daquela economia. *Ex post*, elas têm o potencial de “correção” de resultados ineficientes. (YEUNG, 2023, p. 338)

Assim, para Coase, os direitos de propriedade deveriam ser bem delimitados, bem como as leis deveriam viabilizar a diminuição dos custos de transação.

Ao fazer uma análise da obra de Coase, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein ponderam que o Teorema de Coase⁹³, apesar de corresponder ao que ele escreveu, não retrata integralmente o pensamento do autor, pois o próprio Coase afirma que a enunciação do Teorema

⁹³ Os autores destacam que o Teorema foi inspirado no artigo *The problem os Social Cost* de Ronald Coase, mas foi enunciado por George Stigler (STINGLER, 1966, p. 13), sendo que a formulação mais conhecida é a seguinte: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio de barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importando a configuração legal inicial acerca da propriedade desse bem”. (RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 362)

teve um efeito pernicioso, já que reforça a suposição de custos de transação zero. Apesar do Teorema de Coase estar correto, deve-se observar que o mundo sem custos de transação tem pouca semelhança com o mundo real. Para os autores, apesar de Coase ter realmente apontado a possibilidade de soluções de mercado para problemas – como o das externalidades – que antes eram tratados como falhas de mercado e que exigiram necessariamente atuação estatal, o que o autor demonstrou é a possibilidade de, com a inclusão dos custos de transação, realizar-se uma análise comparativa de eficiência entre os arranjos e mercados estatais factíveis, reais e não arranjos teóricos desvinculados da realidade. (RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 362)

Já os autores Luciano Timm e João Francisco Guarisse tratam do direito contratual e da consequente responsabilidade do Estado:

Já o direito contratual é a regulação jurídica (e essencialmente estatal) do contrato, instituindo regras, por exemplo, sobre sua formação, execução, nulidade e os direitos das partes (seja por meio de precedentes vinculantes das cortes como no sistema de *common law*; seja em leis, como no sistema de *civil law*). O direito contratual tem por principal objetivo identificar um certo número de transações (contratos, no sentido apresentado no parágrafo anterior) e permitir que eles sejam judicialmente executáveis graças à sua relevância social. Cada Estado fará isso de forma distinta, reconhecendo algumas transações como contratos judicialmente executáveis e outras não. Por exemplo, a venda de marijuana é válida na Holanda, podendo contar com a proteção estatal, enquanto o mesmo não é verdade, por exemplo, no Brasil (ou seja, um contrato permitido pelo direito contratual holandês). Isso não quer dizer, obviamente, que não haja compra-e-venda de maconha no Brasil (contrato), mas sim que essas transações não são reconhecidas pelo direito contratual brasileiro, não podendo o vendedor da substância entorpecente mover uma ação judicial para cobrar a dívida. Mas o direito contratual não tem apenas a função de individualizar aqueles contratos que poderão ser judicialmente executáveis. Ele também cria incentivos para o comportamento das partes. Nesse sentido, a forma como os contratos são regulados é distinta em jurisdições diferentes, embora o incentivo ao cumprimento do acordo possa ser idêntico. Assim, algumas jurisdições favorecem as perdas e danos como remédio em caso de inadimplemento (por exemplo, países de Common Law), enquanto outras preferem a execução específica da obrigação da parte inadimplente (por exemplo, países de Civil Law como o Brasil). (TIM; GUARISSE; 2021, p. 158)

De acordo com o Teorema de Coase, o acordo entre as partes tende, de fato, a soluções socialmente eficientes. Assim, a intervenção estatal somente fará sentido quando ela levar a soluções melhores e mais eficientes do que o acordo das partes sozinho conseguiria atingir. Logo, a função geral da intervenção jurídica nos contratos é superar os erros e ineficiências que surgem a partir das falhas de mercados, em especial aos custos de transação. (TIMM; GUARISSE, 2023, p. 172)

A teor do Teorema de Coase, a lei deve incentivar a barganha a fim de diminuir os custos de transação.

Nos dizeres de Robert Cooter e Thomas Ulen: “a diminuição dos custos de transação lubrifica a barganha”. (COOTER; ULEN, 2016, p. 93)

Cooter e Thomas Ulen asseguram que o direito deveria associar aos benefícios e custos privados dos agentes com os benefícios e custos sociais, além de que os incentivos são tidos como eficientes quando aquele que toma decisões internaliza os custos e benefícios marginais de sua ação. (SAMPAIO *et al*, 2015, p. 180)

A teoria dos jogos oferece modelos que permitem entender melhor a origem do Estado (A). A teoria econômica, pelos ensinamentos da Escola da *public choice* (escolhas coletivas), formula um modelo detalhado do funcionamento da ordem política nas democracias representativas como a nossa (B). No plano normativo, a teoria do bem-estar (*Welfare theory*) propôs a concepção de missões propriamente confiadas ao Estado. Convém apreciá-las à luz do ensinamento da *public choice* (C). (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 154)

A utilização da teoria dos jogos (*game theory*), como ferramenta importante da análise do fenômeno jurídico, advém da afinidade existente entre ambas as áreas. (CALIENDO, 2009, p. 60)

De acordo com a teoria dos jogos, analisam-se os comportamentos e estratégias dos jogadores ou agentes e, conseqüentemente, o resultado de suas ações dependerá das ações dos outros.

Considerando-se que o Direito e a teoria dos jogos versam ao mesmo tempo, sobre as decisões respectivamente tomadas por eles diante de um contexto de expectativas mútuas, é incontestável a aproximação entre as duas esferas. Similarmente aos demais modelos econômicos, a teoria dos jogos constitui uma forma de simplificação da realidade. O que não significa que não configure um dos modelos mais propícios no âmbito da decisão estratégica. (SAMPAIO *et al*, 2015, p. 181)

A teoria dos jogos tem sido crescentemente utilizada no Direito, basicamente por dois motivos. O primeiro é que a teoria dos jogos provê uma estrutura de análise útil para prever o impacto de leis, constituições, normas sociais, etc, na sociedade, pois estas representam restrições ao comportamento das pessoas. Conseqüentemente, agentes racionais levam em consideração estas restrições para escolher a melhor ação possível para alcançar seus próprios objetivos. Dessa forma, a teoria dos jogos pode ajudar juristas e legisladores a analisar e entender as conseqüências de determinadas estruturas legais. O segundo motivo é que, por avaliar as conseqüências das leis, a teoria dos jogos pode ajudar profissionais das áreas jurídicas a

desenharem sistemas para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados.⁹⁴ (HILBRECHT, 2023, p. 109-110)

Na linguagem da teoria dos jogos, uma relação comercial pode ser enquadrada como um dilema do prisioneiro⁹⁵. Cada jogador possui duas estratégias possíveis: cooperar; ou 2) agir de forma oportunista. Nesse jogo, supõe-se que cada jogador, de modo independente, quer aumentar ao máximo seu próprio bem-estar. O traço distintivo dessa situação é que ambos os jogadores obteriam um resultado melhor se colaborassem. No entanto, cada jogador é incentivado individualmente a escolher uma estratégia oportunista e defraudar a outra parte, mesmo após ter prometido colaborar. Se uma parte sabe que a outra irá cooperar, ela tem incentivos para agir oportunistamente, pois isso melhora sua situação (de zero para cinco unidades). Quando ambos agem de forma oportunista, nenhum tem incentivos para alterar seu comportamento, já que isso pioraria sua situação (de cinco para zero unidades). Quando ambos agem de forma oportunista, nenhum tem incentivos para alterar seu comportamento, já que isso pioraria sua situação (de cinco para zero unidades). Dessa forma, o jogo chega a um equilíbrio em que ambas as partes agem oportunistamente. No entanto, este não é um ótimo de Pareto (pois é possível melhorar a situação de cada um dos jogadores, sem piorar a situação de nenhum, desde que ambos cooperem)⁹⁶. (TIMM; GUARISSE, 2023, p.169)

Registre-se que a característica fundamental do dilema dos prisioneiros é justamente o conflito existente entre os interesses coletivos e o autointeresse dos jogadores. Tal dilema configura uma importante estrutura na teoria dos jogos e aparece em diversas situações de natureza econômica, política social e jurídica.

O atual movimento de análise econômica do direito começou, verdadeiramente, com o artigo de Ronald Coase, publicado em 1960, sobre o custo social. A ciência econômica tinha, ao longo da primeira metade do século XX, chegado a formalizar a intuição que remonta a Adam

⁹⁴ Para o autor, assim como a teoria econômica, a teoria dos jogos busca simplificar as situações o suficiente para revelar quais são os elementos essenciais na ação. (HILBRECHT, 2023, p. 110)

⁹⁵ O contexto original do dilema dos prisioneiros envolve dois suspeitos de um crime, chamados aqui de Pedro e Paulo, suas disposições em confessar o crime cometido e a polícia que os capturou. Os dois suspeitos são capturados e colocados em celas separadas, de forma que não conseguem se comunicar. A polícia não tem sólidas evidências de que cometeram o crime e oferece a cada um separadamente a chance de confessar e delatar o outro. Se nenhum confessar, ambos serão condenados por um delito menor, pegando dois anos de cadeia cada um. Se ambos confessarem, pegarão uma pena maior por causa da maior gravidade do delito, mas terão um redutor na pena por terem cooperado com a investigação. Neste caso, cada um passará seis anos na cadeia. Se um confessar e o outro não, o que confessou pegará apenas um ano de cadeia e o outro pegará dez anos. Neste jogo, ambos os prisioneiros têm uma estratégia dominante que é confessar. A solução natural então é ambos confessarem e pegarem seis anos de cadeia cada. Entretanto, ambos (coletivamente) estariam melhor se não confessassem, pois pegariam apenas dois anos cada um. (HILBRECHT, 2023, p. 113-114)

⁹⁶ Chega-se a um equilíbrio quando nenhuma parte, individualmente, tem incentivos para alterar seu comportamento.

Smith, segundo o qual a economia, deixada nas mãos dos atores, evolui, geralmente, para os melhores arranjos do ponto de vista de bem-estar de todos. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 202)

Segundo a Teoria de Coase, “quando os custos de transação são zero, as negociações particulares levam a um uso eficiente dos recursos, independente de quem a lei determinar o direito de propriedade”. Para ilustrar, vejamos um exemplo clássico, o do fazendeiro e pecuarista. Se uma lei determina que pecuaristas são responsáveis pelas cercas para o gado não comer a lavoura vizinha e os pecuaristas podem negociar com os fazendeiros de grãos, as cercas serão feitas de forma mais baratas, talvez até ao redor das plantações e não nos pastos do gado. Neste exemplo, não importa quem pagará mais, mas, o total gasto será menor com negociações particulares, o que certamente refletirá para a sociedade. No entanto, se os custos de transação (muitos agentes, dificuldade de comunicação, entraves burocráticos...) forem altos o suficiente para impedir as negociações, então o uso eficiente dos recursos vai depender do que for determinado por lei, ou seja, de como foi estabelecido pelo instituto de direito de propriedade. (VERA, 2023, p. 206)

Ronald Coase, em relação à descoberta do preço de qualquer bem no mercado, explica que, embora tenha custo, ele é inferior ao que seria incorrido se não existissem mercados.⁹⁷ (SZTJAN, 2004, p. 63)

À luz dos custos de transação de Coase, existe a evidente necessidade de o Estado proteger e assegurar o direito de propriedade. Imaginem se os produtores, além de gastarem com investimentos em suas lavouras tivessem que pagar seguranças para evitar invasões ou saques de sua produção. O custo seria altíssimo não só para quem produz, mas para a sociedade. Os consumidores pagariam caro por estes produtos. A garantia clara do direito de propriedade pelo Estado reduz custos de transação e cria incentivos e garantias para a produção e inovação tecnológica, o único fator determinante de crescimento econômico no longo prazo. Por consequência, alavanca a geração de riqueza e o crescimento econômico, essencial para se avançar em direção ao bem-estar social e a tão almejada justiça distributiva. (VERA, 2023, p. 203)

⁹⁷ Para a autora, por tornarem eficiente a troca econômica, mercados são importante instituição das economias capitalistas, mas a liberdade de agir em mercados, pelas desigualdades entre as pessoas, precisa de intervenção do Estado que disciplina, mediante mecanismos de controle, as relações intersubjetivas nos mercados. Destaca que as organizações econômicas visam, de forma eficiente, reduzir os custos de produção mediante a utilização de mecanismos que gerem o máximo de benefícios líquidos. (SZTJAN, 2004, p. 17 e 63)

Ao tratar do exemplo clássico do fazendeiro e do pecuarista, Fabiano Teodoro de Resende Lara assinala que a propriedade intelectual não é um campo de pastagem. A utilização em excesso, decorrente de um regime em que não exista propriedade, por si só, não gera ineficiência econômica. Pelo contrário, uma vez criada a obra de propriedade intelectual, o mais eficiente é sua ampla divulgação. Divulgada amplamente, sem custos de transação, a obra intelectual promoverá amplo desenvolvimento porque tenderá a ser utilizada nas circunstâncias de maior eficiência econômica. Obviamente, a destruição do regime da propriedade intelectual garantiria a eficiência na distribuição do conhecimento já produzido, mas inviabilizaria a produção de novos conhecimentos, ou pelo menos a divulgação. (LARA, 2023, p. 376-377)

Para o autor acima citado, a propriedade intelectual não encontra a limitação da exclusividade e irreprodutibilidade, que são pressupostos no pensamento de Coase.

Não se pode afirmar que o Teorema de Coase – a ideia de que existindo custo de transação haveria deslocamento dos bens para seu uso mais eficiente – seja aplicável à propriedade intelectual. O pensamento de Coase, no “*The problem social of cost*” (1960), pressupõe a exclusividade e a irreprodutibilidade do objeto ou do direito. Os conflitos narrados por Coase naquele artigo pressupõem a exclusão de um direito por outro. O terreno presta-se ao gado ou à agricultura, mas nunca aos dois.⁹⁸ (LARA, 2023, p. 377)

A autora Rachel Sztajn, por sua vez, assinala que a organização da atividade econômica no feixe de contratos descritos por Ronald Coase é o mecanismo, até o presente, que melhor defende à busca de soluções para reduzir custos derivados de falhas de mercados. Sustenta que, sem empresas a produção em massa de bens e serviços para atender às necessidades das pessoas ficaria insegura, aumentando custos sociais gerados com a incerteza da existência de bens ofertados de forma contínua. E arremata: mercados, embora necessários para tornar eficiente a troca econômica, não garantem a constância da oferta, razão pela qual, o agente que pretenda manter presença continuada e sem sobressaltos em algum setor da economia, oferecer bens de consumo ou bens duráveis, até mesmo bens de produção, de forma reiterada, não pode depender das contratações pontuais. (SZTAJN, 2004, p. 222)

⁹⁸ O autor ainda pondera: Para que a reflexão não fuja do pressuposto da economia de mercado presente no pensamento de Coase, a atribuição da titularidade da exploração comercial da obra intelectual ao criador ou ao que primeiro usar industrialmente a inovação independentemente de tê-la criado, altera substancialmente o produto social final. É claro que haveria forças de mercados tendentes a deslocar a obra para seu melhor uso, mais eficiente. E ainda: os institutos da propriedade intelectual não têm objetivo de eficiência na exploração da obra intelectual, mas incentivo à sua produção, por meio da proteção aos investimentos do agente inovador. A obra intelectual, ou melhor, a divulgação da obra intelectual só ocorre se o agente tem perspectivas de obter lucros. (LARA, 2023, p. 379 e 376)

Para Coase, o problema central do mercado está atrelado aos custos de transação. Na concepção dele, o mecanismo de preços no mercado existe para fazer predominar o uso mais vantajado. Assim, estabelecido o direito de propriedade, as pessoas podem negociar a um custo baixo, atingindo assim um ótimo resultado.

O Teorema de Coase funciona bem quando os direitos de propriedade são bem definidos, transferíveis e os custos de transação são desprezíveis. A vida em sociedade nos apresenta diversos exemplos de ***barganhas coasianas***. Por exemplo, em 2006, nos EUA, a solução coasiana foi aplicada de forma perspicaz pelo grupo ativista conhecido como *pro-life* (pró-vida) contra as clínicas de aborto. Basicamente, o grupo comprou imóveis nos quais havia as clínicas, e em seguida, proibiram tais práticas em seus recém-adquiridos prédios. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023. p. 66)

Ao comentar tal questão, a autora Flávia Santinoni Vera pondera que o papel do Estado em definir claramente regras do jogo (leis, jurisprudências e normas sociais claras e eficientes) é fundamental para ludibriar as transações e diminuir custos de transação. Os indivíduos que compõem os mercados precisam de segurança para operar o bem, para transacionar.⁹⁹

Posner considera a questão do papel do Estado na alteração da distribuição da renda ou riqueza. Para ele, o economista se interessa pelas consequências da redistribuição relacionadas à eficiência, mas apenas em um sentido limitado, desconsiderando a possibilidade de a estrutura social ser dilacerada pela redistribuição ou pelo fracasso desta. Mas, uma sociedade não deve ser considerada “desordenada” simplesmente porque suas instituições permitem certo grau de redistribuição imposta pelo Estado. (POSNER, 2019, p. 53)

Daí a importância de o Estado elaborar incentivos visando às negociações. Consequentemente, todos da sociedade irão se beneficiar.

Todavia, nem sempre a intervenção estatal resulta numa solução mais eficiente. Porém, para muitos a intervenção do Poder Público, em inúmeros casos, pode ser apropriada.

5.2 Principais falhas de mercado.

A microeconomia ocupa-se do estudo das causas de falhas de mercado e dos possíveis meios para corrigi-las. O conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, refere-se a

⁹⁹ Um exemplo de custos de transação clássico é, em um quarto de dormitório, duas pessoas podem negociar e o fumante pagar para o não fumante para que ele não fume. Já em um ônibus de 40 pessoas, não há como fazer esse tipo de negociação, pois o custo de transação sobe absurdamente. (VERA, 2023, p. 206)

circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições refletem desvios de condições ideais de um sistema competitivo: indivíduos e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, passam a agir em dissonância com o interesse social. Desse modo, falhas de mercado podem ser vistas como situações em que a atuação em busca de seu puro auto interesse leva a resultados não eficientes. São frequentemente associadas a assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades ou bens públicos. A sua existência é muitas vezes usada como justificativa para a intervenção governamental em um mercado particular.¹⁰⁰ (PORTO, GAROUPA, 2022, p. 73)

Evidentemente, falhas de mercado são danosas por comprometerem a concorrência e por isso devem ser coibidas.

“Mercado” é qualquer situação em que pessoas que têm bens ou serviços para oferecer e procuram apresentar-se frente a pessoas interessadas em obtê-los, ou, ainda, aquela em que muitos compradores potenciais buscam se apresentar frente à pessoa ou às pessoas que tenham bens ou serviços a oferecer, podendo, portanto, os dois fenômenos ocorrer simultaneamente. Os primeiros mercados aparecem bem cedo na história: são os mercados de produtos agrícolas, as feiras e os *souks*. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 91)

Na concepção econômica, o mercado é a interação real e potencial de compradores e vendedores na formação de preços. (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 07)

Os custos totais de uma empresa são formados pelo somatório dos custos de produção¹⁰¹ (CP) e de transação (CT). Consequentemente, uma condição necessária, mas não suficiente, para uma organização ter viabilidade econômica é que as suas receitas auferidas sejam superiores ao somatório dos custos. Para isso ocorrer, é fundamental que as organizações controlem seus custos. (LOBATO NETO *et al*, 2015, p. 16)

Para POSNER (2007, p. 83), os custos seriam de três tipos:

*Estos costos seriam de três tipos, de los cuales los dos primeros son **costos de transacción**. Los **costos de rastreo** son los que resultan de la identificación del tenedor del copyright, quien podría ser el heredero remoto del autor original. Los **costos de negociación** son los que implica la negociación de una licencia com el tenedor del copyright. **Costos de asignación**: em la medida em que la obra registrada sea um bien*

¹⁰⁰ Os autores pontuam que tal análise desempenha um papel importante no que se refere às decisões sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços salários e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado também levam a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de **falhas de governo**). (PORTO, GAROUPA, 2022, p. 87)

¹⁰¹ São custos relacionados diretamente à elaboração do produto ou à realização do serviço (despesas de produção) ou de transformar investimentos em receitas.

público puro, cualquier precio positivo de su uso podría inducir a la substitución por algo cuya producción cueste más a la sociedade o sea de calidad inferior.

Ao tentar explicar por que as empresas existem, COASE (1990, p. 33 a 55) revolucionou o pensamento econômico ao observar que nos mercados existem custos de transação para se usar os mecanismos de preço; os quais devem ser levados em conta pelos agentes econômicos. Posteriormente, WILLIANSO (1991, p. 556 a 558) percebeu que os custos de transação tinham uma dimensão mais ampla, pois eles ocorrem sempre que houver uma interface tecnologicamente separável resultante da divisão de trabalho, tendo em vista que a informação é imperfeita e possui custos. Nesse diapasão FIANI (KUPPER e HASNCLEVER orgs. 2013, p. 172), esclarece que os custos de transação são os custos que resultam quando um ativo – um recurso produtivo – atravessa uma interface tecnológica – passa de uma etapa do processo de trabalho para outra. Isso acontece tanto no interior de uma empresa, como numa transação de mercado. (LOBATO NETO *et al*, 2015, p. 16)

A fórmula dos mercados foi compreendida e progressivamente refinada. Cabe ao CADE- Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça) a função primordial de fiscalizar a ação dos agentes no mercado, a fim de prevenir ou reprimir as práticas concorrenciais contrárias à livre concorrência.

De fato, a Economia assinala quatro casos clássicos de falha de mercado. O primeiro deles é grave e consiste na ocorrência de bens para os quais não existirá um mercado: o caso dos bens públicos. O segundo caso é o das externalidades, ou efeitos que um mercado gera, mas que não são internalizados pelo sistema de trocas; assim, o mercado não se traduz na forma mais eficaz da barganha. Essas externalidades, podem ser positivas ou negativas. O terceiro caso é o da assimetria da informação que se explica pela ocorrência de detenção de informações de forma não equitativa entre os indivíduos envolvidos num mercado, de forma que os resultados das trocas de mercado são imperfeitos. Esse caso não é identificado a um mercado específico. Trata-se de falha que pode acometer não importa qual mercado, sendo alguns mais propensos à sua ocorrência, conforme a possibilidade de um agente deter mais informações que outros. A ação estatal associada junte-se, mormente, ao poder de polícia do Estado de fiscalizar a conduta correta dos agentes de mercado nos negócios empenhados. Ademais, o mercado falha quando se formam monopólios e não se pode coibi-los, como no caso de monopólios naturais ou patentes. Esse é o quarto caso de falhas de mercado.¹⁰² (BERDOLIM, 2009, p. 436-437)

¹⁰² Para a autora, a regulação no campo da Economia é definida como a intervenção estatal devidos às falhas de mercado, do que tais monopólios e mesmo os bens públicos são exemplos.

Dentre as principais falhas de mercado, que afetam o equilíbrio entre preço e demanda da concorrência perfeita, serão analisadas: a) bens públicos; b) competição imperfeita; c) externalidades; d) assimetria de informação; e e) monopólios naturais.

5.2.1 Bens públicos

Outra falha de mercado importante, sobretudo para o Direito, decorre da existência de bens públicos. Em diversas áreas do direito público, pode-se observar regulações que se ocupam da gestão desses bens. Em economia, chamamos de “bem público” todo e qualquer bem que é, simultaneamente, não rival e não excludente. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 78)

Em seguida, argumentam os autores que, no mundo real, entretanto, não existem bens absolutamente não rivais e não excludentes. Contudo, os economistas acreditam que alguns aproximam-se o suficiente desses conceitos para a elaboração de uma análise útil. Já para o Direito, são bens públicos: o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público. Ou seja, para os juristas a qualificação de um bem como público está ligada, por um lado, à titularidade pelo Poder Público ou à disponibilidade de sua utilização para a coletividade de forma livre (como as praias, praças ou ruas, por exemplo). Em qualquer desses casos, o bem será considerado juridicamente público. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 79)

O conceito de bens que leciona a teoria econômica vem desde a Revolução Marginalista, ocorrida em finais do século XIX. Essa dita revolução restaurou o liberalismo de Smith, dando à Economia o contorno de uma verdadeira teoria científica e implementando as bases da economia moderna (BERTOLIN, 2009, p. 428). Carl Menger foi pioneiro ao definir o conceito de bens:

As coisas capazes de serem colocadas em nexos causais com a satisfação de nossas necessidades denominam-se utilidades e passam a ser bens na medida em que reconhecemos esta ligação e temos a possibilidade e capacidade de utilizar as referidas coisas para satisfazer efetivamente às nossas necessidades.

A qualidade que faz com que uma coisa seja um bem não é inerente ao respectivo bem, ou seja, não constitui uma qualidade da própria coisa, mas sim um nexo no qual certas coisas se encontram com referência ao homem. (MENER, 1988, p. 33-34)¹⁰³

¹⁰³ O autor define como conjunto de bens: os bens reais (bens-coisas) úteis e ações e omissões humanas úteis, dentre as quais a prestação de serviços. Para ele, a economia é o conjunto das atividades do homem orientadas para os objetivos de adquirir e maximizar a utilidade atribuída aos bens desejados. (MANGER, 1988, p. 37 e 59)

Para promover a eficiência, o Estado organiza, direta ou indiretamente, a distribuição dos “bens públicos”, cujos benefícios não se restringem aos que pagam por eles; e que, portanto, produzidos em quantidade insuficiente pelo mercado. Um desses bens públicos é um sistema jurídico que corrija as fontes de falha do mercado, como as externalidades. (POSNER, 2019, p. 123-124)

A respeito, assinala Aline Bertolim, destacando que a teoria dos bens públicos constitui a teoria da exceção no campo da Economia do setor privado. Ela é assim, a base da chamada Economia do setor público. Em outros termos, ela está para a teoria das finanças públicas assim como a teoria do consumidor e da firma estão para a teoria econômica do setor privado. A teoria das finanças públicas ou Economia do setor público se ocupa em estender a esse setor os princípios do uso eficiente dos recursos. Em seguida, a autora questiona:

Do que consiste o sistema de mercado? No que disciplina a oferta do bem, num mercado de bens privados, cada indivíduo efetua lances naturalmente e mesmo tacitamente em cada ato de aquisição de um bem ou serviço. Com base na probabilidade dessa demanda, e nos custos de produção, as empresas determinam a quantidade ofertada. O preço será o resultado de um processo de barganha, onde os lances dados, em um determinado nível corresponderão aos custos de produção, estabelecendo-se, pois, a troca. Tanto mais as pessoas necessitem do bem, mais valor atribuirão a ele, e tantas mais unidades serão adquiridas. Esse equilíbrio idealizado repousa sobre o conteúdo de utilidade acima explicitado, originário do trabalho dos marginalistas. (BERTOLIM, 2009, p. 430 e 432)

No Direito, coisa é tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas; e bem seria sinônimo de coisa¹⁰⁴, embora haja divergência entre autores quanto à sinonímia perfeita. Bens públicos são a expressão que designa os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados. (MEDAUAR, 2016, p. e 294 e 296)

Nos termos do art. 98 do Código Civil:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Com base nesse dispositivo, José dos Santos Carvalho Filho conceitua bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os

¹⁰⁴ Para a autora **coisa** e **bem** são considerados sinônimos, preferindo-se empregar a expressão **bens públicos**, pois assim é utilizada na legislação (por ex. art. 99 CC) e doutrina pátrias. (MEDAUAR, *Op. cit.*, p. 294)

Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1.139)

Para Marçal Justen Filho, os bens públicos são bens jurídicos, utilizada a expressão na acepção clássica da Teoria Geral do Direito. Isso significa, num sentido amplo, que são bens dotados ou não de existência física, que podem constituir objeto de uma relação jurídica. Enquadram-se como bens públicos aqueles que sejam de titularidade de uma pessoa estatal. Seguindo a definição do art. 98 do Código Civil, somente são qualificados como bens públicos aqueles de titularidade de uma pessoa jurídica de direito público. (JUSTEN FILHO, p. 2015, 1.159 e 1.160)

A economia vislumbra bens públicos como todos os que não são rivais e não excludentes, ou melhor, não há impedimento de seu uso por parte dos demais e nem tampouco redução de disponibilidade. Enquanto, para o Direito, os bens públicos são todos regidos pelo Direito Público, seja para o uso direto ou indireto da coletividade ou uso direto pelo Estado como um todo.

Logo, na economia os direitos autorais têm características de bem público puro, pois, são não rivais, na medida em que o consumo de uma pessoa não impede o de outra pessoa, e não excludentes, tendo em vista que é difícil impedir o consumo de uma obra sem que haja contrapartida, pagamento, por ela.

5.2.2 Competição imperfeita.

Mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, “custos de transação”. Os “custos de transação” aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das restrições que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos “custos de transação” produz ganhos reais para todos os participantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos outros. A troca é um jogo de soma positiva. Os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem “no mercado”, de forma que cada participante, ofertante tanto quanto comprador, busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais importantes

serão os ganhos. Este, dir-se-á em jargão moderno, é o efeito da concorrência¹⁰⁵. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 93)

Os mercados concorrenciais são interessantes para a sociedade, pois geram competições entre os agentes econômicos e, conseqüentemente, mantém os preços mais próximos ao custo de produção. Na concorrência perfeita qualquer empresa pode entrar ou sair do mercado quando quiser, sem sofrer restrições das demais concorrentes, tais como práticas desleais de preços e associações de produtores visando impedir a entrada de empresas novas.¹⁰⁶ (SOUSA, 2008, p. 40-41)

Mercados não concorrenciais oferecem riscos para o livre exercício das atividades econômicas. Porém, é necessário que existam regras para disciplinar a estrutura e o funcionamento destes mercados, para evitar ~~prejuízos~~ ao bem-estar da coletividade, satisfazer as necessidades individuais e promover a circulação de riquezas.

O mercado, em uma situação de competição perfeita, tendo ao equilíbrio entre oferta e demanda, pois, uma vez que todos são tomadores de preço, nenhum tem condições de subir o seu preço, sob pena de não conseguir vender sua produção, já que existem muitos concorrentes dispostos a vender por um preço mais baixo. (SILVA *et al*, 2015, p. 84)

A propósito, assinalam os autores acima citados que a situação de concorrência perfeita é considerada ideal para o funcionamento da economia e é a partir desse quadro, que os incentivos fiscais são implementados, desde que presentes os seguintes pressupostos: i) produção de bens homogêneos; ii) inexistência de barreiras à entrada ou à saída; iii) ofertantes e consumidores plenamente informados; iv) inexistência de custos de transação; v) agentes tomadores de preço; vi) inexistência de externalidades. (GICO JÚNIOR, 2007, p. 48)

A concorrência perfeita pressupõe multiplicidade de compradores e vendedores, em número tal que a participação de cada um deles na oferta ou na procura global seja insignificante, isto é, capaz de afetar de forma sensível os volumes oferecidos ou procurados e, portanto, incapaz de modificar o preço ou o equilíbrio de mercado. (BRUNA, 1997, p. 26)

¹⁰⁵ A propósito, assinalam as autoras, que a concorrência resulta não apenas da comparação de preços de produtos conhecidos e ofertados segundo as fórmulas tradicionais. Ela aparece, também, e, sobretudo, pela inovação das formas de produção, na natureza dos produtos, na maneira de apresentá-los aos clientes. Atualmente, por exemplo, quem introduziu a produção sem estoque (*just in time production*) obteve economias sobre custos de estoques que garantiram vantagem competitiva, rapidamente dissipada por efeito da imitação. Como consequência, a percepção de concorrência e mercado, evolui. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 93)

¹⁰⁶ A autora ainda complementa que existe pleno conhecimento pelos vendedores e compradores de tudo o que ocorre no mercado, havendo total transparência quanto a inovações tecnológicas, perfeita mobilidade dos fatores de produção que, inclusive, podem ser facilmente deslocados da fabricação de uma mercadoria para outra. (SOUSA, *Op. cit.*, p. 41)

A concorrência imperfeita é toda a situação de competição, em qualquer mercado que não satisfaz às condições necessárias para a competição perfeita. A teoria da competição perfeita descreve mercados nos quais não há nenhum participante grande o suficiente para ter o poder de definir o preço de um produto homogêneo. A competição perfeita parte de dois pressupostos básicos. Em primeiro lugar, deve haver muitos compradores e vendedores no mercado. Em segundo, os bens oferecidos pelos diversos vendedores são, em grande medida, os mesmos. Chamamos nesse caso os agentes econômicos de “tomadores de preço”, tendo em vista que não são capazes de influenciar o preço de mercado, mas apenas definir as quantidades que desejam produzir ou adquirir. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 74)

São formas de concorrência imperfeita: o monopólio, o oligopólio, a concorrência monopolística, o monopsonio e o oligopsonio.

Enquanto no monopólio há apenas um vendedor de uma mercadoria, no oligopólio há poucos vendedores de uma mercadoria. No monopsonio existe apenas um comprador de um determinado bem ofertado por muitos vendedores, já no oligopsonio, existem poucos compradores de um determinado bem e vários vendedores.

No monopólio existe apenas um fornecedor e ao menos uma das condições para a concorrência perfeita está ausente, os agentes econômicos tomadores de preço, pois, por ser o único fornecedor, o monopolista é capaz de modificar a quantidade de bens ou serviços, e com isso, afetar o preço de mercado do bem. Sob tais condições, os preços tendem a ser mais altos e a quantidade produzida tende a ser menor do que a que seria produzida em um mercado perfeitamente competitivo. Ainda que a simples transferência do recurso do consumidor para o monopolista não gere destruição de riqueza, ele produz a transferência de riqueza do consumidor para o monopolista. (GICO JÚNIOR, 2007, p. 77)

O monopólio representa a forma mais clara de poder de mercados. O monopolista está sozinho no mercado e tem poder para escolher o preço pelo qual realiza as vendas. Seria o exemplo da Volkswagen, Petróleo Ipiranga e outros, tais como os mercados de livros de ficção, filmes, jogos para computador. Além disso, o poder monopolista é extremamente elevado em determinados setores, onde o consumidor é altamente dependente, como o fornecimento de água ou de energia elétrica, por exemplo. (SOUSA, 2008, p. 35)

Para POSNER (2007, p. 440), não está claro se é melhor ter certo número de competidores, em que cada um se converta em um monopolista, mediante inovação, ou trocar

por um monopolista único que aumente seus lucros monopolísticos, visando impedir competências futuras mediante a inovação.¹⁰⁷

E assevera ainda, que o monopólio pode resultar também do conluio entre empresas competitivas, de modo que se deve considerar os incentivos para inovar e reduzir custos em um mercado que tenha mais de uma empresa, mas está efetivamente cartelizado e a entrada de novas empresas se encontra obstruída. (POSNER, 2007, p. 441)

Os direitos de propriedade intelectual, ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial, se aproximam do monopólio.

O cartel age como um monopolista, pois procura dimensionar o nível da oferta global no ponto em que se igualem os custos marginais e a receita marginal; o preço, portanto, será o de monopólio, caso o cartel abranja todos os concorrentes¹⁰⁸. (BRUNA, 1997, p. 53)

Um exemplo clássico de monopólio decorre da posse de um recurso chave: o da *DeBeers*, a empresa de diamantes da África do Sul. A *DeBeers* controla cerca de 80% da produção mundial de diamantes. Embora a participação de mercado da empresa não seja de 100%, é suficientemente grande para exercer substancial controle sobre o preço de mercado de diamantes. (MANKIW, 2001, p. 317)

Todavia, o intérprete-aplicador do Direito autoral deve estar ciente de que o conteúdo da informação não é objeto de monopólio, mas tão-somente a forma particular de expressão de uma determinada ideia. Na esfera da regulação dos direitos privados a fruição dos bens intelectuais deve se compatibilizar com os princípios informadores do direito autoral, sendo que a necessária relativização sobredita implica a casuística em que o interesse público deve predominar sobre o interesse particular do titular de direitos autorais. (SOARES, 2013, p. 10)

No mercado oligopolista como existem poucos vendedores, evidencia-se que as ações de um ou alguns deles podem ocasionar impacto relevante sobre os lucros dos outros vendedores¹⁰⁹.

Nos oligopólios tem-se uma espécie de poder de monopólio, em que um número restrito de empresas tem poder para influenciar nos preços de mercado e, conseqüentemente, os lucros

¹⁰⁷ Posner destaca que a teoria dos estudos empíricos contesta tal questão e assinala que a teoria de Schumpeter não disse nada acerca da estrutura do mercado ótimo, para iniciar o furacão da destruição criativa. E argumenta: 1. *El monopolista tiene menos que ganar de la innovación*. 2. *El monopolista tiene menos que perder de la falta de innovación que la empresa competitiva*. (POSNER, 2007, p. 441)

¹⁰⁸ Como no caso do cartel dos combustíveis, por exemplo.

Para Posner, os carteis podem ter maiores dificuldades que os monopolistas de uma só empresa para minimizar os custos (POSNER, 2007, p. 442)

¹⁰⁹ Por vezes, os produtos diferenciados do mercado oligopolístico desencoraja o monopólio.

de seus concorrentes, razão pela qual existe uma interdependência entre empresas de um setor oligopolizado¹¹⁰. (SILVA *et al*, 2015, p. 85)

Geralmente, o oligopolista começa limitando sua posição e aguarda os demais que já estão no mercado ou que têm intenção de nele entrar, tenham comportamentos de redução. Constata-se um comportamento voltado para a maximização de riquezas, com ampliação da produção do oligopolista, com a consequente diminuição de preços abaixo do mercado.

Os oligopsonistas têm poder de mercado, devido ao fato de poderem influenciar os preços de determinado bem, variando apenas a quantidade comprada. Os seus ganhos dependem da elasticidade da oferta. Assim, o oligopsônio é o mercado em que existem poucos compradores que dominam o mercado para muitos vendedores. A indústria automobilística, constituída por um pequeno número de empresas exerce um poder oligopsonista em relação à indústria de autopeças. (SOUSA, 2008, p. 48).

Enquanto nos monopólios e mercados de concorrência perfeita o comportamento dos concorrentes é dado, uma vez que não existem concorrentes no monopólio e as empresas não podem influenciar preços no mercado perfeito, nas hipóteses de oligopólio, cada empresa com poder de monopólio tem influência na formação do preço de mercado, sendo componente estratégico nas interrelações no setor. (SILVA *et al*, 2015, p. 86)

Na concorrência monopolística, por sua vez, há muitos vendedores que produzem bens altamente diferenciados. Aqui, características como acabamento, marca e qualidade são muito importantes, por isso que de certa forma cada produtor age como monopolista do seu próprio produto.

Situando-se no meio termo entre as hipóteses referenciais da concorrência perfeita e do monopólio puro, a concorrência monopolística é uma estrutura de mercado que apresenta ao mesmo tempo algumas das características peculiares dos dois extremos. E com uma importante particularidade: ela corresponde a um número de situações efetivamente encontradas na realidade dos mercados. (ROSSETI, 2000, p. 510)

Ademais, pondere-se que é um tanto raro a existência de monopólio puro, até mesmo porque as empresas dominantes no mercado têm condições de alterar os preços de mercado de acordo com as alterações dos níveis de produção, conseguindo interferir nos preços.

¹¹⁰ Os autores ressaltam que um dos elementos presentes no oligopólio é a existência de barreiras ao ingresso de novas empresas no setor, as quais podem ser responsáveis pela produção de substanciosos lucros a longo prazo, além de outros comportamentos estratégicos que podem ser adotados para impedir a entrada de novos concorrentes no mercado, como por exemplo a manutenção de um excesso de capacidade produtiva. (SILVA *et al*, 2015, p. 85)

5.2.3 Externalidades.

A decisão de um agente econômico pode gerar indiretamente efeitos positivos ou negativos no bem-estar de um terceiro.

A conceituação de externalidade não é absoluta. No entanto, considera-se que sejam custos ou benefícios resultantes de uma atividade e que são impostos a terceiros, mas que não fazem parte do mecanismo de mercado. Pode-se pensar em efeitos colaterais sobre pessoas não envolvidas com a atividade em questão¹¹¹.

Quando uma ação individual gera, não apenas custos (benefícios) individuais, mas também custos (benefícios) para terceiros, dizemos que existem **externalidades** negativas (positivas). Mais ainda, em ambos os casos, a alocação de recursos não se mostrou **eficiente**, já que os custos e benefícios não foram devidamente internalizados pelos perpetradores dos atos analisados. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023, p. 63)

O conceito de custo e benefício sociais foi introduzido pelo economista Arthur C. Pigou.¹¹²

As externalidades podem ser definidas como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada para suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva respectivamente.

Em se tratando de melhora de situação de outro agente, há a externalidade positiva, se há piora, a externalidade é negativa.

Quando existe a externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade do que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável, do ponto de vista social.¹¹³

¹¹¹ Maiores detalhes em: Entenda o que são externalidades e quais seus principais impactos. Disponível em 5www.blog.safesst.com.br Acesso em 06 de maio de 2024.

¹¹² Pigou também tratou dos custos de transação e concluiu: dados os custos de transação, a solução de mercado dificilmente seria o “ótimo ideal”, o ótimo ideal é, em realidade, um ótimo teórico, alcançado pela utilização de todos os recursos de forma otimizada e pressupondo que não há custo de movimentação dos fatores de produção (que é o mesmo que o que hoje se chama de custos de transação. Para ele, a tendência é de que não só existam esses custos de movimentação, como de que eles sejam significativos. Dessa forma, é impossível atingir o ponto de “ótimo ideal”, mas é possível se atingir alguns pontos de “ótimo prático”, pontos esses que serão definidos pela existência ou não de custos de movimentação e pelo seu valor. (PIGOU, 1960, p. 138)

¹¹³ O exemplo da poluição do automóvel configura externalidade negativa. Consequentemente, o imposto sobre produtos petrolíferos é um exemplo de intervenção do Estado, para adotar os efeitos da poluição em relação à utilização de automóvel, bem como para desencorajar a atividade causadora de externalidade negativa. Geralmente tal imposto surge acrescido do preço do combustível.

Lado outro, quando as externalidades são positivas, o valor social supera o valor privado e tem como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Para Gabriel Ferraz, o problema da externalidade configura uma divergência entre os benefícios sociais e privados e não necessariamente a externalidade vai gerar uma falha de mercado, uma vez que as negociações podem levar os produtores a internalizar a externalidade e levar em conta os efeitos externos da produção. E destaca:

Externalidades ocorrem quando um agente melhora ou piora a situação de outro agente, porém, sem assumir os benefícios (no caso de melhora) ou os custos (no caso de piora) de fazê-lo. Quando isso ocorre, os benefícios marginais sociais diferem dos benefícios marginais privados ou os custos marginais sociais diferem dos custos marginais privados. (FERRAZ, 2021, p. 3)

As externalidades dizem respeito aos custos ou benefícios que as atividades de algum agente impõem a terceiros que não por via de sistema de preços. Se a atividade impõe custos, diz-se que produz externalidade negativa; se não impõe custos, diz-se que produz uma externalidade positiva. De acordo com Coase, o Estado pode, por vezes, intervir para obrigar a internalização da externalidade com vistas a conduzir a sua atuação ao resultado eficiente. Por outro lado, caso haja a regulação governamental, enquanto desnecessária, tal conduta pode até mesmo impossibilitar a obtenção de um resultado dotado de eficiência. (SAMPAIO, 2015, p. 106 e 107)

As externalidades são uma justificativa clássica para o envolvimento do governo nos mercados. Na ausência de externalidades e assimetrias de informação, a economia sugere que os mercados devem obter resultados eficientes. Assim, neste contexto, impostos, subsídios e controles de preço serão inúteis e até prejudiciais, pois distorcem os incentivos econômicos para a obtenção de uma alocação ótima de recursos. Contudo, quando ocorrem as externalidades, aquelas respostas podem ajudar o mercado a obter resultados desejáveis em termos de uma melhor alocação dos recursos¹¹⁴. (BALBINOTTO NETO, 2020, p. 01)

As externalidades são importantes porque levam a crer que a defesa do interesse individual possa conduzir a decisões que, do ponto de vista coletivo, não são eficientes. (RODRIGUES, 2007, p. 41)

As externalidades podem gerar distorções no mercado, pois os preços não refletem o custo real da atividade, bem como podem levar ao uso excessivo ou insuficiente de recursos.

¹¹⁴ Para o autor, as externalidades ocorrem se, e somente se, o sistema de direitos de propriedade falhar em definir a propriedade ou a responsabilidade civil subjacente ao objeto for deficiente ou inviável. (BALBINOTTO NETO, 2020, p. 01)

As externalidades podem afetar o mercado de diversas formas, seja aumentando ou diminuindo a oferta e a demanda de determinado produto ou serviço, e podem gerar distorções nos preços e na alocação de recursos.

Para POSNER, há certos indícios de que um mercado competitivo tenderá a ser mais exitoso que um mercado monopolizado no tocante à minimização dos custos em oposição à inovação. Para ele, o monopolista é mais capaz que a empresa competitiva para internalizar as externalidades:

El principal argumento em favor del monopolio como un procedimiento para estimular la innovación es que la remuneración de una innovación exitosa y la minimización del costo es a menudo mayor para el monopolista, ya que el éxito del vendedor competitivo puede ser duplicado pronto por sus rivales. Es la preocupación por la pronta duplicación lo que ha llevado al otorgamiento de la protección de la patentes, pero, como sabemos, las patentes están limitadas en el tiempo y en el espacio. Dicho de otro modo, el monopolista es más capaz que la empresa competitiva para internalizar las externalidades, incluyendo las de la información, que es en lo que consisten los inventos. (POSNER (2007, p. 441)

Uma discussão sobre as externalidades deveria começar com um debate acerca dos direitos de propriedade, porque, em muitos casos, as externalidades não podem ocorrer quando os direitos de propriedade estão plenamente definidos, ou, ao contrário, quando os direitos de propriedade não são plenamente definidos ou seu cumprimento não é garantido (*enforceble*). (PHELPS, 2003, p. 466)

As externalidades podem ter um impacto significativo na eficiência econômica. Em um mercado competitivo, os preços não refletem os custos totais de produção quando há externalidades.

Invenções, novas utilizações, avanços tecnológicos, podem levar à descoberta de uso concorrente de um bem que, até então, servia apenas a uso único. Quem inicia o novo uso pode interferir com o uso que os outros fazem da sua propriedade. Diz-se, então, que o primeiro criou um *efeito externo* ou uma *externalidade* comparando este novo uso com aqueles estabelecidos. Quem polui um rio interfere nas vantagens que outros desfrutam ao nele se banharem. O fenômeno não se assemelha à carona ou *free riding*: o poluidor se beneficia, monopoliza, sem contrapartida, as vantagens dos banhistas, ao torná-las impossíveis. O conflito de uso leva à descoberta de que é preciso fixar limites na propriedade do poluidor e na propriedade (eventualmente comum) dos banhistas. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 76)

Em matéria de direitos autorais, nem sempre é possível verificar quem são os autores a quem pertencem os direitos autorais, a fim de se verificar a possibilidade de barganha com o ECAD, para se produzir um resultado socialmente eficiente.

O economista britânico James Meade trouxe, na metade do século XX, o exemplo das abelhas que produzem externalidade positiva para os agricultores vizinhos.¹¹⁵

Na solução de Coase, externalidades são resolvidas pelo contrato legal entre as partes. Mas também existem casos em que os contratos geram externalidades.¹¹⁶ (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023, p. 66)

As externalidades positivas ocorrem quando uma atividade econômica beneficia pessoas que não estão diretamente envolvidas na atividade, ou seja, uma atividade proporciona ganhos indiretos, produzindo um resultado benéfico para terceiros.

São exemplos de externalidades positivas bastante paradigmáticos: o caso da educação e das vacinas¹¹⁷. É inegável que nesses dois casos é possível, *a priori*, que um indivíduo, bastante interessado em sua própria saúde e educação, respectivamente pague um determinado valor pela securitização de sua saúde, mediante uma vacina contra determinada doença, ou igualmente pague pelos benefícios que a prestação de serviços educacionais irá lhe agregar. Consideram-se externalidades negativas a questão do Estado tornar internalizáveis os malefícios ou custos sociais inerentes ao consumo de determinados bens, por meio de mecanismos fiscais que levem os agentes a incorrer nesses custos. Não se trata, portanto, do provimento de um serviço pelo Estado, mas da promoção de políticas fiscais ou uso de poder de polícia. (BERTOLIM, 2009, p. 433 e 434)

A autora argumenta que o mercado (significando aqui um processo de barganha onde se estabelecerá um ponto ótimo entre a iniciativa de ofertar esses bens e a disposição em adquiri-los) sirva para o atendimento da demanda individual para os bens em tela, vacina e educação, essa demanda não representa um ótimo social, ou seja, um ótimo de Pareto. Isso porque a situação de um indivíduo poderá ser melhorada, tanto mais quantos forem outros indivíduos os

¹¹⁵ James Meade escreveu em 1952 sobre uma região que reunisse pomares e apiários. Se aqueles que cultivavam maçãs plantassem mais árvores, os apicultores se beneficiariam, porque suas abelhas produziriam mais mel. Mas os produtores de macieiras, por sua vez, não compartilhariam desses benefícios - as externalidades positivas - e, por isso, talvez não plantassem o suficiente para que todos tivessem um aproveitamento ótimo da situação. Isso se deve, de acordo com Meade, "ao simples e único fato de que o agricultor não pode cobrar o apicultor por estar contribuindo para a nutrição das abelhas". (HARFORD, 2019, p. 01)

¹¹⁶ Os autores citam o exemplo da partilha da colheita, já mencionado em outro item e que caso o contrato estipule a entrega da metade da colheita do lavrador, questionam se só vale a pena investir se seu ganho cobrir pelo menos duas vezes o seu custo. Em outras palavras, este contrato cria uma externalidade de 50%. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023, p. 66)

Para as autoras, o conflito de usos leva à descoberta de que é preciso fixar limites na propriedade do poluidor e na de propriedade (eventualmente comum) dos banhistas. E ponderam: a situação é bem entendida, simétrica, como observou Coase 1990. A presença de banhistas interfere com os planos do poluidor. (MACKAAY, ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 76-77)

¹¹⁷ Nesse contexto, a autora cita o posicionamento de UMALI & GERSHON (1994, p. 47) ao descrever bens que podem ser objeto da sistemática de mercado, mas que, ao gerarem externalidades positivas ou negativas, são altamente desejáveis, ou respectivamente indesejáveis, para a sociedade (BERTOLIM, *Op. cit.*, p. 433)

vacinados e educados, sem prejudicar a outrem. O ótimo para todos os indivíduos se dará, por suposto, até o limite de que toda a sociedade seja vacinada e educada. (BERTOLIM, 2009, p. 433)

Obviamente, o benefício não é apenas de quem toma a vacina, mas também de outras pessoas, pois quem toma a vacina está contribuindo para ter imunidade e, conseqüentemente, para não transmitir doenças a terceiros.

Destaca-se a importância do papel do Estado como corretor de externalidades e como provedor de bens públicos.

Cabe ao Estado criar e/ou incentivar as externalidades positivas, promovendo subsídios ou benefícios geradores de impactos econômicos positivos, bem como controlar as externalidades negativas, através das agências reguladoras e das legislações, além de evitar informações assimétricas.

Ademais, a lei existe para corrigir as externalidades.

Os autores PORTO e GAROUPA (2022, p. 76 e 78) tratam da externalidade negativa como um impacto negativo que uma ação pode ter sobre terceiros e citam o exemplo de São Paulo do sistema de revezamento de veículos e de Estocolmo e Londres em que foram criadas taxas de acordo com o uso de regiões específicas da cidade. Já no caso das externalidades positivas, as ações podem causar benefícios indiretos a terceiros, em que o morador de uma cidade mantém a fachada de suas residências em bom estado de conservação, realiza uma ação em benefício próprio e dos demais moradores da região, que terão a sensação de limpeza e boa estética do ambiente urbano, logo, para o bem-estar da população. Na medida em que há utilidade para outros indivíduos que não apenas para o morador que empreendeu a ação, esse benefício pode ser considerado uma externalidade positiva.

Por fim, os autores Ari Francisco de Araújo Júnior e Claudio Djissey Shikida chamam atenção para um detalhe: existe um tipo de externalidade que não representa problema em termos de alocação de recursos, a chamada **externalidade pecuniária**. Basicamente, isso ocorre quando uma ação gera externalidades positivas e negativas que se anulam. Um exemplo é o do mercado de trabalho. A cada ano são formados novos bacharéis em Direito o que, isoladamente, significa um aumento de oferta dos bacharéis no mercado de trabalho de profissionais do Direito. Pela lei da oferta e da demanda, temos mais pessoas desejando trabalhar a cada nível de salário, o que gera pressão para baixo do salário de equilíbrio neste mercado. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023. p. 66)

As externalidades positivas indicam que os benefícios sociais da produção ou de consumos de bens são superiores aos benefícios privados de terceiros.

Constata-se que o consumo e também os problemas advindos da utilização musical, da arte, do cinema e da TV correspondem às externalidades. A utilização da música protegida por direitos autorais gera externalidades positivas para os titulares destes direitos, pois aumenta a visibilidade, o reconhecimento de suas obras e uma remuneração satisfatória para a manutenção e continuidade produtiva dos autores. No entanto, esta proteção pode não internalizar as externalidades de forma eficiente, levando a uma subvalorização da música e uma remuneração inadequada para os autores.

Registre-se que se torna mais difícil resolver o problema quando a externalidade não é facilmente identificável.

Deve-se buscar mecanismos de regulação, investimentos em bens públicos e estímulo às externalidades positivas (maximização dos impactos positivos), a fim de oferecer uma contribuição para o bem-estar econômico e social, quiçá estimulando a negociação e cooperação entre os agentes envolvidos.

Indubitavelmente, as externalidades positivas podem e devem ser incentivadas através de políticas públicas ou subsídios governamentais.

Os benefícios criados, seja para empresas e/ou para população, são chamados de externalidades positivas, que podem contribuir para a melhoria da qualidade de vida e para o fortalecimento das comunidades.

5.2.4. Assimetria de Informação.

Concorrência é processo contínuo no qual os empresários, mediante recurso a uma gama infinita de estratégias, entre as quais preços, serviços, inovações em matéria de produção, de gestão e de oferta ao mercado, procuram e tentam, em seu benefício, realizar combinações de clientes e produtos que lhes deem vantagens sobre outros empresários que os clientes percebem como concorrentes. O processo de concorrência faz emergirem possibilidades até então ignoradas. A introdução de inovações e sua aceitação pelos consumidores, permitem descobrir o que estes, os últimos, procuram e o que os fornecedores podem lhes oferecer ao preço que sejam capazes de pagar. Não se trata de simples declarações de intenção, mas de possibilidades realistas. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 114)

Em um mercado eficaz onde paira a concorrência perfeita, compradores e vendedores devem ter disponíveis 100% de informação.

A assimetria de informação constitui uma forma de competição imperfeita, mas diante de sua relevância será aqui analisada separadamente.

A chamada teoria dos mercados de informação assimétrica configura uma corrente da microeconomia no sentido de haver assimetria no acesso à informação entre compradores e vendedores nas mais diversas transações.

Geralmente, o mercado é o principal agente de produção e alocação de recursos, todavia, cabe ao Estado corrigir suas falhas, sobretudo a assimetria da informação.

Assimetria de informação consiste no fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação. Muitas das vezes, apenas uma das partes conta com tais dados, criando um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 81)

Destarte, em se tratando de assimetria da informação, na ocasião da celebração do contrato um ou mais contratantes não terão todas as informações necessárias para o total entendimento do negócio ou da transação.

Assim, a assimetria da informação ocorre quando algumas partes possuem mais informações do que outras: vendedores costumam saber mais sobre a qualidade de um produto que os compradores; trabalhadores conhecem suas próprias habilidades melhor que empregadores.

São exemplos de assimetria da informação os casos de risco moral e seleção adversa¹¹⁸.

A **seleção adversa** ocorre quando não é possível diferenciar os bons produtos dos ruins. Imagine, por exemplo, uma venda de carros usados. Existem os carros usados em bom estado e os em um estado ruim. Porém, só os vendedores conhecem o real estado dos veículos. Os compradores não o sabem. O que acontece, então, é que o preço de venda do veículo será um preço médio. Isto é, o valor será acima do valor do carro ruim e abaixo do valor do carro bom.

¹¹⁸ Mesmo com todas essas situações, as falhas ocasionadas pela assimetria de informação são, muitas vezes, simples de serem corrigidas. Inclusive, mediante ao surgimento de novas empresas e a ampliação no acesso a informação, a tendência é que esse desequilíbrio vá deixando de existir. No mercado financeiro, por exemplo, a publicação obrigatória de demonstrações financeiras traz mais transparência e reduz, de certa forma, a **assimetria de informação** entre uma companhia e os seus investidores. Isso permite que o mercado avalie e precifique melhor a empresa, estabelecendo um valor mais justo para sua ação. (REIS, 2019, p. 01)

Isto, ao longo do tempo, irá expulsar os vendedores dos bons carros. Fazendo que o preço se torne menor para os vendedores dos carros ruins. (REIS, 2019, p. 01)

Os problemas da seleção adversa e do risco moral decorrem de uma assimetria de informações entre as partes, uma das partes dispõe de informações relevantes para o contrato, que a outra não é capaz de obter. Tais problemas são comumente apresentados como razões para a implementação de mecanismos de defesa dos interesses dos consumidores, como o Código de Defesa do Consumidor. É o caso das regulações que visam garantir padrões mínimos de qualidade sobre certos produtos, estipular regras mínimas de garantia ou critérios de responsabilização civil dos profissionais liberais como advogados ou médicos. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 83)

Assim, a seleção adversa favorece a venda de produtos de baixa qualidade e dificulta a venda de produtos de alta qualidade.

O caso clássico ilustrado na literatura é o exemplo da indústria de seguros, que não pode se basear na taxa média de incidência de sinistros para estabelecer seus preços. Caso isso ocorresse, apenas os consumidores mais propensos a acionar o seguro iriam contratá-lo. Dessa forma, a seguradora acabaria realizando uma seleção adversa dos consumidores e, dentro de algum tempo, iria quebrar. A fim de evitar essas consequências, a seguradora estabelece o seu preço levando em conta o custo de ocorrência de sinistro entre os consumidores mais propensos. Em função disto, vários potenciais consumidores (com menor propensão à utilização do seguro) deixam de participar do mercado, pois teriam que desembolsar um preço muito alto relativamente ao risco de necessitarem se utilizar do seguro. (PINTO JÚNIOR; PIRES, 2000, p. 05)

Um exemplo austero de assimetria de informação ocorre entre as instituições financeiras e os clientes que necessitam de empréstimo. Apesar de todo investimento na construção de modelos de *credit score* para classificação dos clientes, principalmente para verificar se o indivíduo é um bom ou mau pagador, nem sempre a instituição financeira consegue visualizar isso. Tomadores de empréstimo também podem ser classificados como de alta ou baixa-qualidade. Tomadores de baixa-qualidade são mais propensos a buscar crédito. Isso acaba elevando a taxa de juros e expulsando tomadores de alta-qualidade do mercado.

Diante dessa falha há uma taxa de juros maior para os bons pagadores e uma taxa menor para os maus pagadores. De certo modo, os maus pagadores se beneficiam deste problema de mercado.

De maneira superficial, as seguradoras cobrarão uma taxa média pelos planos de saúde. Isso fará com que os pacientes mais saudáveis, que não custam tanto para a empresa, concluirão que essa troca não vale a pena para eles, levando-os a sair do convênio. Implicando em um aumento do custo médio do seguro, pois agora restaram os pacientes menos saudáveis. Como resultado de tal cenário, a adesão a um plano de saúde deixa de valer a pena para pacientes relativamente mais saudáveis e assim por diante, aumentando do preço geral do bem em questão e diminuindo o número de pessoas atendidas. (SAMA, 2017, p. 01)

REIS (2019, p. 01) pondera que a solução para este problema está no oferecimento de **sinalizações** — isto é, algo que comprove que um produto é melhor que o outro. Um exemplo típico de sinalização é a garantia. Produtos de boa qualidade tendem a oferecer maiores prazos de garantia — logo, uma sinalização nesse sentido tende a demonstrar para o consumidor a qualidade do produto e acabar com o problema da **informação assimétrica**.

A seleção adversa decorre da assimetria de informações entre os agentes e para evitá-la é necessária a busca de mecanismos que reduzam essas assimetrias. Segundo a teoria institucionalista, mais especificamente WILLIAMSON (1985), existem dois mecanismos básicos de diminuição de assimetrias visando amenizar o oportunismo pré-contratual: i) sinalização (*signaling*) ® diz respeito à emissão de sinais e fornecimento de informações por parte do agente que a detém (o agente que está recebendo a informação deve confiar na sinalização do outro agente); e ii) “varredura” (*screening*) ® ocorre quando a informação assimétrica é revelada por iniciativa da outra parte, ou seja, diz respeito à busca de informações (os que desejam informações fornecem incentivos de modo a atrair apenas aqueles que possuem a informação desejada). (PINTO JÚNIOR; PIRES, 2000, p. 05)

Para reduzir a seleção adversa deve-se buscar a melhoria da qualidade e do fluxo de informações. Todavia, isso pode gerar gastos não atrativos.

Certo é que a assimetria de informação se coloca como um ponto fulcral nos complexos problemas regulatórios, pois, para que o regulador exerça uma regulação eficaz é necessária a existência de uma boa base de informações. Todavia, a obtenção e a formação de uma sólida base de informações ocorrem mediante elevados custos: quanto maior for a assimetria de informações entre os agentes mais custoso será o processo de acesso às informações relevantes e, conseqüentemente, mais custosa será a regulação para o agente regulador setorial. (FIGUEIREDO, 2009, p. 17)

Já o risco moral se baseia nas ações dos agentes, que podem acabar influenciando esse risco. Nesse caso, as condutas de uma das partes envolvidas na relação econômica, embora de fundamental relevância para a transação, não pode ser evidenciada pela outra parte.

O **risco moral** é o nome que se dá para quando as pessoas mudam a sua atitude em face a uma transação econômica. Por exemplo, suponha que você comprou um novo carro e que ele ainda não possui seguro. Você, então, irá dirigir com um imenso cuidado. No entanto, após contratar um seguro, você pode se sentir mais relaxado e dirigir de forma menos precavida. Logo, este é o risco moral que a seguradora corre e precisa estimar na hora de firmar o seu contrato. (REIS, 2019, p. 02)

O risco moral, na seara contratual, pode corresponder a comportamentos oportunistas posteriores à criação do contrato, porém, pode decorrer também de um comportamento imprevisto no período de elaboração do contrato.

Desse modo, o fato não é decorrente do desconhecimento dos agentes, mas sim de um comportamento oportunista, omissivo e não conhecido pela outra parte no momento da elaboração do contrato.

A teoria institucionalista (WILLIAMSON, 1985) advoga como uma possível solução compensatória frente ao risco moral, com o estabelecimento dos seguintes mecanismos: i) monitoramento ® diz respeito a uma espécie de auditoria independente, ou monitoramento das condições de execução do contrato, o que torna possível a percepção de comportamentos inapropriados mesmo antes deles ocorrerem; ii) contratos de incentivo ® são mecanismos contratuais que buscam incentivar os comportamentos positivos, ou seja, buscam realizar a convergência entre os comportamentos (alinhamento de incentivos) visando eliminar o risco moral e; iii) joint-ventures ® implica a posse conjunta dos ativos; está relacionado a algum grau de integração entre as partes e a finalidade é reduzir o risco de *free-riding*, que é um comportamento oportunista (o estabelecimento de *jointventures* tem se tornado cada vez mais frequente e é um mecanismo de criação de compromissos – *commitments* – que são mais sólidos e mais críveis). (PINTO JÚNIOR; PIRES, 2000, p. 06)

A análise de WILLIAMSON introduz também o comportamento oportunista dos agentes. Segundo este pressuposto os agentes tendem a “fugir das responsabilidades” e buscam obter o máximo de benefícios. A questão do oportunismo, que pode ocorrer *ex ante* ou *ex post*, surge também em função da dificuldade de definição dos direitos de propriedade e da presença de informação incompleta e assimétrica entre os agentes que fazem parte da transação. (PINTO JÚNIOR; PIRES, 2000, p. 08)

Evidentemente, a eficiência máxima do mercado somente poderá ser alcançada com a ação do Estado para corrigir as eventuais falhas desse mercado, dentre elas a assimetria da informação.

A complexidade do sistema de arrecadação e distribuição de direitos autorais dificulta os seus titulares de exercer a atividade de acompanhamento deste processo e a falta de transparência na gestão das informações pelo ECAD. (BRANT, 2018, p. 345)

Este complexo sistema representa verdadeira assimetria informacional, sendo um entrave para o amplo acesso dos usuários de música e dos titulares dos direitos autorais, prejudicando a tomada de decisões.

5.2.5. Monopólios naturais.

Sendo o mercado o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, onde há a oferta e a demanda de bens e, conseqüentemente, a determinação de preços e quantidade, faz-se necessário assegurar as possibilidades para o exercício de sua atividade, para que todos tenham a garantia de entrar, permanecer e sair desse mercado. Portanto, para a subsistência do mercado e de seus integrantes é imprescindível a livre-concorrência, através da fixação de preços assegurando a produção, a circulação e o consumo. (SOUSA, 2008, p. 39)

O monopólio ocorre quando uma única empresa domina todo o mercado para um produto ou serviço específico.

Os monopólios também surgem quando o governo concede a uma pessoa ou empresa o direito com exclusividade de vender algum bem ou serviço. Como exemplo de monopólio criado pelo governo com o intuito de atender o interesse público, têm-se as leis que regem as patentes e os direitos autorais. Tais leis concedem ao produtor o monopólio, uma vez que este pode cobrar preços mais altos do que vigorariam na concorrência. Assim, os autores podem deter o monopólio da venda de seus livros, na incansável busca de escrever mais e mais, bem como os laboratórios farmacêuticos podem ser monopolistas dos medicamentos que descobrem para incentivar as pesquisas de laboratórios. (SOUSA, 2008, p. 43)

Uma empresa é denominada monopolista em um mercado quando não existem substitutos próximos ao seu produto no mercado. É importante destacar que, neste caso, o conceito de “mercado” é essencial. Por exemplo, uma empresa pode ser um monopolista local, mas não em

nível regional¹¹⁹. Consideraremos que o mercado é limitado de forma tal que não existam substitutos próximos para o produto. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023, p. 62)

Para POSNER (2007, p. 439) os lucros do potencial monopólio e outras rendas se convertem necessariamente em custos:

Um monopolista podría ser capaz de desplazar la curva de demanda de su producto hacia fuera – lo que conduciría a la producción excesiva en vez de una producción insuficiente – disfrazando el precio o la calidad de su producto o logrando que el gobierno disminuya la oferta de productos rivales o aumente la demanda de productos complementarios.

De mayor importancia es que algunos economistas creen que el monopolio disminuye el incentivo de una empresa para innovar y para minimizar sus costos. Esto plantea una cuestión increíblemente importante, dado el potencial de la innovación para destruir los beneficios de la competencia estática. Es famoso el argumento de Joseph Schumpeter en el sentido de que el bienestar económico se maximiza a través del tiempo a resultas de una sucesión de monopolios, un proceso de competencia dinámica que él llamó “el buracán de la destrucción creativa”.

Assim, para POSNER (2007, p. 439), cada monopolista conseguirá o controle do mercado mediante inovações que reduzem os custos ou melhora os produtos e permita recuperar os gastos de sua inovação com lucro suficiente para compensar o risco do fracasso, que é considerável em caso de inovação.

O poder público intervém para coibir os abusos cometidos em razão do poderio econômico das grandes empresas que, como tendência de crescimento econômico, apresentam aspectos negativos à economia, ao meio social e às próprias empresas concorrentes a elas integradas. Para a economia, tais ocorrências podem indicar a tendência ao monopólio, além do uso indiscriminado do poder econômico por meio de manipulações abusivas. (ALVAREZ, 1995, p. 15)

Na realidade, ao permitir a centralização da gestão coletiva dos direitos de execução pública musical, caracterizada pela pluralidade de associação da mesma natureza, conferiu-se ao ECAD um monopólio legal para gerir as atividades de licenciar, cobrar valores e distribuí-los, inclusive sendo possível representar tais associações¹²⁰ e seus respectivos associados.¹²¹

Os serviços de energia elétrica são serviços públicos essenciais e são prestados sob um forte aparato regulatório do Estado, dado que algumas falhas de mercado são fortemente

¹¹⁹ Os autores citam o exemplo dos vendedores de pipoca: podem existir vários na cidade, mas é razoável supor que consumidores não saem pela cidade procurando o menor preço. Dado o custo de oportunidade do tempo, pode ser melhor submeter ao pipoqueiro “monopolista” mais próximo. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, *Op. cit.*, p. 62)

¹²⁰ Tais associações congregam em seus quadros associativos músicos, compositores, cantores, editores e produtores de fonogramas.

¹²¹ Basta verificar os inúmeros julgados do STJ que confirmam a legitimidade extraordinária do ECAD, viabilizando o sistema de gestão coletiva dos direitos musical de execução pública, a teor da Lei n. 9.610 de 1998.

detectadas na execução de tais atividades. Os serviços de transmissão e de distribuição são considerados monopólios naturais e são regulados de maneira bastante intensa pelo Estado. Adicionalmente, os setores de infraestrutura, como o é o setor de energia elétrica, demandam elevados volumes de investimentos, além de serem fontes de fortes externalidades. Além disso, são setores cuja relação custo-benefício privado tende a ser inferior à social, o que gera um volume e uma taxa de investimento inferior ao que seria socialmente desejável. (FIGUEIREDO, 2009, p. 02)

Os monopólios naturais configuram falhas de mercado que necessitam da intervenção do Estado, seja para regular o preço, a qualidade, quantidade ou serviços prestados, como nos casos de distribuição de água e eletricidade.

Para dar conta desses monopólios, na tentativa de regular esta falha de mercado, surgem regras para a atuação da empresa monopolista. Recentemente, no entanto, a limitação legal sobre esses setores tem procurado viabilizar um tipo de competição “saudável”, forçando a empresa que controla a infraestrutura essencial a compartilhá-la, a preços razoáveis, com seus competidores. Como exemplo, pode-se mencionar países como a França, em que, por força desse tipo de regulação, empresas de distribuição de energia elétrica utilizam-se de uma única rede de distribuição mesmo competindo entre si. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 81). Nos monopólios naturais uma única empresa pode oferecer o bem ou o serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que fariam duas ou mais empresas.

5.2.6 Dos *free riders* ou *caronas*.

Um *free rider*¹²² ou, na sua tradução literal, um carona, é uma pessoa que se beneficia de algo sem despendar esforços ou pagar por isso, ou seja, é aquele que utiliza produtos sem pagar pelo uso.

O *free rider* se beneficia do consumo de um bem público sem ter contribuído para sua produção ou manutenção.

¹²² A clandestinidade (ou parasitismo), em economia, refere-se ao caso de alguém que se beneficia de recursos, bens ou serviços sem pagar o custo do benefício. O termo inglês “free rider” é um termo de Willian Levandovski, famoso sociólogo por conceituar *free rider*, que nada mais é do que, caroneiro, frase afirmada pelo doutrinador Cunha de Azevedo na teoria econômica de bens públicos, mas conceitos semelhantes têm sido aplicadas para outros contextos, incluindo as “negociações trabalhistas coletivas”, a Lei Antitruste, psicologia e ciência política. O parasitismo pode ser considerado como um “problema do clandestino” quando conduz a carência no fornecimento de bens ou serviços ou quando leva ao uso excessivo ou degradação de recursos comuns. (BAUMOL, 1952, p. 03)

Uma das formas de lidar com o *free rider* é por meio da cobrança de impostos e taxas para financiar a produção e manutenção dos bens públicos. Outra solução seria a criação de incentivos objetivando que as pessoas contribuam voluntariamente para a produção e manutenção desses bens.

O problema do carona, comumente visto com bens públicos (bens com benefícios não excludentes, pois é impossível evitar que outros consumidores consumam o bem ou serviço), é um conceito econômico de uma economia de mercado. Havendo vários caronas, os recursos, os bens ou os serviços podem se tornar insuficientes.

O *free rider* é aquele que se aproveita de determinado bem público sem pagar pela sua manutenção. A causa é a dificuldade de encontrar-se o verdadeiro agente que suporta os custos desses bens, logo os *free riders* aproveitam-se disso, sem arcar com os custos. A consequência é a dificuldade de se financiar setores que trabalham com bens públicos, sem que o Estado intervenha para garantir remuneração adequada do setor. (PORTO, GAROUPA, 2022, p. 87)

O comportamento parasitário, por sua vez, é denominado ***free riding***.

O *free riding* é definido como o efeito de atuação em que “um membro de um grupo obtém benefícios da membresia do grupo, porém não suporta um compartilhamento proporcional dos custos de prover tais benefícios” (ALBANESE; VAN FLEET, 1985, p. 244).

De acordo com MANKIW (2006), o free riding é “alguém que recebe o benefício de um bem, mas evita pagar por ele”. Já para GREMAUD (2003), o free-riding, além de pegar carona, é considerado como oportunista. STIGLER (1974, p. 360) complementa que “cheap rider” (“caroneiro barato”) é um termo mais apurado para um membro de um grupo, pois receber benefícios da membresia tipicamente envolve algum custo. (DALMACIO; IWAGASE, 2018, p. 88)

STIGLER (1974, p. 359) afirma que mesmo nesse nível de simplicidade, deve ser aparente que *free riders*, assim como almoços, não podem ser totalmente grátis. Se a entidade não arca com o custo, alguém está arcando.

Tal efeito é observado sob perspectiva da Teoria Econômica da Regulação, segundo a qual a regulação é instituída principalmente para proteção e benefício do público em geral ou de alguma grande subclasse do público (STIGLER, 1971, p. 14).

Anota-se como exemplo a iluminação pública, que é um bem público. Se a iluminação pública fosse deixada para o mercado privado, pessoas se beneficiariam da luz (*free riders*) sem pagar por ela, o que desencorajaria o investimento privado. Outro exemplo ocorre num ambiente de shopping center, no período do Natal, em campanha promocional de vendas. Ou ainda,

quando uma pessoa utiliza uma estrada pública sem pagar pedágio, ou quando uma empresa copia a ideia de outra sem pagar pelos direitos autorais.

No caso de compartilhamento ilegal de arquivos na internet: muitas pessoas baixam músicas, filmes e programas de computador sem pagar pelos direitos autorais, o que prejudica os artistas e produtores desses conteúdos.

O problema do carona como uma questão econômica ocorre apenas sob certas condições (RICARDO, 2017, p. 02):

- Quando todos podem consumir um recurso em quantidades ilimitadas.
- Quando ninguém pode limitar o consumo de ninguém.
- Quando alguém tem que produzir e manter o recurso. Ou seja, não é um lago natural, é uma piscina, e alguém teve que fazer sua construção e manutenção.

A principal questão relacionada aos bens públicos está ligada à existência dos chamados **free riders, ou caronas**, - indivíduos que se valem de determinado bem ou serviço sem arcar com os custos de sua produção, aproveitando-se do fato de que outros agentes suportam tais custos. Um exemplo menos simples e direto diz respeito à troca de arquivos de música MP3 pela internet: com a facilidade de distribuição e cópia de músicas, decorrentes das tecnologias digitais disponíveis a uma grande parcela do mercado, poderíamos considerar que a música está se tornando um bem público. No entanto, na medida em que os indivíduos deixam de comprar música, o mercado pode ficar carente de recursos para financiar os custos de concepção, produção e gravação de obras musicais, que são divididos entre músicos e gravadoras. (PORTO, GAROUPA, 2022, p. 80)

CASTRO, NEVES e SCARE (2015, p.386) acrescentam que,

No caso de associações, os Associados estariam menos dispostos a assumir uma fração dos custos de um bem coletivo oferecido se perceberem que é possível tirar proveito de um bem coletivo, sem contribuir financeiramente com ele. Em outras palavras, o produtor não arca com os custos da associação, mas tira proveito (pega carona) nos bens coletivos produzidos por ela. Ao final, como produtores pagantes percebem que uns pagam e outros não, mas todos tiram proveito, existe a tendência clara de deixarem de contribuir também e, ao final, a associação deixará de existir, bem como seus bens coletivos oferecidos.

O comportamento do carona pode ter diversos impactos negativos na economia e na sociedade em geral, pois cria uma situação de desigualdade, desencoraja a inovação e o investimento em novos produtos ou serviços, além de reduzir a qualidade dos recursos ou serviços oferecidos.

Do estudo das características que tornam uma indústria ou um grupo capaz de superar os problemas com os “caronas”¹²³ e de sobrepujar assim os grupos rivais na obtenção de proteção e benesses do governo, conclui-se que grupos coesos geralmente sobrepujam grupos dispersos na obtenção de benefícios estatais. (POSNER, 2019, p. 124)

Contudo, o “carona” pode, por exemplo, configurar uma externalidade positiva, principalmente quando contribui na publicação e na divulgação da obra intelectual.

A partir de então, Posner ressalta a importância dos grupos de interesse na orientação das políticas públicas. A questão é que, ao defenderem a norma da eficiência em áreas reguladas pelo método *common law*, esses grupos provavelmente promoverão os próprios interesses. Fazendo-o, aumentam a riqueza da sociedade, uma parcela da qual ficará com eles. Nenhuma outra norma lhes renderia uma parcela maior dessa riqueza. É verdade que nenhum desses grupos empregará quantidade considerável de recursos na promoção da eficiência do *common law*, pois os benefícios obtidos por cada um serão pequenos, e também porque cada um deles será tentado “a pegar carona” com os demais. Mas, para que a norma de eficiência sobreviva, poucos recursos devem ser empregados na sua promoção. A função da imparcialidade distributiva é reduzir a oposição em potencial, assim como o apoio. (POSNER, 2019, p. 126)

Embora originalmente utilizado para explicar problemas de bens públicos, o problema do carona ocorre em diversas situações da vida social, como no seguinte exemplo:

Considere um escritório de advocacia que esteja empregando vários de seus funcionários em um caso específico. Em outras palavras, há uma equipe de advogados assessorando um cliente. Uma reunião exigirá uma boa preparação de material para orientar o cliente sobre a estratégia a ser adotada. Mas, será que a equipe de advogados trabalhará arduamente?

Se cada advogado possui um impacto muito pequeno sobre o resultado final, sua perspectiva é a de esforçar pouco, deixando para os outros colegas a tarefa de fazer um bom trabalho. Eis o problema do carona (*free-rider*). Pior ainda, se todos os membros da equipe pensam da mesma forma, a perspectiva de vitória desaparecerá rapidamente. O problema ocorre porque a ação coletiva da equipe resulta das ações individuais de seus membros e, neste caso, os incentivos não são favoráveis a um maior engajamento individual.

Claro que, sabendo disto, os sócios do escritório buscarão criar incentivos que corrijam o problema, preferencialmente antes que o mesmo aconteça. Eventualmente, grupos pequenos sofrem menos com este problema, dada a maior capacidade de monitoramento que seus membros têm entre si. Outro incentivo interessante seria ligar o desempenho individual com o do grupo, criando um ambiente mais propício à colaboração (e também de monitoramento conjunto).¹²⁴ (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, 2023, p. 68)

¹²³ Aqueles que recebem benefícios sem dar nada em troca.

¹²⁴ Os autores ainda exemplificam com a típica e antiga piada da festa da colheita de uma aldeia, cujo principal produto, o vinho, deveria ser obtido por uma garrafa de cada morador, que entornaria o conteúdo em um imenso barril na praça da aldeia. Um dos moradores, espertamente, vira uma garrafa de água, imaginando que a mesma não faria diferença no conteúdo total do barril. Obviamente, no início da festa, ao se abrir a torneira, verifica-se que só

O “problema do carona” ocorre em situações nas quais uma pessoa extrai uma “externalidade positiva” das ações de terceiros — isto é, um benefício pelo qual ela não pagou. Isso ocorre em situações em que o efeito benéfico de uma ação é “não excludente”, o que significa que pessoas que nada têm a ver com a ação não podem ser impedidas de usufruir esses benefícios.¹²⁵ (O’NEILL, 2010, p. 2)

O problema do carona pode ser ilustrado por meio do jogo do dilema do prisioneiro. Imagine que há duas pessoas, Tom e Adel, que estão considerando uma contribuição para um bem público. O custo pessoal da contribuição é de \$6 e o benefício da contribuição é de \$10. Essa é uma boa ideia para a sociedade como um todo, pois o benefício é maior do que o custo (cada pessoa que contribuísse com \$6 receberia um benefício de \$10). No entanto, os indivíduos veem um incentivo para o carona, já que o benefício desse bem público está disponível gratuitamente entre os membros da sociedade.¹²⁶

As falhas de mercado podem ser corrigidas de várias maneiras: a) **soluções de mercado privado:** em alguns casos, a solução para uma falha de mercado pode surgir dentro do próprio mercado privado; b) **soluções impostas pelo governo:** quando a solução não vem do próprio mercado, os governos podem **promulgar legislação e tomar outras medidas como resposta a uma falha de mercado.** Isso pode incluir intervenção governamental, como novas leis ou impostos, tarifas, subsídios e restrições comerciais; c) **regulação econômica:** em alguns

há água no barril. Nessa piada, o bem público é o vinho comunitário e o problema do carona é bastante evidente. (ARAÚJO JÚNIOR; SHIKIDA, *Op. cit.*, p. 68)

¹²⁵ Por exemplo, um apicultor pode cultivar abelhas unicamente com o intuito de produzir mel. Entretanto, um efeito subsidiário dessa atividade — uma externalidade — é que as abelhas irão polinizar as flores das propriedades adjacentes, beneficiando os donos dessas propriedades sem que eles tenham custo algum. Tampouco há alguma maneira prática por meio da qual o apicultor pode produzir seu mel sem conceder esse benefício aos seus vizinhos. Assim, o “bem” fornecido aos proprietários adjacentes é não excludente. (O’NEILL, 2010, p. 2)

¹²⁶ Se Tom e Adel contribuíssem, o benefício total seria de \$20. Cada pessoa ganha \$ 10 por um ganho líquido de + \$ 4 (\$ 10 - \$ 6).

Se uma pessoa contribuir, mas a outra não, o benefício total seria de apenas \$ 10. Cada pessoa ganha \$ 5 e a pessoa que contribui teria um ganho líquido de - \$ 1 enquanto a pessoa que não contribui teria um ganho líquido de + \$ 5. Por exemplo, se Adel contribui e Tom não contribui, Abel estaria contribuindo com \$ 6 por um ganho líquido de - \$ 1 e Tom estaria contribuindo com \$ 0 por um ganho líquido de + \$ 5. (Isso ocorre porque o benefício do bem público é dividido entre todos os membros da sociedade).

Se nem Adel nem Tom contribuíssem para o bem público, não haveria custos nem benefícios do bem público (ganho líquido de \$ 0).

No jogo do dilema do prisioneiro acima, podemos ver que tanto Tom quanto Adel tentariam pegar carona (não contribuir).

O raciocínio é o seguinte: se Adel achar que Tom não contribuirá, ela perderá US \$ 1 por contribuir. Por outro lado, se Adel acha que Tom vai contribuir, ela ganharia mais por não contribuir. Portanto, ambas as pessoas chegariam à conclusão de que não seria sensato contribuir. O bem público, portanto, não é construído e, assim, um problema de carona é criado. (Disponível em www.pt.livingeconomyadvisors.com Acesso em 28 de abril de 2024)

momentos, deve existir alguma força que **oriente o funcionamento do mercado para a direção certa.** (CASTRO, 2023, p. 02)

Certamente, a criação de mecanismos de incentivo e punição para garantir a justa contribuição de todos para o esforço coletivo, pode ser uma solução para resolver o problema do “carona”.

Como já dito, uma obra intelectual, uma vez criada, possui características de um bem público, surgindo, conseqüentemente, o problema do *free rider*, em que as pessoas podem se beneficiar da obra sem contribuir para sua criação, desincentivando a produção de novas obras.

Por outro lado, ao exigir que todos os consumidores paguem pelos direitos autorais não haveria “carona”, até mesmo porque o benefício seria desfrutado por todos. Como os direitos autorais são pagos por todos, não haveria “caronas”. Mas, isso demanda controle, regulação e quiçá nova legislação.

6. SOLUÇÃO DO PROBLEMA

6.1 O problema do carona na atuação do ECAD.

Qual o arranjo seria possível para solucionar o problema do carona na atuação do ECAD, em que pessoas se beneficiam da obra sem contribuir para a sua criação? Controle privado? Própria divulgação pelo artista? Maior controle do ECAD? Intervenção estatal? Quiçá a exploração com a participação dos órgãos reguladores?

O ECAD opera um monopólio legal, sendo a única entidade autorizada a coletar e distribuir direitos autorais de música no Brasil, não havendo concorrência nesse mercado.

No sistema de monopólio do ECAD, o carona se manifesta através dos seguintes *players*:

a) Empresas que utilizam de músicas em seus estabelecimentos ou em seus produtos sem pagar os direitos autorais devidos ao ECAD, se beneficiando da música para atrair clientes ou aumentar as vendas, mas não contribuem para a remuneração dos criadores, as quais denominamos “empresas caronas”;

b) Emissoras de rádio e TV que se recusam a pagar os valores devidos ao ECAD pela execução pública de músicas, sob o argumento de que a música é essencial para sua programação e que tais pagamentos prejudicam as suas finanças, as quais denominamos “caronas das mídias”;

c) Plataformas digitais, como YouTube e Spotify, que pagam valores muito baixos aos artistas pela reprodução de suas músicas, em razão do grande poder de barganha que tem, podendo impor condições desfavoráveis aos artistas, as quais denominamos “caronas digitais e/ou virtuais”;

d) Eventos que não pagam direitos autorais, como festas e shows, que utilizam música sem pagar os direitos autorais devidos. Neste caso, os organizadores se beneficiam da música para atrair público e gerar lucro, mas não remuneram os criadores das obras, as quais denominamos “caronas da produção”.

O problema do carona prejudica a atuação do ECAD e, conseqüentemente, os direitos autorais dos músicos, pois traz efeitos nocivos como a redução de arrecadação (e da distribuição entre os autores), o desincentivo à criação (prejudicando a cultura e economia do país) e o incentivo a concentração de mercado (favorecendo as grandes empresas e plataformas digitais que têm mais recursos para negociar com o ECAD e impor condições desfavoráveis aos artistas).

O carona, portanto, é considerado uma falha do sistema convencional de mercado e ocorre, sob o viés dos custos, quando alguns membros de uma comunidade deixam de contribuir com sua parte justa para os custos de um recurso compartilhado.

Para combater o problema do “free rider”, o ECAD tem, constantemente, ingressado com ações na Justiça com o objetivo de cobrar os direitos autorais devidos pelas empresas caronas, caronas das mídias, caronas digitais e/ou virtuais e os caronas da produção, que, eventualmente, se utilizam da música sem autorização e/ou contrapartida. Este ponto específico será abordado no tópico seguinte.

Além da função proativa do ECAD, o Estado deve potencialmente corrigir a falha de mercado e aumentar o bem-estar da população.

Portanto, o problema do carona é um obstáculo para a oferta eficiente de bens protegidos por direitos autorais, impactando negativamente a sociedade.

Certamente, a criação de mecanismos de incentivo e punição para garantir a justa contribuição de todos para o esforço coletivo, pode ser uma solução para resolver o problema do “carona”.

Alguns economistas, a exemplo de Joseph Stiglitz (1986, s/p), asseveram que o problema do carona pode levar à subprodução de bens públicos e defende a intervenção do Estado para corrigir essa falha de mercado, buscando uma alocação de recursos mais eficiente.

Esta constatação baseia-se no princípio da eficiência de Pareto (em que uma situação é considerada eficiente se não for possível melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a de

outro), sendo a intervenção estatal, com a criação de um sistema de direitos autorais, justificada para melhorar a situação dos autores, sem que isso prejudique os consumidores.

Porém, essa abordagem possui limitações e críticas, pois não leva em consideração a subjetividade que envolve mensurar o bem-estar entre autores e consumidores, a existência de uma distribuição desproporcional de renda (uma situação pode ser considerada eficiente mesmo que alguns indivíduos estejam em situação muito pior do que outros) e os custos da intervenção estatal inerentes, que devem ser levados em consideração.

Num mundo em que todos os custos de produção artística são cobertos, não seria tarefa fácil convencer todos os agentes afetados de que eles estariam melhores se todos arcassem indiscriminadamente com estes custos. Afinal, ao tentar solucionar o “problema” das externalidades positivas (a produção de música gera um benefício externo para a sociedade, os agentes seriam forçados a pagar por bens não solicitados).

Por outro lado, a falta de contribuição adequada pode levar a um aumento nos custos para aqueles que estão contribuindo, já que eles precisam compensar a falta de contribuição dos *free riders*.

Desta forma, convém buscar mecanismos eficientes, a fim de tornar mais difícil ou mais oneroso para os *free riders* se beneficiarem dos recursos ou serviços sem a devida contribuição.

Deve-se incentivar a promoção da cultura de contribuição justa, com a conscientização das pessoas de que a cooperação com cantores, compositores e demais artistas, com o pagamento justo por seu trabalho, representa um bem-estar social. Do ponto de vista regulatório, é necessário o estabelecimento de um processo de arrecadação e distribuição transparente, tornando o sistema mais eficiente, inclusive com a cooperação do governo e sociedade em geral, a fim de que as divergências diminuam e os resultados sejam mais convergentes.

Faz-se necessário buscar estratégias e medidas viáveis, a fim de se combater o comportamento de *free rider*, tais como criar leis e regulamentações para punir os que se beneficiam dos recursos ou serviços sem contribuir adequadamente.

Do mesmo modo, deve-se implementar sistemas de fiscalização mais eficientes para garantir que todos os usuários paguem as taxas ao ECAD.

Além do ECAD, deve-se buscar controles privados (do próprio artista) e públicos (através de agência reguladora eficaz), a fim de garantir a proteção adequada da propriedade intelectual para evitar que outras pessoas se beneficiem do trabalho e dos investimentos feitos pelos autores, através dos direitos autorais.

Destarte, a solução para o problema do carona passa por um processo de equilíbrio entre os interesses dos criadores, o acesso do público à cultura e a eficiência do mercado, considerando tanto os aspectos econômicos quanto os sociais e culturais.

6.2 O combate ao *free rider* através do Judiciário.

No Capítulo 4, tratou-se do ECAD na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Diante das decisões judiciais destacadas, passa-se a analisá-las segundo a Análise Econômica do Direito, mais especificamente se estas decisões são economicamente eficientes.

Dos Acórdãos analisados, infere-se que duelam, de um lado, o ECAD, demandando a cobrança judicial de direitos autorais resistidos e, de outro, o Particular e/ou o Ente Público, que rechaçam determinadas cobranças por entender, em um conceito comum, de que não há a incidência do seu fato gerador, seja por ser indevido, seja por pretextar que a cobrança já ocorre de outra forma, resultando num *bis in idem*.

As decisões dos Tribunais têm sido uníssonas ao validar as cobranças do ECAD diante da disponibilização da sonorização em ambientes públicos como fato gerador, dos novos meios de transmissão de dados (*streaming*, dentre outros) também como fato gerador, e da fixação de preços e critérios pelo ECAD, em face de particulares e entes públicos que disponibilizem ambientes com sonorização, independentemente de lucro.

As decisões, portanto, ratificam o disposto na Lei nº 9.610/98, o caráter monopolista do ECAD e aplicam as regras de incidência da taxa do ECAD na tutela dos direitos dos autores, refutando os questionamentos dos particulares que pretendem valer-se dos direitos autorais sem a contraprestação legal. Tais questionamentos são verdadeiros problemas dos caronas, representados por empresas, particulares e até mesmo entes públicos que decidem não pagar a taxa do ECAD em detrimento dos outros *players* que a pagam regularmente.

Desta forma, as academias de ginástica, os hotéis, motéis e afins que frequentemente questionam na justiça a incidência da cobrança do ECAD em suas dependências, sem pagar os direitos autorais devidos, podem ser considerados verdadeiros *free riders*, se beneficiando do uso da música para criar um ambiente mais agradável e motivante para seus clientes, sem contribuir para a remuneração dos artistas e compositores. Essa prática injusta, reduz a arrecadação e desincentiva a criação de novas obras.

Analisando a teoria do Dilema do Prisioneiro, as decisões judiciais que impõem a cobrança do ECAD aos consumidores podem ser vistas, também, como um incentivo à eficiência para cooperar, na medida em que a Justiça cria um ambiente em que a opção “trair”, questionando a cobrança, se torna menos atrativa e mais onerosa para os consumidores.

Portanto, pode-se afirmar que as decisões dos Tribunais são ferramentas de aplicação da AED, especialmente para combater o problema do “free rider”. Isto, pois, ao interpretar e aplicar a Lei, criar jurisprudência e resolver conflitos, os Tribunais estão contribuindo para a construção de um sistema de direitos autorais mais eficiente e justo, que incentiva a criação e a disseminação da produção artística em prol da sociedade.

6.3 O problema do monopólio do ECAD nos interesses dos agentes.

O monopólio do ECAD apresenta problemas que afetam tanto o interesse dos agentes: autores, ECAD e consumidores.

Estes problemas são citados ao longo de todo o trabalho, mas, em suma, estão representados nos questionamentos de baixa remuneração, falta de transparência e dificuldade de acesso das informações, para os autores; e, do lado dos consumidores, as queixas são relacionadas aos altos custos (taxas elevadas que encarecem o acesso à informação e cultura), limitação de oferta (pois o monopólio pode limitar a oferta de obras na medida em que dificulta o acesso ao sistema ou ao recebimento de uma remuneração justa) e a própria burocracia para ter autorização para o uso destas obras protegidas.

O monopólio do ECAD traz ineficiências econômicas para o bem-estar social, algumas já mencionados acima, como preços mais altos, a menor produtividade, inovação e, em especial, pode potencializar condições desfavoráveis aos autores e consumidores, limitando sua liberdade de escolha e negociação.

Ciente dos problemas do monopólio do ECAD e seus efeitos nos interesses dos autores e consumidores, bem como da necessidade de eficiência do sistema para todos os agentes, o critério de Kaldor-Hicks e o dilema do prisioneiro podem ser relacionados como ferramentas para a busca de maximização dos ganhos dos agentes.

O critério de Kaldor-Hicks avalia a eficiência de uma mudança social ou econômica, priorizando o aumento do bem-estar total da sociedade, mesmo que isso implique em perdas para alguns indivíduos, desde que os ganhadores possam, em teoria, compensar os perdedores.

No que tange o ECAD, a gestão coletiva de direitos autorais pelo ECAD pode ser vista como uma forma de aumentar a eficiência econômica, pois reduz os custos de transação para os titulares de direitos autorais e facilita a arrecadação e distribuição dos direitos. Contudo, o monopólio do ECAD na gestão coletiva de direitos autorais também pode gerar perdas de eficiência, a exemplo dos preços mais altos para os usuários de música e uma distribuição menos equitativa dos recursos entre os autores. Neste caso, pode haver um impacto negativo no bem-estar da sociedade, pois as perdas dos usuários de música não seriam compensadas pelos ganhos dos titulares de direitos autorais.

A teoria do dilema do prisioneiro pode também ser usada para avaliar a eficiência do sistema atual, pois demonstra como a busca racional pelo interesse individual pode levar a um resultado pior para todos os envolvidos, em comparação com uma situação em que todos cooperassem, a exemplo do caso clássico dilema de cooperar ou trair.

Do ponto de vista dos autores, cada agente autoral busca maximizar seus próprios rendimentos, o que pode levá-los a pressionar o ECAD por maiores taxas e repasses, mesmo que isso implique em custos mais altos para os usuários e menor acesso à cultura. O ECAD, como agente monopolista, pode ter incentivos para maximizar seus lucros, mesmo que isso signifique taxas mais altas e menor eficiência na gestão dos direitos autorais.

Essa busca individual dos agentes por maximizar ganhos pode levar a um resultado subótimo (típico em falhas de mercado), pois os autores recebem menos do que poderiam em um mercado mais competitivo, consumidores pagam taxas mais altas e têm acesso restrito à cultura, e o ECAD pode enfrentar críticas e pressões por maior transparência e eficiência.

São soluções para enfrentar os resultados subótimos: a) regulação: com a intervenção do governo para corrigir falhas de mercado, como a criação de leis antitruste para combater monopólios ou a imposição de impostos sobre a poluição; b) políticas públicas: com a criação de programas estatais para o fornecimento de bens públicos (como educação e saúde) ou para incentivar a produção de bens com externalidades positivas (como pesquisa e desenvolvimento); c) melhora da informação: Fornecer mais informações aos consumidores pode ajudá-los a tomar decisões mais eficientes; ou d) mecanismos de coordenação: que são incentivos e acordos podem ser criados para promover a cooperação entre os agentes econômicos e evitar resultados subótimos (MANKIW, 2001, p. 191).

O critério de Kaldor-Hicks pode ser usado para avaliar diferentes políticas de gestão coletiva de direitos autorais, buscando identificar aquelas que maximizam o bem-estar total da sociedade, mesmo que impliquem em perdas para alguns agentes.

A criação de mecanismos que incentivem a cooperação entre os agentes e o ECAD, como a transparência na gestão dos recursos e a participação dos autores nas decisões, pode levar a resultados mais eficientes e benéficos para todos.

A regulação do ECAD, estabelecendo limites para as taxas e garantindo a transparência na gestão dos direitos autorais, pode ajudar a evitar o abuso de poder e promover um mercado mais competitivo e eficiente.

Neste contexto, a falta de concorrência do ECAD e o desincentivo para a busca pelo interesse individual levam a interesses piores para os agentes.

Portanto, deve-se buscar alternativas de cooperação que promovam o bem-estar geral da sociedade, incentivando a interação entre os agentes e garantindo um sistema de gestão coletiva de direitos autorais mais justo e eficiente.

Para minimizar os impactos do monopólio do ECAD nos interesses dos agentes, devem ser levadas em consideração as ferramentas econômicas acima citadas, que ocasionam a conclusão de cooperação entre os agentes, com o intuito de trazer eficiência e evitar abusos.

Com relação à atuação do ECAD e os interesses dos autores, as associações filiadas devem ser livres para fixar os preços e critérios dos artistas e autores, de modo a permitir que os artistas busquem as associações com as melhores propostas e os percentuais de cobrança de direitos autorais também seriam livres. Assim, haveria uma concorrência entre as associações filiadas, com a livre escolha dos artistas àquele modelo que melhor se adequasse a sua necessidade, observando o critério da adequação da remuneração, informações e transparência.

Com relação aos interesses dos consumidores, deve-se permitir a criação de mecanismos de participação dos consumidores na gestão do ECAD. Um exemplo é o Projeto de Lei nº 3968/2019, que prevê a criação de um Conselho de Usuários, composto por representantes de diversos setores da sociedade, para acompanhar e fiscalizar a atuação do ECAD.

6.4 O problema do *free rider* na legislação de direitos autorais norte americana.

O *free rider* (carona) não é um problema que se manifesta apenas na cobrança dos direitos autorais no contexto legislativo brasileiro. Outros países implementaram mecanismos e leis que enfrentam o problema do carona, na busca por uma remuneração justa dos autores e, ao mesmo tempo, para equilibrar os interesses sociais.

No livro "Direito Autoral", publicado em 2010, Denis Borges Barbosa já mencionava a lei de direitos autorais dos Estados Unidos como uma das mais evoluídas do mundo, especialmente no que tange à proteção de obras digitais e ao combate à pirataria.

Assim, considerando esta chancela, merece especial atenção o modelo norte-americano como parâmetro comparativo na busca de soluções para o problema do *free rider* (carona) num ambiente *online* cada vez mais globalizado e interligado.

Da mesma forma que o direito autoral brasileiro, a Constituição norte-americana eleva o tratamento do direito autoral à ordem constitucional, no seu Artigo I, Seção 8, Cláusula 8, da sua Constituição¹²⁷. Também conhecida como a "**Cláusula de Progresso**", concede ao Congresso o poder de:

The Congress shall have Power ...To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.

Essa cláusula é a base legal da *Copyright Act*, que estabelece regras para a proteção de obras originais de autoria, como livros, músicas, filmes, obras de arte, softwares, dentre outras expressões criativas, bem como define os direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais, as limitações e exceções a esses direitos, as regras para o registro de direitos autorais e as penalidades para a violação de direitos autorais.

Desde a sua promulgação, em 19 de outubro de 1976, esta Lei sofreu diversas alterações e atualizações para se adaptar às novas tecnologias e formas de expressão, destacando-se a *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)¹²⁸ e a *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA)¹²⁹, ambas originadas no ano de 1998.

Denis Borges Barbosa¹³⁰, destaca a influência da lei americana na legislação brasileira e em outros países, especialmente no que diz respeito à proteção de obras digitais e ao combate à pirataria.

Especificamente com relação à proteção dos direitos autorais por seus titulares, destacam-se dois mecanismos de limitação e exceção, disponíveis aos titulares de direitos autorais no combate do usuário transgressor:

¹²⁷ Disponível em <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> Acesso em 27 de maio de 2024.

¹²⁸ A *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) trata de questões específicas relacionadas aos direitos autorais na era digital, tais como a proteção de medidas tecnológicas voltadas para os direitos autorais e a responsabilidade dos provedores de serviços online por conteúdo infrator.

¹²⁹ A *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA) alargou a duração da proteção dos direitos autorais, que eram de 50 anos, para 70 anos após a morte do autor, cuja extensão excessiva do prazo de proteção é alvo de críticas até os dias de hoje.

¹³⁰ In. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**, 2005.

O primeiro deles é a doutrina do "fair use" (uso justo), prevista na Seção 107 do *Copyright Act* de 1976¹³¹, que se traduz em uma importante limitação aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais americanos, permitindo o uso de material protegido sem a necessidade de autorização prévia do seu titular, em determinadas circunstâncias.

Esta Seção estabelece quatro hipóteses que, dependendo da análise do caso, podem ser consideradas de uso justo de uma obra protegida por direitos autorais. São elas:

- (i) **a finalidade e a natureza do uso**, sendo possível a consideração de um uso justo para os usos não comerciais ou para fins educacionais sem fins lucrativos;
- (ii) **o valor e a substancialidade da parte utilizada em relação à obra como um todo**, sendo possível a consideração de um uso justo para os usos insignificantes, ínfimos e/ou discretos em relação a obra como um todo;
- (iii) **a natureza da obra protegida por direitos autorais**, sendo possível a consideração de um uso justo para as obras publicadas (que são mais propensas a serem consideradas para uso justo do que obras não publicadas);
- (iv) **o efeito do uso sobre o mercado potencial ou o valor da obra protegida por direitos autorais**, sendo possível a consideração de um uso justo se o uso não prejudicar o mercado da obra original ou seu valor.

Assim, a avaliação de um uso justo ou não dependerá de uma interpretação subjetiva e casuística do titular do direito autoral, que estará adstrito, em casos de controvérsia, ao entendimento dos Tribunais para se determinar se um uso é justo ou não.

Alguns exemplos são irrefutáveis, conforme disposto no quadro comparativo abaixo:

Uso Justo	Uso Injusto
• citar um trecho de um livro em uma resenha crítica; • utilizar uma imagem em uma apresentação educacional; • criar uma paródia de uma música ou filme; • gravar um programa de TV para assistir mais tarde;	• copiar um livro inteiro e distribuí-lo gratuitamente; • utilizar uma música em um comercial sem autorização; • criar uma cópia exata de um software e vendê-la; • transmitir um filme ao vivo na internet sem autorização

¹³¹ §107 · Limitations on exclusive rights: Fairuse

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copy- righted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copy- righted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Portanto, a doutrina do "fair use", em caráter excepcional, reconhece que nem todo uso não autorizado de uma obra protegida é prejudicial aos titulares de direitos e que alguns usos podem ser socialmente benéficos.

No que tange ao problema do *free rider*, a doutrina do "fair use" atua como uma verdadeira válvula de escape, pois permite que certos usos não autorizados de obras protegidas sejam considerados legítimos, evitando que a proteção dos direitos autorais se torne excessivamente restritiva e prejudique o acesso à cultura e ao conhecimento.

Em outras palavras, o "fair use" é uma ferramenta de mitigação do problema do *free rider*, permitindo o uso limitado de obras protegidas em determinadas circunstâncias.

Esta situação, contudo, não é imune a conflitos com os titulares de direitos autorais, que podem entender que seus interesses econômicos são prejudicados em determinado uso não autorizado de suas obras. Neste sentido, frise-se que a linha entre o uso justo e a infração de direitos autorais é tênue, e a interpretação do fair use pode variar dependendo do contexto e dos tribunais.

Apesar da lei brasileira não utilizar o termo "fair use", pode-se entender que os artigos 46, 47 e 48 da Lei nº 9.610/98 fazem referência ao seu objetivo, pois estabelecem limitações aos direitos autorais, com hipóteses em que, igualmente, não há autorização prévia do autor e o pagamento de direitos autorais.

O segundo mecanismo relevante, presente na *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) dos Estados Unidos, que pode ser considerada uma ferramenta para solucionar o problema do *free rider*, é o modelo de notificação e retirada (*notice-and-takedown*), na medida em que busca solucionar o problema da utilização não autorizada de obras protegidas em plataformas online, que se beneficiam do conteúdo sem remunerar os criadores.

A Seção 512 do DMCA¹³² estabelece um processo de "notificação e retirada" (*notice-and-takedown*) que possibilita os titulares de direitos autorais, ao verificar uma situação de transgressão, solicitar a remoção de material infrator de sites e plataformas online. Trata-se de uma ferramenta efetiva, voltada para o próprio titular de direito autoral, para combater a pirataria online.

No contexto *online*, o problema do *free rider* se intensifica e potencializa, pois a facilidade para copiar e compartilhar o conteúdo permite que os usuários acessem as obras protegidas sem pagar pelos direitos autorais, prejudicando os titulares dos direitos. Neste

¹³² Disponível em <https://www.copyright.gov/512/> Acesso em 27 de maio de 2024.

ambiente, as plataformas online podem se beneficiar do tráfego de conteúdos (compartilhamentos de arquivos) sem contribuir para a remuneração dos criadores.

Nestes termos, este modelo de notificação e retirada (*notice-and-takedown*) traz uma importante “arma” de enfrentamento individual dos titulares dos direitos autorais que, ao depararem com uma situação prejudicial, podem notificar as plataformas *online* sobre a presença de conteúdo infrator em seus servidores. A partir desta notificação, a plataforma deve remover o conteúdo prontamente, sob pena de ser responsabilizada pela infração.

Os provedores de serviços *online* (ISPs), que hospedam ou transmitem conteúdo de terceiros, também estarão protegidos de sanções se seguirem certos procedimentos, tais como: (a) designar um agente para receber notificações de infração de direitos autorais; (b) remover prontamente o material infrator após receber uma notificação válida; e (c) implementar uma política de encerramento de contas de usuários reincidentes.

A Seção 512 (f) do DMCA prevê a proteção dos direitos autorais contra ações judiciais infundadas relacionadas à remoção ou desativação de acesso a material online, protegendo os provedores de serviços online (ISPs) de serem responsabilizados por remover conteúdo que supostamente viola direitos autorais, mesmo que a alegação de violação seja posteriormente considerada infundada. Esta mesma Seção determina que o indivíduo de má-fé que apresente uma notificação de infração de direitos autorais falsa, será responsabilizado por quaisquer danos, incluindo custos e honorários advocatícios, incorridos pelo provedor de serviços online ou pelo afetado pela remoção ou desativação do material.

Portanto, este modelo desestimula a ocorrência do problema do *free rider*, pois, ao tornar as plataformas *online* responsáveis pela remoção do conteúdo infrator, elas passam a ter um incentivo para evitar a hospedagem de conteúdo não autorizado, protegendo os titulares de direitos autorais e promovendo o acesso ao conteúdo legal e incentivando a criação de novas obras.

7 - CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos autorais são presentes em todas as áreas de criação da sociedade – artísticas, culturais, científicas e industriais. São divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais.

Enquanto os direitos morais asseguram a autoria da criação ao autor da obra intelectual, no caso de obras protegidas por direito de autor, os direitos patrimoniais se referem principalmente à utilização econômica da obra intelectual e podem ser transferidos ou cedidos a outras pessoas, às quais o autor concede direito de representação ou mesmo de utilização de suas criações.

O ECAD é entidade civil, de personalidade jurídica privada, instituída pela Lei n. 5.988 de 1973 e mantida através da LDA – Lei de Direitos Autorais n. 9.610 de 1998, que objetiva a proteção dos direitos do autor, inclusive os que lhe são conexos.

Buscou-se refletir sobre a necessidade de mudanças expressivas no que tange aos direitos do autor e, conseqüentemente, deve-se possibilitar a efetiva proteção dos direitos da propriedade intelectual. Contudo, é notória a preocupação dos tribunais pátrios em definir a situação em relação à cobrança do ECAD.

Além disso, a ausência do pagamento da contribuição ao ECAD é prejudicial aos artistas.

Desde a sua criação, o STJ tem-se deparado com questões concernentes aos direitos autorais.

A busca pela solução de tantos desafios é constante. Contudo, no Brasil, avanços consideráveis na melhoria do recebimento de direitos autorais, principalmente em decorrência da pacificação jurisprudencial do STJ, objetivando compreender valores e conceitos dos diversos direitos compartilhados no ambiente digital.

A Análise Econômica do Direito configura um instrumento para o desenvolvimento econômico, com enfoque nas principais falhas de mercado.

Direito e Economia caminham entrelaçados.

Ao estudar economia, observam-se os conceitos de eficiência e economicidade.

É importante estabelecer vínculos mais estreitos entre direito e economia, a fim de se conceber novas perspectivas de enfrentamento das questões discutidas ao longo do trabalho.

Desse modo, torna-se relevante a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito-AED.

A teoria econômica explica como os mercados servem para efetuar a coordenação dos planejamentos dos participantes que nele atuam, a fim de oferecer-lhes vantagens resultantes da especialização e da inovação.

Diante disso, a Análise Econômica do Direito deve ser aplicada junto à realidade fática do universo jurídico discutido no trabalho.

Com a crescente evolução tecnológica, surgem muitas questões atinentes ao direito autoral resultante da utilização das obras intelectuais.

A Análise Econômica do Direito – AED possibilita a deliberação de quais as regras legais são economicamente eficientes, examina o comportamento dos agentes econômicos e consagra os princípios da racionalidade, do equilíbrio e da eficiência. A partir daí, as pessoas escolhem suas preferências e respondem em consonância com os incentivos oferecidos a elas.

Assim, a Análise Econômica do Direito – AED avalia a eficiência das regras jurídicas, que regulam assuntos relacionados com a economia e que se encontram nos diversos ramos do Direito.

Mercados não concorrenciais oferecem riscos para o livre exercício das atividades econômicas. Porém, é necessário que existam regras para disciplinar a estrutura e o funcionamento destes mercados, para evitar prejuízos ao bem-estar da coletividade, satisfazer as necessidades individuais e promover a circulação de riquezas.

As falhas de mercado são danosas por comprometerem a concorrência e por isso devem ser coibidas.

Dentre as principais falhas de mercado, que afetam o equilíbrio entre preço e demanda da concorrência perfeita, destacou-se: a) bens públicos; b) competição imperfeita; c) externalidades; d) assimetria de informação; e, e) monopólios naturais.

A economia vislumbra bens públicos como todos os que não são rivais e não excludentes, ou melhor, não há impedimento de seu uso por parte dos demais e nem tampouco redução de disponibilidade. Enquanto, para o Direito, os bens públicos são todos regidos pelo Direito Público, seja para o uso direto ou indireto da coletividade ou uso direto pelo Estado como um todo.

Em busca da tão sonhada eficiência, cabe ao Estado organizar, direta ou indiretamente, a distribuição dos “bens públicos”, bem como corrigir as falhas do mercado, principalmente as externalidades.

A concorrência perfeita parte de dois pressupostos básicos: deve haver muitos compradores e vendedores no mercado. Além disso, os bens oferecidos pelos diversos vendedores são, em grande medida, os mesmos.

São formas de concorrência imperfeita: o monopólio, o oligopólio, a concorrência monopolística, o monopsônio e o oligopsônio.

Enquanto no monopólio há apenas um vendedor de uma mercadoria, no oligopólio há poucos vendedores de uma mercadoria. No monopsônio existe apenas um comprador de um

determinado bem ofertado por muitos vendedores, já no oligopsônio, existem poucos compradores de um determinado bem e vários vendedores.

Em um mercado eficaz onde paira a concorrência perfeita, compradores e vendedores devem ter disponíveis 100% de informação.

A assimetria de informação constitui uma forma de competição imperfeita, mas diante de sua relevância será aqui analisada separadamente.

A chamada teoria dos mercados de informação assimétrica configura uma corrente da microeconomia no sentido de haver assimetria no acesso à informação entre compradores e vendedores nas mais diversas transações.

A assimetria da informação ocorre quando algumas partes possuem mais informações do que outras: vendedores costumam saber mais sobre a qualidade de um produto que os compradores; trabalhadores conhecem suas próprias habilidades melhor que empregadores.

A decisão de um agente econômico pode gerar indiretamente efeitos positivos ou negativos no bem-estar de um terceiro.

O Direito consoante ao princípio da eficiência econômico-social reduz as externalidades, na proporção em que os custos são internalizados em decorrência da violação dos princípios morais.

O critério de Kaldor-Hicks é um princípio da economia do bem-estar que avalia a eficiência de uma mudança social ou econômica. Segundo esse critério, uma mudança é considerada eficiente se os ganhadores puderem, em teoria, compensar os perdedores e ainda assim ficarem em melhor situação. Ou seja, a mudança aumenta o bem-estar total da sociedade, mesmo que alguns indivíduos sejam prejudicados.

Pode-se analisar a atuação do ECAD a partir do critério de Kaldor-Hicks para verificar a eficiência econômica e a distribuição de bem-estar na gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.

Contudo, o monopólio do ECAD na gestão coletiva de direitos autorais também pode gerar perdas de eficiência, como preços mais altos para os usuários de música e uma distribuição menos equitativa dos recursos entre os artistas.

As externalidades podem ser definidas como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada para suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sem assim classificado como externalidade negativa ou positiva respectivamente.

Em se tratando de melhora de situação de outro agente, há a externalidade positiva, se há piora, a externalidade é negativa.

Quando existe a externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade do que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável, do ponto de vista social.

Lado outro, quando as externalidades são positivas, o valor social supera o valor privado e tem como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Constatou-se que o consumo e os problemas advindos da utilização musical, da arte, do cinema, da TV correspondem às externalidades positivas.

A falta de concorrência do ECAD e o desincentivo para a busca pelo interesse individual levam a interesses piores para os autores. Consequentemente, a falta de concorrência pode acarretar preços mais altos para as empresas e uma distribuição menos eficiente dos recursos.

Deve-se buscar mecanismos de regulação, investimentos em bens públicos e estímulo às externalidades positivas (maximização dos impactos positivos), a fim de oferecer uma contribuição para o bem-estar econômico e social, quiçá estimulando a negociação e cooperação entre os agentes envolvidos.

Indubitavelmente, as externalidades positivas podem e devem ser incentivadas através de políticas públicas ou subsídios governamentais.

Destacou-se a importância do papel do Estado como corretor de externalidades e como provedor de bens públicos.

Cabe ao Estado criar e/ou incentivar as externalidades positivas, promovendo subsídios ou benefícios geradores de impactos econômicos positivos, bem como controlar as externalidades negativas, através das agências reguladoras e das legislações, além de evitar informações assimétricas.

Ademais, a lei existe para corrigir as externalidades.

Um carona é uma pessoa que se beneficia de algo sem despendar esforços ou pagar por isso, ou seja, *free rider* é aquele que utiliza produtos sem pagar pelo uso.

O comportamento do carona pode ter diversos impactos negativos na economia e na sociedade em geral, pois cria uma situação de desigualdade, desencoraja a inovação e o investimento em novos produtos ou serviços, além de reduzir a qualidade dos recursos ou serviços oferecidos.

O carona é considerado uma falha do sistema convencional de mercado livre. Contudo, o problema ocorre quando alguns membros de uma comunidade deixam de contribuir com sua parte justa para os custos de um recurso compartilhado.

No âmbito social, o *free riding* pode levar a um sentimento de injustiça e desigualdade. Aqueles que estão contribuindo de forma justa podem se sentir explorados e desmotivados, enquanto os *free riders* se beneficiam sem esforço. Isso pode gerar ressentimento e prejudicar a coesão social. Além disso, a presença de *free riders* pode minar a confiança nas instituições e nos sistemas, já que as pessoas podem questionar a eficácia e a justiça desses sistemas.

O *free riding* configura uma prática injusta em que indivíduos se beneficiam dos recursos ou serviços fornecidos por outros sem contribuir adequadamente.

Mecanismos de exclusão mais eficientes, devem ser buscados, a fim de tornar mais difícil ou mais oneroso para os *free riders* se beneficiarem dos recursos ou serviços sem a devida contribuição.

Deve-se incentivar a promoção da cultura de contribuição justa e as pessoas devem se conscientizar e respeitar os direitos autorais, cooperarem para que os cantores, compositores e demais artistas, recebam o pagamento justo por seu trabalho.

Faz-se necessário buscar estratégias e medidas viáveis, a fim de se combater o comportamento de *free rider*, tais como criar leis e regulamentações para punir os que se beneficiam dos recursos ou serviços sem contribuir adequadamente.

Do mesmo modo, deve-se implementar sistemas de fiscalização mais eficientes para garantir que todos os usuários paguem as taxas ao ECAD.

Além do ECAD, poder-se-ia buscar controles privado (do próprio artista) ou público (através de agência reguladora eficaz).

Garantir a proteção adequada da propriedade intelectual para evitar que outras pessoas se beneficiem do trabalho e dos investimentos feitos pelos autores, seja através de patentes, direitos autorais e outras formas de proteção legal, também pode ser adequado.

Em se tratando de serviços públicos, cabe ao Estado regulamentar as condições de delegação dessas atividades, disciplinar as condições que devem nortear a prestação desses serviços essenciais e fiscalizar a sua execução.

No Brasil, o exercício da regulação, ainda em sua fase infante, tem que levar em conta as mudanças em curso na estrutura dos mercados, na configuração patrimonial e nos mecanismos de regulamentação. Desse modo, é fundamental o estabelecimento de princípios básicos que

pautem a atuação consistente dos órgãos reguladores e permitam assegurar os objetivos fixados pelas reformas setoriais.

Todavia, a polêmica maior é pautada nos critérios adotados pelo ECAD para alcançar os valores cobrados a título de contribuições atinentes aos direitos autorais.

Não cabe ao Judiciário fixar os valores da retribuição autoral devida ao ECAD.

Cabe às entidades que compõem o ECAD, além dos próprios autores fixar a remuneração e estabelecer os valores dos direitos autorais devidos pelos usuários do repertório musical que administram.

Para resolver a falha de mercado do monopólio do ECAD e desestimular a atuação do free rider, a solução que se propõe, diante da imprescindibilidade de um modelo de cooperação e busca de uma maior eficiência, é: (a) permitir que associações filiadas sejam livres para fixar os preços e critérios dos artistas e autores, de modo a possibilitar que os artistas busquem as associações com as melhores propostas e os percentuais de cobrança de direitos autorais seriam livres; (b) permitir a criação de mecanismos de participação dos consumidores na gestão do ECAD, a exemplo de um Conselho de Usuários, composto por representantes de diversos setores da sociedade, para acompanhar e fiscalizar a atuação do ECAD, evitando abusos de sua atuação; (c) utilizando-se do direito comparado norte-americano, conferir direito as plataformas *online* responsáveis pela remoção de um conteúdo infrator, para evitar a hospedagem de conteúdo não autorizado, protegendo os titulares de direitos autorais e promovendo o acesso ao conteúdo legal e incentivando a criação de novas obras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. Considerações em torno do Direito Autoral no Mundo Digital. In: VALLE, Regina Ribeiro do (org.). E-dicas: **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Usina do Livro, 2005.

_____. **Direito do autor e direitos conexos**. São Paulo: do Brasil S.A., 2002.

_____. Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Gênero Propriedade Intelectual. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral** - Conceitos essenciais. São Paulo: Manole. 2009.

ALBANESE, R. & VAN FLEET, D. D. (1985). *Rational behavior in groups: The freeriding tendency*. *The Academy of Management Review*, 10(2), 244-255.

DOI: <https://doi.org/10.5465/amr.1985.4278118>

- ALVAREZ QUELQUEJEU, Luis Camilo. *La sociedad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, 11. Ed., Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.
- ALVES, Giovani Lofrano Alves. **Direitos autorais no mercado globalizado da música**. XXV Congresso do CONPEDI: Curitiba, 2016. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 16 de jul. de 2023.
- ALVES, Isabela de Sena Passau; MATIVI, Mariana; CEOLIN, Monalisa. **Inciso XXVII. Direito autoral**. Publicado em nov. 2019 e atualizado em ago. 2023. Disponível em www.politize.com.br Acesso em 28 de jan. de 2024.
- ALVES, Paula. **Spotify chega a quase 200 milhões de assinantes e 200 milhões em prejuízo**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2022/10/25/spotify-aumenta-numero-deassinantes-mas-registra-prejuizo-milionario/>. Acesso em 10 de fev. de 2024.
- ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- ARAYA, Elizabeth Roxana Mass; VIDOTTI, Silvana Aparecida Borsetti Gregorio. **Criação, proteção e uso legal de informação em ambientes da World Wide Web**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.
- ARGOLLO, Lahiri Lourenço; ROSA, Flávia Goulart Mota Garcia. **Publicações científicas e direito autoral: a função social da propriedade intelectual**, v. 12, n. 3, p. 51-79, Salvador: Ponto de Acesso, dez. 2018.
- ARONNE, Ricardo. **Código Civil Anotado**. Direito das Coisas. Disposições Finais e legislação especial selecionada. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- ARRIGHI, Yasmin Condé. **Impactos do streaming no direito autoral: a questão da execução pública**. Goiânia, 2019. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 04 de junho de 2023.
- ASSAD, Germano. **Simulcasting, webcasting validade e convergência digital: taxas não devem encorajar radiodifusores**. Disponível em www.aerp.org.br Acesso em 12 de fev. de 2024.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- _____. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- _____. **Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**. Revista de direito autoral. Ano I, n. I, ago., 2004.
- _____. **O “Fair Use” no Direito Autoral**. Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (*Three Step Test*). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 102, 2007.
- BALBINOTTO NETO, Giácomo. **Externalidades, economia da prevenção e pandemias**. Publicado em maio de 2020. Disponível em www.ufrgs.br Acesso em 01 de maio de 2024.
- BAUMOL, Willaim. *Welfare Economics and the Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1952.
- BARBOSA, Denis Borges. **Direitos autorais e software**, IBMEC. Disponível em < <http://denisbarbosa.addr.com/apostilas.htm> > Acesso em 01 de jul. 2023.
- _____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- _____. **Direito do autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- _____. BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. **O Uso livre de música encontrada na internet**. 2000. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#direitos>. Acesso em 19 de julho de 2023.

- _____. *Direito de autor – questões fundamentais de direito de autor*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BARBAROSSA, Diego. **Reino Unido regulamenta as plataformas de *streaming***. Cosmonerd. 07 nov. 2023. Disponível em: <<https://cosmonerd.com.br/filmes/noticias/reino-unido-regulamenta-as-plataformas-de-streaming/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.
- BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.
- BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução**, 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- BAUMOL, William Baumol. ***Welfare Economics and the Theory of the State***. Cambridge: Harvard University Press, 1952.
- BECKER, Keiffer. ***Fair use e sua aplicação na legislação brasileira***. Publicado em 09 de jul. de 2021, Disponível em www.jus.com.br Acesso em 13 de jul. de 2024
- BERGAMIM, José Felício; TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio César de. A eficiência das regras jurídicas do planejamento econômico brasileiro quanto à gestão sustentável dos recursos hídricos: uma visão da análise econômica do direito. In. **Análise econômica do direito: uma abordagem aplicada**. Org. TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio César de. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- BERTOLIM, Aline. A moderna regulação econômica em vista da evolução dos serviços públicos. In: **Direito Econômico** – evolução e institutos. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- _____. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos autorais como direitos fundamentais da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade metodista de São Paulo**, Disponível em www.metodista.br Acesso em 05 de fev. de 2024.
- BORASCHI, Reginaldo. **O abuso decorrente da violação à finalidade econômica do direito**. Dissertação (Mestrado) apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUCSP, 2013.
- BOYLE, James. ***Shamans, software & spleens: Law and the construction of the information society***. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. ***The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind***. New Haven: Yale University Press, 2004.
- BRANCO JUNIOR, Sergio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>. Acesso em 20 de jul. de 2023.
- BRANT, Fernando. Os direitos de reprodução e comunicação pública nos serviços de *streaming*. In **O Autor existe: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC**. Coord. SANCHES, Sydney; CALLAI, Karina. Rio de Janeiro: Litteris, 2022.
- BRANT, Leonardo Brant. **Direito Autoral e Direitos Conexos**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ENAP, **Direitos do Autor**. Módulo 2. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2015.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.
- CABRAL, Plínio. **Revolução tecnológica e direito autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

- _____. **Direito autoral: dúvidas e controvérsias**. São Paulo: Harbra, 2000.
- CALAMANDREI, Guido M. *Transaction costs, resource allocation and liability rules*. *Journal of Law and Economics*, 1968.
- CALMON, Guilherme Calmon Nogueira da Cunha. **Direito Civil** – parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.
- CAMARGO, André Antunes Soares de. **Um exemplo de liberdade de associação na visão do STF**. Publicado em 2014. Disponível em www.conjur.br Acesso em 03 de fev. de 2014.
- CAMPANHÃ, Beatriz Espricigo. **Abuso do direito**, Publicado em 2016, Acesso em 9 de jul. de 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASADO, Laura. *Manual de derechos de autor*. Buenos Aires: Valletta, 2005.
- CASTRO, Beatriz. **O abuso do direito e o art. 187 do Código Civil**. Publicado em 27/04/2024 Disponível em www.direitoreal.com.br Acesso em 01 de ago de 2024.
- CASTRO, João Pedro Marques e. **Princípios da Boa Administração, Eficiência e Economicidade**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho, 2015.
- CASTRO, Lincoln Antônio de. Noções sobre direito autoral. **Revista do Ministério Público**, n. 13, Rio de Janeiro, 2001.
- Castro, L. T., Neves, M. F., & Scare, R. F. **Eficiência de representação das associações de produtores de cana-de-açúcar no Brasil**. *Organizações Rurais & Agroindustriais*, 17(3). 2015.
- CASTRO, Sidemar. **Falha de mercado: o que é, como é causada e quais seus efeitos?** Disponível em <https://investidorsardinha.r7> Acesso em 16 de fev. de 2024.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. 3. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Tratado da propriedade industrial**. Vols. 1 e 2, Tomos 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- CLARK, Giovani; CORREA, Leonardo. Teoria das normas e o Direito Econômico: um diálogo com a Filosofia do Direito. In: **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. Coord. SOUSA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani, São Paulo: LTr, 2011.
- COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. *The Journal of Law & Economics*, Estados Unidos da América, Chicago, v. 3, out. 1960.
- _____. *Essays on economics and economists*. Chicago/ London: University of., 1998.
- _____. *The Lighthouse in Economics*. *The Journal of Law & Economics*, v. 17, n. 2, 1974.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** – direito da empresa. 16. Ed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Legislação e normas**. 3. Ed. Brasília: CND, 1985.
- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. Ed. Berkeley Law Books, 2016.
- COSTA, Lorrane Carvalho da; FERREIRA, Luisa Lemos. A função social dos direitos autorais. **Direito do Autor e os Primados Constitucionais**. XII Congresso de Direito do Autor e Interesse Público. 2018, Disponível em www.gedai.com.br Acesso em 15 de jul. de 2023.
- COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed. São Paulo: FTD, 2008.
- CREUZ; Luís Rodolfo Cruz e; PETKEVICIUS, Marisa Santos Souza. **Como se livrar da cobrança da taxa do ECAD**. Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 11 de fev. de 2024.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.
- DAVID, Thiago B. de. **Eficiência, economicidade e direitos fundamentais: um diálogo necessário e possível**. Disponível em www.amprs.org.br Acesso em 29 de mar. de 2024.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- DRUMMOND, Victor. **Direito do autor no Brasil atravessa uma profunda crise**. Disponível em www.conjur.br Acesso em 20 de jul. 2023.
- COUTO, Walter E.; FERREIRA, Sueli Mara Soares Pinto; SOUZA, Allan Rocha de; VALENTE, Mariana G. **Direitos autorais e acesso ao conhecimento, informação e cultura**. São Paulo: FEBAB, 2022.
- DANA, Samy. **A teoria dos mercados com informação assimétrica**: uma ruptura do pensamento da microeconomia. Disponível em <https://g1.globo.com/economia> Acesso em 13 de fev. de 2024.
- DALMÁCIO, Flávia Zamboli; IWAGASE, Laislla Obara. **Uma análise do efeito carona (free riding) num ambiente de shopping center em período promocional de vendas**. 2018. Disponível em pt.livingeconomyadvisors.com Acesso em 28 de abril de 2024.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, direito das coisas. vol. 4, 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DUFLOTH, Rodrigo. Análise econômica do direito de empresa. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. **Pequeno Mosaico de Direito Autoral**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.
- _____. Os direitos de reprodução e comunicação pública nos serviços de *streaming*. In. **O Autor existe**: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC. Coord. SANCHES, Sydney; CALLAI, Karina. Rio de Janeiro: Litteris, 2022.
- ELIAS FILHO, Rofis. **Fair use: o que é o uso aceitável de uma obra intelectual. Publicado em 17 de jul. de 2021**. Disponível em www.tecmundo.com.br Acesso em 14 jul. de 2024.
- ENAP, **Direitos do Autor**. Módulo 2. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2015.
- FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica. O direito de autor e os sistemas *copyright* e *droit d'auteur*: proteção jurídica em face dos livros impresso e digital. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 23, n. 1. jan/jul. Vitória: FDV, 2022.
- FACHINI, Tiago. **Lei de direitos autorais**: principais pontos da Lei n. 9.610/98. Disponível em www.projuris.com.br Acesso em 27 de jan. de 2024.
- FALCÃO, Caio Valério Gondim Reginaldo; SOARES FILHO, Sidney. Direito Autoral e ECAD: análise jurisprudencial do papel do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição na Cobrança Judicial pela Execução Pública de Obras Musicais e Congêneres. **RJurFA7**, vol. IX, n. 1, Fortaleza, 2012.
- FARIA, Guimar Terezinha Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- FE, Victor; BERNSTES, Luisa Giuliani. **Como sociedade, devemos refletir sobre os direitos autorais dos criadores**. Publicado em 03/06/2023, Disponível em www.conjur.br Acesso em 06 de ago. 2023.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. 6. Ed. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERRAZ, Gabriel. **Entenda o que são externalidades**. Publicado em maio de 2021. Disponível em economiamainstream.com.br Acesso em 01 de maio de 2024.
- FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de. Assimetria de informação, competição e leilões de energia. **Revista TCU**. Jan-abr. 2009.
- FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FOLHAPRESS. **Rei Charles 3º aprova lei que regulamenta plataformas de streaming no Reino Unido**. 07 nov. 2023. Disponível em: <https://www.acesa.com/cultura/2023/11/184434-rei-charles-3-aprova-lei-que-regulamenta-plataformas-de-streaming-no-reino-unido.html>. Acesso em: 30 jan. 2024.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 7. Ed. 2014.
- _____. Análise Econômica do Direito e Direito de Concorrência Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, 231-256, Belo Horizonte: UFMG, jul. 2008.
- _____. **O cartel**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- FRAGOSO, J. H. R. **Direito de autor e copyright**: fundamentos históricos e sociológicos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- FREITAS, Ana. NEXO JORNAL LTDA. Como o Mickey Mouse explica a história dos direitos autorais nos EUA. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/01/18/Como-o-Mickey-Mouseexplica-a-hist%C3%B3ria-dos-direitos-autorais-nos-EUA>. Acesso em: 10 de julho de 2024)
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 1997.
- GAUTIER, Pierre-Yves. **Propriété littéraire et artistique**. 7. Ed. Paris: PUF, 2010.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007.
- GIMENES, Diego. **Brasileiros passaram a consumir mais músicas por streaming em 2020**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/brasileiros-passaram-a-consumir-maismusicas-por-streaming-em-2020/>. Acesso em 05 de fev. 2024.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – parte geral. Vol. I. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In: **Direito Econômico**: evolução e institutos – obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Coord. OLIVEIRA, Amanda Flávio. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios do direito civil luso-brasileiro**. Vol. I. São Paulo: Max Limond, 1951.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade civil por abuso do direito**. Disponível www.tjsp.jus.br Acesso em 02 de ago. de 2024.
- HARADA, Felícia Ayako. **ECAD – direitos autorais**. Disponível em www.conteudojuridico.org.br Acesso em 12 de fev. de 2024.
- HARFORD, Tim. **O que as abelhas podem ensinar os economistas sobre o funcionamento dos mercados**. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias> Publicado em 14 abr. 2019 Acesso em 23 de maio de 2024.
- HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- HOTOTIAN, Andrea. A Primazia do Direito Moral de Autor como Direito da Personalidade: aspectos relevantes. CORREIA, Atalá. CAPUCHO, Fábio Juan. In: **Direitos da Personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri, SP: Manole, 2019.
- HUBMANN, Heinrich. **Urheber und Verlagsrecht**. 2. Ed. München; Beck, 1966.
- JARDES, Thamara. **A evolução histórica dos direitos autorais**. Disponível em www.jusbrasil.com.br Acesso em 08 jul. 2023.
- JAVIER, Ricardo. **Qual o problema do free riding?** 2017. Disponível em cesso em 28 de abril de 2024.
- JOSSERAND, Louis. **De l'Esprit des Droits et de leur Relativité; theorie dite de l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

- KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Org. **Análise Econômica do Direito**: principais autores e estudos de casos. São Paulo: CRV, 2019.
- LANGE, Deise Fabiana. **O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.
- LARA, Fabiano Teodoro de Resende. Análise econômica da propriedade intelectual. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- LEAL, Leonardo José Peixoto; ROCHA, Maria Val da Rocha. **Direitos da personalidade e a proteção do conteúdo patrimonial dos direitos autorais**. RIDB, ano 3, n. 9, 2014, p. 6969 e 6970, Disponível em www.idb-fdul.com Acesso em 09 de julho de 2024.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- LEITE, Luciana Wolf; PAIXÃO, Joyce Mara ávila. A polêmica dos direitos autorais face do acesso à educação e cultura. **Revista do CAAP**, n. 1, vol. XVII, Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. **Culpa e risco**. 2. Ed. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO, 1993.
- LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de. Análise econômica da transação nos processos de modalidades li citatórias para aquisição de bens e contratações de obras públicas. In. **Análise econômica do direito: uma abordagem aplicada**. Org. TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la propriété littéraire et artistique**. 3.ed. Paris: Litec, 2006.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). V. 01. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Bernardo Novais da Mata. **Direitos Culturais e Políticas para a Cultura – Curso de Gestão e Desenvolvimento Cultural Pensar e Agir com Cultura, Cultura e Desenvolvimento**, São Paulo: Sesc, 2007.
- MACHADO, Cristiane. **A ilegalidade das cobranças do ECAD**. Disponível em www.egov.ufsc.br Acesso em 09 de fev. de 2024.
- MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphanie. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Stztajn, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAGRANI, Eduardo. **Cartilhas Direitos Intelectuais**. FGV. 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/04/Cartilhas-versa%CC%83ofinal-1.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- MANKIW, Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução: MONTEIRO, Maria José Cyhlar, Rio de Janeiro, Campus, 2001.
- MARÇAL, Fernanda Magalhães. **Os direitos autorais, sua proteção, a liberalidade na internet e o combate à pirataria**. Publicado em abril de 2010. Disponível em www.conteudojuridico.com.br Acesso em 03 de fev. de 2024.
- MARCIANO, Alain. Guido Calabresi's economics analysis of law, Coase and the Coase theorem. **International Review of Law and Economics**, v. 32, Issue 1, 2012.
- MARQUES, Ana Paula. **Roberto Carlos, a história de vida do Rei da Música Brasileira**. Disponível em www.letras.mus.br Acesso em 01 de maio de 2024.
- MEDAUAR. Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MELO, Renato Dolabella. **Direito Autoral e Independência das Autorizações de Uso**. Phronesis (FEAD-Minas), v. 5, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MESQUITA, Alessandra de Andrade Barbosa Santos de; RODRIGUES, Alessandra Biolcati; MESQUITA, Evandro Afonso de; RODRIGUES, José. Acesso à cultura como fim social dos direitos autorais. **Ponto de Vista Jurídico**, v. 10, n. 2, Disponível em www.periodicos.uniarp.edu.br Acesso em 03 de fev. de 2024, julho de 2021.
- MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**. Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas do direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Renato Duarte Franco de. **A responsabilidade pelo abuso de direito** – o exercício abusivo de posições jurídicas, a boa-fé objetiva e o Código Civil de 2002. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MORAES, Walter. **Posição sistemática do direito dos artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MORATO, Antônio Carlos. Os direitos autorais na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, São Paulo: USP, jan-dez. 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, 16. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MOSCA, Ana Zan. **Regra dos três x direito autoral**. Disponível em www.jusbrasil.com.br Acesso em 9 de jul. de 2024.
- MOTTA JUNIOR, Jose Octavio Araújo. 2003. **Limitações ao direito do autor, cópia privada e engenharia reversa**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-jul05/limitacoes_direito_autor_legislacao_brasileira?pagina=2. Acesso em: 10 ago. 2024.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NAIANE, Láisa. **ECAD projeta arrecadação recorde de R\$1,7 Bi e mais investimentos em tecnologia e ESG em 2024**. Disponível em www.portalphonline.com.br Acesso em 04 de maio de 2024.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt *et al.* Richard Posner. In: **Análise econômica do direito** – principais autores e estudos de casos. Org. KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Curitiba: CRV, 2019.
- NORONHA, João Otávio. Direitos autorais no STJ. In **O Autor existe**: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC. Coord. SANCHES, Sydney; CALLAI, Karina. Rio de Janeiro: Litteris, 2022.
- O'NEILL, Ben. **Resolvendo o "problema" do carona**. 2010. Disponível em www.rothbarbrasil.com Acesso em 28 de abril de 2024.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de Oliveira (coord.). **Direito econômico**: evolução e institutos. Obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ORTEGA, Rodrigo. **Após biografias, grupo de Caetano e Gil luta por renda 'justa' no streaming**. G1, 14 ago. 2015. Disponível em www.globo.com Acesso em 6 de fev. de 2024.

- PALSKUSKI, Tábata Lima. **Entre os direitos fundamentais do autor e de acesso à obra: reflexões à luz da função social da propriedade**. Disponível em www.pucrs.br Acesso em 04 de fev. de 2024. Porto Alegre: 2014.
- PARANANGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- PHELPS, Charles, E. **Health Economics**. Boston: Addison Wesley, 2003.
- PINDYCK, Robert. S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. Ed. São Paulo: Pearson Educação do Brasil, 2010.
- PINTO JÚNIOR, Hélder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. **Assimetria de informação e problemas regulatórios**. Disponível em <https://www.gov.br/anp> Acesso em 16 de fev. de 2024.
- PIERRE, Luiz Antônio Araújo. Direito de autor – algumas limitações legais. Ano VIII, v. 16, **Revista Pensamento e Realidade**, São Paulo: PUCSP, 2005.
- PIGOU, Arthur C. **The economics os Welfare**, London: Macmillian, 1960.
- PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PINTO, Alex Cerqueira; LIMA, Alexandre Vasconcelos de. O problema da assimetria da informação no mercado de crédito. **Boletim Econômico Empírico**. v. 1. n. 1, Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br> Acesso em 16 de fev. de 2024.
- PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Streaming de obras musicais e sua natureza jurídica: uma análise a partir da decisão do STJ no caso ECAD x OIFM. **Anais do Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba, 2017.
- POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006a. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- _____. A funcionalização do direito autoral: limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006b.
- _____. **Direito autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008
- POLINSKY, Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**, 4. Ed., New York: Wolter Kluwer Law & Business, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- PONTES, Hildebrando. Os direitos de reprodução e comunicação pública nos serviços de *streaming*. In: **O Autor existe: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC**. Coord. SANCHES, Sydney; CALLAI, Karina. Rio de Janeiro: Litteris, 2022.
- ENAP, **Direitos do Autor**. Módulo 2. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2015.
- PORTO, Antônio Maritello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. Ed, São Paulo: Atlas, 2022.
- PORTUGAL, Henrique. A polêmica do download de músicas. In: SCHAAL, Flávia Mansur Murad (Org.). **Propriedade intelectual, internet e o marco civil**. São Paulo: Edipro, 2016.
- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9 Ed., Wolter Kluwer Law & Business, 2014.
- _____. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- _____. **Law and Economics in common-law, civil law, and developing nations**. Ratio Juris. V. 17, n.1. 2004.
- _____. **El análisis económico del derecho**. Trad. SUÁREZ, Eduardo L. México: FEC, 2007.
- _____. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

- REICHERT, C. *Australian Government Seeks Copyright Fair Use Feedback*. Disponível em: [/https://www.zdnet.com/article/australian-government-seekscopyright-fair-use-feedback](https://www.zdnet.com/article/australian-government-seekscopyright-fair-use-feedback). Acesso em: 20 set. 2023.
- REIS, Tiago. **Assimetria da informação**: entenda como funciona essa falha de mercado. Disponível em suno.com.br/artigos/assimetria-de-informacao Acesso em 15 de fev. de 2024.
- REVOREDO, Tatiana Trícia de Paiva. A tributação do streaming nos Estados Unidos. **Revista Âmbito Jurídico**. n. 159. Ano XX, abril de 2017. Disponível em www.ambitojuridico.com.br Acesso em 23 de maio de 2024.
- RIBEIRO, Adriana Benilde Valetim Almeida. **A gestão coletiva dos direitos autorais n Brasil**: um estudo da transmissão musical via *streaming*. Rio de Janeiro: UFMG, 2022.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- _____. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: **Análise econômica do direito** – principais autores e estudos de casos. Org. KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Curitiba: CRV, 2019.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos para todos**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** - Parte geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2007.
- ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Disponível em www.repositoriofgv.vr Acesso em 13 de fev. de 2024.
- SAMPAIO, Dayana Almeida Fraga; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. A responsabilidade civil sob a ótica da teoria dos jogos. In: **Análise econômica do direito**: uma abordagem aplicada. Org. TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- _____. A outorga do uso da água à luz dos direitos de propriedade. In: **Análise econômica do direito**: uma abordagem aplicada. Org. TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- SANCHES, Sydney. Os direitos de reprodução e comunicação pública nos serviços de *streaming*. In: **O Autor existe**: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC. Coord. SANCHES, Sydney; CALLAI, Karina. Rio de Janeiro: Litteris, 2022.
- SANTOS; Fernando Rangel Alvarez dos; PINTO, Lucas Baffi Ferreira. **A obrigatoriedade de associação para arrecadação de direitos autorais em face da liberdade constitucional**. Brasília, 2017. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 04 de junho de 2023.
- SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual: o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.) **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.
- SANTOS, Paulo Márcio Reis Santos. **Direito econômico processual**: uma abordagem pela análise econômica do direito. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2013.
- SIEGAL, Jacob. *Taylor Swift explains why she took all of her music off of Spotify*. BGR, 7 nov. 2014. Disponível em: <https://bgr.com/general/taylor-swift-spotify-albums/>. Acesso em: 10 de fev. de 2024.
- SILVA, Ênio Alexandre Gomes Bezerra da; AGUIAR, Júlio César de; TABAK, Benjamim Miranda. Incentivos fiscais capturados pelos oligopólios: uma perspectiva da análise econômica

- do direito. In. **Análise econômica do direito**: uma abordagem aplicada. Org. TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio César de. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVEIRA, Newton. **Direito autoral** – princípios e limitações. Publicado em set-2019. Disponível <https://www.migalhas.com.br/depeso/310820/direito-autoral---princípios-e-limitações> Acesso em 28 de jan. de 2024.
- SMITH, Michel D; TELANG, Rahul. **Streaming, sharing, stealing: big data and the future of entertainment**. Cambridge/Masachusetts: The MIT Press, 2017.
- SOARES FILHO, Sidney. **A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição-ECAD**. Disponível www.publicadireito.com.br Acesso em 10 de fev. de 2024.
- SOARES, Sávio de Aguiar. Tópicos em direitos morais do autor. **Revista do Senado**. A. 46, n. 184, out/dez. 2009. Disponível em www12.senado.leg.br Acesso em 05 de ago. 2023.
- SOARES, Sávio de Aguiar; SOARES, Camila Januário Ferreira. **Princípios de direitos autorais e sua tutela sob o aspecto patrimonial**. Disponível em www.publicadireito.com.br Acesso em 14 de julho de 2023.
- SOUSA, Marcos Rogério de. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: “Regra dos Três Passos” e as limitações aos direitos autorais. **Revista Jurídica ESMP-SP**. Vol. 3, Campinas: ESMP, 2013.
- SOUZA, Allan Rocha de. **Os Direitos Culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.
- _____. SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos morais do autor**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em www.civilistica.com.br Acesso em 07 de ago. de 2023.
- _____. Direitos autorais e acesso à cultura. **Liinc em Revista**, v. 7, n. 2, Rio de Janeiro, set-2011.
- _____. **Amores possíveis**: direitos autorais, leitura e acesso à cultura. Disponível em <https://ibdaautor.org.br/> Acesso em 02 de fev. de 2024.
- SOUZA, Alexander Araújo. **O abuso do direito no processo penal**. São Paulo: Lumens Juris, 2007.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O abuso do direito autoral**. Tese (Doutorado) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, 2009.
- SOUSA, Simone Letícia Severo e Sousa. **Regime Jurídico da Concorrência**: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- STIGLITZ, Joseph. **Economics of the Public Sector**, New York, 1986.
- BATOR, Francis. *The Simple Analytics of Welfare Maximization*. In. **The American Economic Review**. V. 47, n. 01, mar. 1957. Disponível em www.istor.org/stable Acesso em 20 de ago. de 2024.
- STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Direitos Autorais**: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.
- STIGLER, George J. **The theory of Price**. 3. Ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1966.
- _____. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 2(1), 3-21. 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>.
- _____. Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 5(2), 359-365. 1974. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003114>.
- STIM, Richard. **The 'Fair Use' Rule: when use of copyrighted material is acceptable. When Use of Copyrighted Material Is Acceptable**. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/fair-use-rule-copyright-material-30100.html>. Acesso em: 23 jul. 2024.
- SUGIMOTO, Erick. **O que é fair use nos direitos autorais?** Publicado em 12 de jul. de 2014. Disponível em www.jusbrasil.com.br Acesso em 13 de jul. de 2024.

- SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividades empresariais e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico das propriedades**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. **Direito econômico da concorrência**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VEGA, I. T. **Direitos autorais das músicas das tocadinhas nos quartos dos hotéis: STJ diz que a cobrança da taxa do ECAD é necessária**. Atualizado em 12 ago. 2022. Disponível em www.vegait.com Acesso em 26 de jul. de 2023.
- TABAK, Benjamin Miranda Tabak; AGUIAR, Júlio César de. Org. **Análise Econômica do Direito: uma abordagem aplicada**. Porto Alegre: Nurias Fabris, 2015.
- TIMM, Luciano Benetti. GARISSE, João Francisco Menegol. **Análise econômica dos contratos**. In. TIMM BENETTI, Luciano. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- TRIDENT, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxo e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- VALE, Nathália Bastos do. **Direitos Autorais e o ECAD**. Disponível em www.jusbrasil.com.br Acesso em 10 de fev. de 2024.
- VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *Fair Use*, e a guinada utilitarista do Direito Autoral brasileiro. **Revista da ABPI**, número 119, julho/agosto 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Direito Civil: parte geral**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Introdução ao estudo do direito**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VERA, Flávia Santinoni. **Análise econômica da propriedade**. In. TIMM, Luciano Benetti. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. V. 1. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Estudos de Direito do Autor – a revisão da Lei de Direitos Autorais**. Santa Catarina: Gedai, 2010.
- WACHOWICZ, Marcos; PESSERL, Alexandre Ricardo. **Gestão Coletiva e Governança no Ambiente Digital**. *Collective Management in the Digital Environment*. Curitiba: Gedai, 2019. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wpcontent/uploads/2020/06/Gest%C3%A3o-coletiva-e-governan%C3%A7a-no-ambientedigital-portugu%C3%AAs_ebook.pdf. Acesso em: 03 de fev. de 2024.
- WACHOWICZ, Marcos, MICHELOTTO, Giullia. **A regra dos três passos no direito autoral**. Publicado em 23 jun. 2022. Disponível em www.ioda.org.br Acesso em 11 de jul. de 2024.
- YEUNG, Luk-Tai Luciana. **Análise econômica do direito do trabalho**. In. TIMM BENETTI, Luciano. Coord. **Direito e Economia no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2023.
- YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. **Introdução à análise econômica do Direito**. Salvador: Juspdvim, 2023.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor em Perspectiva Histórica: da Idade Média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor**. **Revista SJRJ**, v. 21, n. 40. Rio de Janeiro, ago. 2014.
- _____. **Direito de Autor em Perspectiva Histórica: copyright law in historical perspective**. **Revista CEJ**, n. 63, Brasília, maio-ago. 2014.
- ZULIANI, André. **Rei Charles III oficializa regulamentação de streamings no Reino Unido**. 07 nov. 2023. Disponível em: <https://www.omelete.com.br/netflix/rei-charles-regulamentacao-streamings>. Acesso em: 30 jan. 2024.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 1 de fev. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1473/2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 1 de fev. de 2024.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5542/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 1 de fev. de 2024.

BRASIL. Lei nº 9.610 DE 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgMS 1.130 – DF, Rel. Min. Fux. j. 28.6.2006. Disponível em www.stf.br Acesso em 4 de dez. de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, CC n. 184.495/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 1/7/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.873.611/SP, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 20/4/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.912.689/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 443.535/RJ, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe de 22/5/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 2.267.423/MA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.393.385/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe de 8/2/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 556.340-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, j. 9-06-2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1873611/SP de 23-03-2021, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira,

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.873.611/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 20/4/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.589.598/MS, 3ª Turma, DJe de 22/6/2017 e AgInt no REsp 1.639.215/RS, 4ª Turma, DJe 09/02/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.833.567 – Relator. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento: 15/09/2020

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 1/12/2020, DJe de 9/12/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 1/12/2020, DJe de 9/12/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.559.264/RJ. Rel.: Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Julgamento em: 08 fev. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.567.780/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 21/3/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.559.264/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/02/2017, DJe de 15/2/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 82.831/PR, relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8/9/1997, DJ de 3/11/1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1056363, relator: Alexandre de Moraes. Brasília. Julgamento em: 09 out. 2017.

TJDFT – Apelação cível 0717844-15.2021.8.07.0001, relatora Desembargadora Diva Lucy de Faria Pereira, Acórdão nº 1778978.

TJDFT, Apelação Cível n. 20080111079205APO (0037657-26.2008.8.07.0001), relator Desembargador Alfeu Machado. Acórdão n. : 842877, DJe: 20-01-2015.

TJRS, Apelação Cível –70082912494. Rel. Niwton Carpes da Silva. Data do julgamento: 13-12-2019. Data da publicação: 20-01-2020.

TJMG, Apelação Cível 1.0000.23.123325-5/001, Relator(a): Des.(a) Habib Felipe Jabour, 18ª Câmara Cível, julgamento em 27/06/2023, publicação da súmula em 27/06/2023.

TJMG, Apelação Cível n. 1.0000.24.074921-8/001. Rel. Des. Habib Felipe Jabour. 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/03/2043, 14ª Câmara Cível, publicação da súmula em 06/03/2024.

TJMG, Apelação Cível 1.0000.23.108380-9/001, Relator(a): Des.(a) Cavalcante Motta, 10ª Câmara Cível, julgamento em 20/06/2023, publicação da súmula em 26/06/2023.

TJMG, Apelação Cível 1.0000.23.037489-4/001, Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte, julgamento em 18/05/2023, publicação da súmula em 18/05/2023.

TJMG , Apelação Cível 1.0000.22.206038-6/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, julgamento em 13/04/2023, publicação da súmula em 17/04/2023.

TJMT, Apelação Cível nº 0001262-40.2015.8.11.0078, relatora Marilsen Andrade Addario Julgado em 07/10/2020, Publicado no DJE 15/10/2020.

TJPE, 3ª Câmara de Direito Privado, Processo n. 001.0003178-17.2006.8.17.480, DJE: 17-09-2013.

TJRJ, Apelação Cível n. 0280725-33.2013.8.19.0001, relator Des. Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro, Julgamento: 12/03/2024.

TJSC, Apelação n. 0012204-13.2013.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rejane Andersen, Câmara de Recursos Delegados, j. 29-11-2023.

TJSC, Apelação n. 5030972-90.2022.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 07-11-2023

TJSP - Apelação de nº 1019302-57.2016.8.26.0577, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

TJSP, Apelação n. 1050803-58.2023.8.26.0100. Relator: James Siano, DJe 20/04/2024.

TJSP, Apelação Cível nº 1051417-97.2022.8.26.0100. Relator: Galdino Toledo Júnior. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 30-01-2024. Data da publicação: 30-01-2024.