



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS BARBOSA DE ARAÚJO

**INDÚSTRIA DE MÚSICA GRAVADA, *STREAMING* E *VALUE GAP* – O
DESBALANCEAMENTO DOS SISTEMAS DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
DE RENDIMENTOS DE DIREITO AUTORAL.**

*Recording Music Industry, Streaming and Value Gap – compensation structures imbalance across collection
and distribution of royalties in Brazil and United States of America.*

**BRASÍLIA
2018**



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS BARBOSA DE ARAÚJO

**INDÚSTRIA DE MÚSICA GRAVADA, *STREAMING* E *VALUE GAP* – O
DESBALANCEAMENTO DOS SISTEMAS DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
DE RENDIMENTOS DE DIREITO AUTORAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor João Costa Neto

Brasília, 24 de novembro de 2018

O autor autoriza a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que devidamente citada a fonte.

ARAÚJO, Lucas Barbosa.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: João Costa Neto.

100 P.

Palavras-chave: Música, *Streaming*, *Value Gap*, *File Sharing*, Napster, Direito Autoral, *Copyright*, ECAD, LDA.

Lucas Barbosa de Araújo

**INDÚSTRIA DE MÚSICA GRAVADA, *STREAMING* E *VALUE GAP* – O
DESBALANCEAMENTO DOS SISTEMAS DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO
DE RENDIMENTOS DE DIREITO AUTORAL.**

Brasília, 24 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Costa Neto
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Orientador – Presidente)

Professor Doutor Paulo Villela Rodrigues
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
(Membro)

Professora Mestra Nina da Conceição Pencak.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
(Membro)

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Suplente)

DEDICATÓRIA

AOS PROFESSORES MÁRCIO IÓRIO ARANHA,
MARCELO NEVES E JÚLIO CABRERA,
Pelas inefáveis contribuições acadêmicas e pessoais.

A JOSÉ PEIXOTO GUIMARÃES NETO, RENATA ARCOVERDE HÉLCIAS,
LUCIANO PINHEIRO E MAURÍCIO CORRÊA DA VEIGA,
Pela inspiração profissional.

A RICARDO AFONSO PEREIRA DE ARAÚJO, LARA LIMA BARBOSA,
VÍTOR BARBOSA DE ARAÚJO, IEDA LIMA E MELÂNIO BARBOSA,
Pela estrutura, pela dedicação e pelos amores incondicionais.

À THAÍSA MARTINS PASQUA,
de verdade.

Muito pouco

*quase lá, mas ainda estou aqui
eu não sei me despedir
muitas voltas
pouca vida não é
quase lá, na soleira da sua porta
confessando uma derrota
que num passo passaria
voou o tempo
cansado de esperar
você respirar,
mas falta muito,
muito pouco...
quase lá, a tropeços do que peço
peça a peça eu me dispenso,
e, num passo, passarinho.*

Brasília, entre 23/09/17 e 12/12/17.

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar, em perspectiva de direito comparado, as principais características dos arcabouços normativos e regulatórios dos Estados Unidos da América e do Brasil no que diz respeito aos sistemas de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos provenientes do *streaming*, firmando detida atenção ao fenômeno denominado *Value Gap*, que corresponde à verificação de descompasso entre o grande volume de música consumido e a percepção de baixa remuneração por detentores de direitos autorais à ponta das cadeias de distribuição. A primeira parte do trabalho descreve o percurso da indústria de música gravada à era da digitalização desde a disseminação das tecnologias de compartilhamento ponto a ponto (*peer to peer*) até a consolidação e viabilização dos modelos de negócio amparados na tecnologia do *streaming*. Em seguida, são esmiuçados os sistemas brasileiro e estadunidense de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos de direito autoral especificamente em relação às plataformas de streaming. Ao final, a partir da análise de recentes esforços legislativos deflagrados nos Estados Unidos da América e na Europa, apresentaremos possíveis soluções legislativas para endereçar o fenômeno do *Value Gap* no Brasil de forma a incentivar a negociação direta de direitos autorais relativos ao *streaming*.

Palavras-chave: Direitos Autorais, Música, ECAD, LDA, *Streaming*, *Value Gap*.

ABSTRACT

This comparative law study aims to analyse the main aspects of Brazilian and American normative framework regarding copyright's collection and distribution systems related to streaming services, focusing on the phenomenon named Value Gap, which describes the mismatch between large share of music consumption on digital platforms and the revenue returned to the music copyright owners specially musicians, composers and producers. For that the first part will address digitalisation, peer-2-peer (P2P) file sharing technology and the consolidation of streaming services as the main business models in the recording music industry. Then Brazilian and American royalty collection and distribution systems will be comparatively gathered. Finally, recent legislative proposals in the United States and Europe will be reviewed so that there will be presented legislative solutions to address the Value Gap in the Brazilian's copyright system.

Palavras-chave: Copyright, Streaming, Recording Music Industry, *Value Gap*.

Sumário

Introdução, contexto e metodologia – O que é Value Gap?	1
Capítulo 1. A indústria de música gravada na era da digitalização	6
1. Por que e como as plataformas digitais de distribuição e disponibilização via streaming tornaram-se modelo de negócios predominante	6
2. Final dos anos noventa – radiodifusão e o modelo tradicional de distribuição de mídias físicas em formato álbum	7
3. <i>File sharing</i> - inauguração da expectativa de consumo gratuito de mídias digitais.....	8
4. A reação do Setor Privado à inovação.....	11
5. Harmonização dos interesses da indústria de música gravada com a distribuição de música online – iTunes	13
6. Streaming e a Indústria de Música Gravada.....	15
6.1. Definição, Aspecto Tecnológicos e Classificações do Streaming	15
6.1.1. Serviços de streaming interativo (on demand).....	16
6.1.2. Serviços de streaming não-interativo pautados em subscrição (<i>webcasting</i> ou <i>non interactive subscription services</i>).....	16
6.1.3. Serviços de streaming não interativo e não pautados em subscrição (<i>simulcasting</i>)	17
7. Value Gap e a consolidação dos serviços de Streaming	17
8. Principais atores setoriais na Indústria de música gravada	21
9. A distinção entre licenças voluntárias, licenças compulsórias e contratos de cessão.....	24
10. A distinção entre composições musicais e fonogramas	26
Capítulo 2. Streaming no Brasil – ECAD e o sistema único de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos	28
1. Escorço histórico – a obra musical no escopo do sistema de direito autoral brasileiro.....	29
2. ECAD e a gestão coletiva de direitos no Brasil.....	32
3. Nova sistemática de gestão coletiva – Lei nº 12.853/2013.....	37
4. Estudo de caso - Recurso Especial nº 1.559.264/RJ (2013/0265464-7) e o reconhecimento do streaming como execução pública.....	39
5. ECAD e mídias digitais – sistemas de arrecadação e distribuição.....	46
Capítulo 3. Streaming no Estados Unidos da América – sistemas de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos	50

1. Modalidades de direitos pertinentes aos serviços de streaming nos Estados Unidos da América - mechanical e performance rights.....	52
2. Escorço histórico – a obra musical no escopo do sistema de direito autoral estadunidense (<i>copyright</i>).....	53
3. Licenciamento de composições musicais nos Estados Unidos da América.....	55
3.1. Mechanical Licenses on musical works - direitos sobre reprodução e distribuição de composições musicais – seção 115 do Copyright Act of 1976.....	55
3.1.1. Licenciamento compulsório (<i>statutory</i> ou <i>compulsory licensing</i>) de Mechanical Rights – seções 114 e 115 do Copyright Act of 1976.....	56
3.1.2. Licenciamento voluntário (<i>voluntary licensing</i>) de Mechanical Rights.....	57
3.2. Performance rights License <i>on musical works</i> - direitos sobre performance pública de composições musicais – seção 115 do Copyright Act of 1976.....	58
3.2.1 Performance Right Organizations (PRO’s), os principais intermediários para licenciamento de composições musicais.....	59
3.2.2.1. Consent Decrees – A intervenção regulatória antitruste sobre as maiores PRO’s, ASCAP e BMI.....	60
4. Licenciamento de fonogramas nos Estados Unidos da América.....	62
4.1. Direitos exclusivos de reprodução e distribuição de fonogramas.....	63
4.2. Digital performance rights in sound recordings – direitos sobre performance digital de fonogramas – seções 106, 114 e 115 do Copyright Act of 1976.....	63
4.2.1. Licenciamento compulsório (<i>statutory</i> ou <i>compulsory licensing</i>) de Direitos sobre performance digital de fonogramas - Seções 112 e 114 do Copyright Act of 1976.....	67
4.2.2. Licenciamento direto de direitos de performance pública de fonogramas (<i>privately negotiated direct licenses on sound recordings</i>).....	69

Capítulo 4. Value Gap e a atmosfera de modernização do direito autoral mundial.....

1. Recentes esforços legislativos e regulatórios em relação a direitos autorais nos Estados Unidos da América.....	71
1.1. Music Modernization Act - MMA.....	73
1.1.1. Previsão de licenças cobertor para licenciamento de direitos mecânicos (<i>mechanical rights</i>).....	73
1.1.2. Unificação dos critérios de fixação de royalties pelo Copyright Royalty Board.....	74

1.1.3. Revogação da seção 114(i) do Copyright Act.....	75
1.1.4. Disciplina federal para o licenciamento de fonogramas fixados antes de 1976.....	75
1.1.5. Previsão de direitos autorais para produtores e engenheiros de som.....	76
1.2. Propostas de Revisão dos Consent Decrees - Digital Rights Withdrawal (DRW) e a negativa pelo Departamento do Justiça estadunidense.....	76
2. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.....	79
2.1. Utilizações de conteúdos protegidos por plataformas de conteúdo gerado por terceiros – Artigo 13, da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.....	81
2.2. Remuneração justa de autores e artistas intérpretes ou executantes – Artigos 14, 15 e 16, da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.....	82
Conclusões.....	86
Lista de Acrônimos	94
Referências Bibliográficas.....	96

Lista de Figuras

Figura 1: Serviços de streaming não interativo. Fonte: ECAD (2018)	48
Figura 2: Serviços de streaming interativo de música. Fonte: ECAD (2018)	48
Figura 3: Serviços de simulcasting. Fonte: ECAD (2018)	49
Figura 4: Sistema de licenciamento dos EUA. Fonte: U.S. Copyright Office (2015)	53
Figura 5: Value Gap entre plataformas de streaming. Fonte: IFPI (2018)	79

Introdução, contexto e metodologia – O que é *Value Gap*?

Após duas décadas marcadas por constante declínio, a indústria da música comemora firmes indícios de recuperação. Receitas geradas por diferentes modelos de negócio¹ no setor da música global cresceram 3,2% em 2015,² ano em que, pela primeira vez na história, rendimentos provenientes do mercado digital superaram os do mercado físico.³ A expectativa de crescimento, que já se confirma pelo terceiro ano consecutivo, ancora-se principalmente na adaptação da indústria musical ao *streaming*,⁴ tecnologia de transmissão de dados, que possibilitou, sem necessidade de intervenção legislativa substancial, o desenvolvimento de modelos de mercado economicamente viáveis e alternativos à pirataria.

Consideradas suas modalidades de remuneração por subscrição e publicidade, o *streaming* desempenhou papel fundamental como modelo mais lucrativo para o setor em 2015 (4,6 bilhões de dólares),⁵ atingindo, em 2017, o equivalente a 38.4% da receita global e a 54% da arrecadação proveniente das mídias digitais, o que refletiu o crescimento registrado de 8,1% do mercado mundial de músicas gravadas.⁶ Na América Latina desenvolve-se idêntica tendência – as receitas auferidas a partir do *streaming* cresceram impressionantes 48,9% em 2017, o maior desenvolvimento regional no período.⁷

Estes dados expressivos e encorajadores são os primeiros resultados de uma lenta recuperação empreendida pela indústria da música às sensíveis modificações de dinâmicas de consumo e regimes de licenciamento à era digital. Gravadoras, distribuidoras e provedores de serviços direcionam cada vez mais atenção às modalidades de distribuição e de disponibilização digitais, de que resulta um catálogo ostensivo, praticamente infinito, de músicas e *playlists* legalmente disponíveis ao público.

¹ O conceito “modelos de negócio”, neste trabalho, compreende sistemas específicos de atividades coordenadas com que uma empresa estabelece quais os serviços e mercadorias ofertará ao mercado, bem como se relacionará com consumidores, parceiros e fornecedores. TREFZGER, Timm *et al.* *Streaming Killed the Download Star! How the Business Model of Streaming Services Revolutionizes Music Distribution*. Journal of Organizational Advancement, Strategic and Institutional Studies, Vol. VII, No. 1, 2015. P. 30.

² International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2016*. London, 2016. P. 4.

³ *Ibidem*. P. 5.

⁴ *Idem*, 2018. P. 10.

⁵ Pro-Música Brasil. Produtores Fonográficos Associados. *Mercado Fonográfico Mundial e Brasileiro em 2016*. Rio de Janeiro, 2017. P. 2.

⁶ International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2018*. London, 2018. P. 10.

⁷ *Ibidem*. P. 30.

Enquanto parcela da indústria demonstra animação com o desenvolvimento econômico do setor, retornos compatíveis com os registros recordes de receita não alcançaram compositores, artistas e produtores, que têm denunciado reiteradamente a incapacidade das plataformas de *streaming* em oferecer contrapartida justa à exploração, em massa, das obras intelectuais que distribuem e disponibilizam.⁸ Toda essa publicidade negativa, embora suscite grave desbalanceamento nas estruturas de compensação entre os atores setoriais da indústria da música,⁹ é comumente superficial por não observar que provedores de *streaming* já direcionam 70% de sua receita para cobrir custos de licenciamento¹⁰ e por desconsiderar que os fluxos de coleta e distribuição de rendimentos podem sofrer interferência decisiva de intrincados e sigilosos arranjos contratuais celebrados por particulares.¹¹ De resto, o acúmulo de capital por intermediários em detrimento dos próprios autores de obras intelectuais é objeto inerente à propriedade intelectual.¹²

⁸ Uma das investidas mais icônicas contra as plataformas de *streaming* foi a de Taylor Swift, que retirou, em 2014, todas as suas músicas do Spotify, exceto uma, acusando o provedor de serviços de diminuir o valor dos artistas e de suas músicas em razão de sua política de remuneração. LINSHI, Jack. *Here's Why Taylor Swift Pulled Her Music From Spotify*. Time, 2014. Disponível em: <http://time.com/3554468/why-taylor-swift-spotify/>. Último acesso em: 24/14/2018. Há também registros de séries de ações movidas contra o Spotify e o Tidal em que artistas pleiteiam indenizações milionárias com fundamento em violações de direito autoral. Ver. WHORTON, Amanda M. *The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime*. 52 Wake Forest, L. Rev, 2017. P. 267. Finalmente, representantes do Spotify já confirmaram que os valores pagos pela companhia em *royalties* varia, para cada transmissão realizada, entre 0,006 e 0,0084 centavos de dólar, uma contrapartida ínfima para artistas e autores independentes. Ver. MURPHY, Nikelle. *Why Streaming Is the Future of the Music Industry, Not Its End*. The Cheat Seat, 2015. Disponível em: <https://www.cheatsheet.com/entertainment/music/why-streaming-is-the-future-of-the-music-industry-not-its-end.html/>. Último acesso em: 25/10/2018. Finalmente, há estudos indicando que a insustentabilidade das plataformas de *streaming* do ponto de vista de autores, compositores e produtores só poderá ser remediada mediante a dedicação de 80% das receitas das plataformas de *streaming* para arcar com custos de licenciamento. LALONDE, Pierre-É. *Study Concerning Fair Compensation for Music Creators in the Digital Age*. CIAM – Music Creators of the World. International Council of Creators of Music, Nashville, 2014. P. 27.

⁹ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeCE, 2015. P.6.

¹⁰ Ibidem. P. 3.

¹¹ PASSMAN, Donald S. *All You Need to Know About the Music Business*. RosettaBooks LLC, New York, 2010. P. 79.

¹² As premissas básicas da propriedade intelectual devem harmonizar lógicas antagônicas e colidentes em nome do incentivo à criação: a privatística, organizada em torno da possibilidade de vivência digna do autor e da lucratividade, o que atrai tendência patrimonialística à concentração de riquezas; e a publicística, demarcada pelo desígnio de acesso universal às obras intelectuais e à cultura. Ver. MORAES, Rodrigo. *A Função Social da Propriedade Intelectual na Era das Novas Tecnologias*. Monografia apresentada ao “Concurso Nacional de Monografias sobre Direitos Autorais”, promovido pelo Ministério da Cultura. Brasil, 2004. P. 4.

A controvérsia latente, portanto, não é histórica ou essencialmente nova,¹³ mas adquire roupagem particular em meio aos complexos sistemas de licenciamento da era digital,¹⁴ que desafiam diplomas legais ultrapassados¹⁵ e até mesmo relativizam dinâmicas há muito consolidadas no direito autoral, como o gerenciamento coletivo de direitos.¹⁶ Estas características contextuais específicas renderam alcunha própria à corrente manifestação desse tipo de distorção regulatória no mercado da música: *Value Gap*, *i.e.*, o fenômeno que expressa a verificação, na era da distribuição digital, de um dramático descompasso entre o grande volume de música consumido e a percepção de baixa remuneração por detentores de direitos autorais.¹⁷

¹³ A gênese dos sistemas de direito autoral repousa na concessão de monopólio real, manifestado como direito de cópia (*copyright*), para associações de donos de papelaria e livreiros após a introdução da máquina de escrever na Inglaterra, em meados do século XVI. Aos autores destes livros não se garantia nenhum direito sequer, nem mesmo a veiculação de seus nomes às obras que concebiam. ¹³ ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P. 28.

¹⁴ A conjuntura dos sistemas de arrecadação e distribuição de rendimentos de direito autoral consolidou-se historicamente de forma balcanizada, eis que intermediários organizavam-se em derredor de praxes de mercado e restrições legais ou regulatórias específicas para cada modalidade de utilização. A complexidade dos sistemas de arrecadação e distribuição na era digital explica-se, de um lado, pela ausência de regimes legislativos e regulatórios atualizados e, de outro, pelo deslinde de modificações substanciais nas formas de consumo de música, como, por exemplo, a relativização de modalidades, antes estanques, de utilização de obras intelectuais (reprodução, distribuição e execução pública), que, outrora, eram conduzidas por intermediários específicos e, atualmente, podem concentrar-se na figura de um só provedor de aplicações de internet. O desafio que se tem enfrentado, em suma, é que regimes ultrapassados de licenciamento permanecem vigentes, enquanto as formas de utilização se modificaram rápida e substancialmente. Nas palavras do órgão do congresso estadunidense competente para avaliar matérias de *copyright*, os novos serviços de *streaming* ofuscaram as linhas usuais de exploração econômica (*blurred the traditional lines of exploitation*). Ver. U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 25

¹⁵ No Brasil e nos Estados Unidos não há inovação estatutária em direitos autorais desde 1998. A Lei de Direito Autoral brasileira (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) é omissa, nem sequer endereça a internet diretamente, podendo apenas entrevê-la em expressões abertas como “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, do Art. 7º. Enquanto isso, o diploma estadunidense, o *Digital Millennium Copyright Act of 1998*, não foi capaz de antever a ascensão do *streaming* interativo (*on demand*) como principal forma de consumo de música. Neste particular, ver HOGAN, Molly. *Upstream Effects of the Streaming Revolution: A Look into the Law and Economics of a Spotify-Dominated Music Industry*. Telecomm. & High Tech L. 131, 152. Colorado, 2015. P. 134.

¹⁶ O provedor de *streaming* Spotify, por exemplo, inaugurou recentemente uma ferramenta que permite a negociação de licenças e distribuição de conteúdos diretamente com o usuário. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Clipping da imprensa. *Spotify agora quer negociar royalties diretamente com artistas independentes*. Canaltech, 2018. P. 3.

¹⁷ Neste trabalho, o termo *Value Gap* será utilizado em sua acepção abrangente, que compreende genericamente a incompatibilidade entre o expressivo volume de música consumido e o registro de baixa remuneração por parte dos detentores de direitos à ponta da cadeia de distribuição de rendimentos (*royalties*). Ver. International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2016*. London, 2016. P. 22. O termo é também comumente utilizado para endereçar, especificamente, a ausência de responsabilização ou sujeição (*safe harbors*) de plataformas de conteúdo gerados por usuários, como o Youtube, aos regimes típicos de licenciamento aplicáveis aos demais provedores de aplicações de *streaming*. International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2018*. London, 2018. P. 26.

É contraintuitivo que, ao sucesso experimentado pela indústria de música gravada em razão da consolidação dos serviços de *streaming*, não corresponda uma percepção generalizada de que criadores de obras intelectuais sejam remunerados de forma justa, especialmente se considerada a vocação promissora dos serviços de *streaming* em consubstanciarem modelos de negócio alternativos à pirataria, *i.e.* palatáveis em termos de inovação tecnológica¹⁸ e viáveis em termos econômicos. A fim de avaliar os contornos desta nova conjuntura no campo dos direitos autorais, firmando devida atenção ao fenômeno do *Value Gap*, o objetivo deste trabalho é observar, por meio de pesquisa qualitativa exploratória, as principais mudanças que internet e digitalização¹⁹ provocaram na indústria de música gravada, suportada metodologicamente por uma análise de direito comparado entre os sistemas brasileiro e estadunidense de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos de direito autoral auferidos a partir do *streaming*.

Como objetivos específicos, este trabalho se propõe a: i) compreender o percurso da indústria de música gravada na era da digitalização até a consolidação dos modelos de negócio amparados na tecnologia do *streaming*; ii) apresentar um marco teórico acerca do *streaming* e dos direitos autorais de obras digitais; iii) esmiuçar os sistemas brasileiro e estadunidense de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos de direito autoral especificamente em relação às plataformas de *streaming*; e iv) vislumbrar, a partir de recentes esforços legislativos deflagrados nos Estados Unidos e na Europa, possíveis soluções aplicáveis à legislação brasileira no que versa à distorção regulatória que denominamos *Value Gap*, referente ao descompasso entre um volume de consumo sem precedentes de obras musicais digitais e a ausência de percepção de remuneração justa por parte de titulares de direito localizados à ponta das cadeias de distribuição.

Em suma, pretende-se endereçar aos seguintes questionamentos. Quais são os direitos incidentes sobre as modalidades de difusão de música gravada por *streaming*? Quem são seus titulares e sob que disciplinas jurídicas ou regulatórias estes direitos são licenciados?

¹⁸ “Inovação tecnológica” compreende a incorporação de tecnologias com condão de alterar os mecanismos tradicionais que definem a operacionalização de um mercado estabelecido. DICOLA, Peter. TOUVE, David. *Licensing in the Shadow of Copyright*. 17 STAN. TECH. L. REV. 397, 2014. P. 414.

¹⁹ Neste trabalho, o termo “digitalização” é utilizado em acepção abrangente que referencia o processo generalizante da aplicação de ferramentas digitais de informação e comunicação tecnológica (*information and communication technology* - ICT), reguladas por direito autoral (copyright), em variadas espécies de atividades setoriais correlatas aos domínios literário, científico e artístico. Ver HANDKE, Christian Worlfgang. *The Creative Destruction of Copyright: Innovation in the Record Industry and Digital Copying*. Erasmus University Rotterdam. Rotterdam, 2010. P.3.

Como é realizado o recolhimento e a distribuição subsequente de rendimentos de direito autoral? As respostas que obtivermos auxiliarão na compreensão de intrincada questão, mais primordial, que motiva o desenvolvimento deste trabalho, a saber: encontram-se devidamente balanceadas as estruturas de compensação praticadas pela indústria de música gravada em contrapartida à distribuição e difusão digitais de obras intelectuais pelo *streaming*?

Para responder a estas indagações, no Capítulo 1 analisa-se o percurso da indústria de música gravada na era da digitalização e, com enfoque na relação regulatória dinâmica entre Setor Privado, Sociedade Civil e Estado, observa-se como se operou o afinamento e a harmonização da inovação tecnológica em direção à consolidação das plataformas e modelos de negócio do *streaming*. Também são realizadas certas distinções conceituais preliminares entre modalidades de licenciamento e de cessão de direitos autorais; entre composição musical e fonograma praticados, bem como são elencados os principais atores setoriais que atuam em derredor das plataformas de *streaming*.

Nos Capítulos 2 e 3, perscrutam-se, respectivamente, as principais características dos arcabouços legais e regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América no que diz respeito às variadas formas de licenciamento de direitos de autor e de recolhimento e distribuição de rendimentos (*royalties*) na era digital.

No Capítulo 4, avaliam-se os recentes esforços regulatórios ou legislativos que endereçam, nos Estados Unidos da América e na Europa, o fenômeno de distorções de mercado a que se denomina *Value Gap*.

Por fim, apresenta-se breve conclusão prospectiva, em que se vislumbram, a partir do desenvolvimento deste trabalho, duas possíveis soluções legislativas para endereçar o fenômeno do *Value Gap* no Brasil de forma a incentivar a negociação direta de direitos autorais relativos ao *streaming*: i) a previsão de possibilidade de supressão parcial, do escopo de gerenciamento do ECAD, de direitos especificamente relacionados às mídias digitais, sem abrir mão da gestão coletiva quanto a mídias tradicionais, inspirada em prática denominada Digital Rights Withdrawal – DRW; e b) a previsão de mecanismos de revisão, transparência e auditoria aplicáveis sobre contratos privados que envolvam direitos autorais, à luz das tratativas delineadas à Proposta de Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno.

Capítulo 1. A indústria de música gravada na era da digitalização.

1. Por que e como as plataformas digitais de distribuição e disponibilização via *streaming* tornaram-se modelo de negócios predominante?

Historicamente, inovações de mercado e desenvolvimento tecnológico caminham de mãos dadas. A indústria da música, em particular, foi hábil ao transformar manifestações sociais ou individuais de expressão artística em um negócio global multibilionário impulsionado por diferentes inovações tecnológicas, que, ao longo do tempo, receberam endereçamento judicial ou estatutário específico, como a pianola (*piano rolls*), o fonograma, a radiodifusão, a fita cassete e o disco compacto.²⁰

A velocidade da transformação tecnológica, mormente potencializada pelas dinâmicas recentes de comunicação em rede, compeliu a que ordenamentos jurídicos harmonizassem categorias conceituais outrora heterogêneas: regulação normativa e transformação setorial.²¹ Em outras palavras, a eficácia de qualquer esforço regulatório atualmente implementado está condicionada em haver mínima sintonia entre as linguagens faladas pelo setor regulado, em constante transformação conjuntural, e pelas disposições normativas que o pretendam regular sem represar o desenvolvimento tecnológico incipiente.²²

O recente percurso vivenciado pela indústria de música gravada confere vislumbre interessante acerca destas relações dinâmicas entre inovação tecnológica, setor privado e regulação estatal. A emergência de novas tecnologias, como os sistemas disruptivos de compartilhamento de arquivos (*file sharing*), suscitava questões legais e regulatórias a que os Estados não conseguiam remediar de forma célere e eficiente. Por isso, o setor privado passou a assumir outros eixos regulatórios para endereçar a questão, como fomento a práticas sociais contra o *file sharing*, nomeando-o de pirataria; restrição à cópia digital com o uso das

²⁰ DAVID, Matthew. *Peer to Peer and the Music Industry: The Criminalization of Sharing*. SAGE Publications Ltd. London, 2010. P. 31.

²¹ ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório (Fundamentos de Direito Regulatório)*. – Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013. P. 41.

²² *Ibidem*. Op. Cit.

tecnologias TPM/DRM; e, mais tarde, a proposição de modelos de negócio que atenuassem o impacto das mutações setoriais sobre direitos autorais, como as plataformas de *streaming*.²³

Até a consolidação do *streaming* como modelo de negócios viável, contudo, houve longo itinerário, marcado por severa resistência do setor privado, cioso pelo *status quo* (sistemas tradicionais de distribuição), e pela lenta adaptação dos aparatos normativos estatais à era da digitalização. À seguir, partindo de uma rápida exposição acerca dos modelos dominantes no final dos anos noventa, traçaremos o percurso da indústria de música gravada diante da popularização da internet e da inauguração de uma expectativa de consumo gratuito de conteúdos digitais estruturada pela cultura de compartilhamento de arquivos (*file sharing*).

2. Final dos anos noventa – radiodifusão e o modelo tradicional de distribuição de mídias físicas em formato álbum.

Antes da disseminação do uso da *internet*, músicas eram consumidas basicamente de duas formas: via rádio, segundo programação previamente articulada e curatelada por cada emissora; ou por meio da obtenção de mídia física, que importava na aquisição de propriedade permanente sobre o álbum.²⁴ O formato álbum era útil aos distribuidores por aglomerar, em um só produto, diferentes músicas, cujo valor de venda individualizado era economicamente insustentável. Assim, o agrupamento (*bundling*) de músicas em formato álbum gerava acréscimo de valor à comercialização, o que compensava o dispêndio de custos com insumos e com a distribuição para varejistas (*retailers*). Estas duas modalidades de utilização coexistiam de forma simbiótica.

Por exemplo, rádios terrestres estadunidenses, como veremos mais tarde, sempre foram isentas do pagamento de *royalties* sobre fonogramas (pagam apenas rendimentos relativos a composições musicais) por se considerar que a transmissão via rádio levaria o consumidor a adquirir cópia física do material musical promovido.²⁵ O benefício deste arranjo normativo era, portanto, mutuamente extensível: detentores de direito sobre fonogramas, como grandes gravadoras (*labels*), gozavam de contrapartida econômica (ganho em valor promocional) que supriria o pagamento de *royalties*; e rádios terrestres, isentas de consideráveis

²³ GUIMARÃES, Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P. 1.

²⁴ HILLER, Scott R. WALTER, Jason. *The rise of streaming and implications for music production*. Department of Economics, Fairfield University. Fairfield: 2016. P. 2.

²⁵ Estados Unidos da América. *Copyright Act of 1976*. Section 106(6).

despesas e ônus administrativos relativos a licenciamentos de direitos, poderiam difundir, despreocupadas, o conteúdo que tradicionalmente estruturou seu modelo de negócios: a música. Este era o *status quo* até que a inovação tecnológica implementasse a facilidade na disseminação de informação por meio de novos modelos de distribuição digital.

3. *File sharing* - a inauguração da expectativa de consumo gratuito de mídias digitais.

Dentre as inovações tecnológicas mais recentes que moldaram a indústria da música contemporânea, o destaque recai sobre o formato MPEG Layer-3 (MP3), formato digital desenvolvido, em 1987, por uma entidade chamada Moving Pictures Expert Group.²⁶ A cópia do conteúdo de discos era realizada por *software* diretamente integrado ao computador e permitia o subsequente compartilhamento do arquivo reproduzido por correio eletrônico (*email*) ou outros mecanismos de transferência e compartilhamento. Esta tecnologia, por possibilitar a digitalização de gravações de áudio mediante a realização de cópias potencialmente infinitas do conteúdo de discos compactos (*ripping*), é ferramenta que viabilizou a cultura de compartilhamento de arquivos *online* entre usuários (*file sharing*).

Um dos símbolos do *file sharing* é o Napster, *software* lançado em 1999, que alcançou rápida popularidade²⁷ e reorientou modelos de mercado e de produção musical vigentes, até então pautado na produção e venda de álbuns em formato físico. O Napster tornava possível a obtenção gratuita de músicas individualizada por meio do compartilhamento eletrônico de arquivos.²⁸ Fazia-o por possibilitar que seus usuários: a) disponibilizassem, entre si, arquivos de MP3 que armazenavam localmente; b) efetuassem buscas por arquivos de MP3 situados nos computadores de outros usuários; e c) realizassem cópias exatas destes arquivos pela internet.²⁹

²⁶ Thomson. *The History of MP3*. Mp3licensing.com. Disponível em: <http://www.mp3licensing.com/mp3/history.html>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁷ ANTE, Spencer E. *Inside Napster: How the Music Sharing Phenom Began, Where it Went Wrong, and What Happens Next*. BLOOMBERG BUSINESSWEEK, 2000. P.5.

²⁸ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 5.

²⁹ DAVIS, Glenton. When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop, 2016. 2016. P. 376.

Enquanto *softwares* antecessores, em linhas gerais, só permitiam ao usuário efetuar descarga de dados (*downloads*)³⁰ a partir de um único servidor (*client-server model*),³¹ a tecnologia popularizada pelo Napster, conhecida como compartilhamento de arquivos ponto a ponto (*peer to peer* ou *p2p*), permitia a transferência de arquivos diretamente entre usuários de forma rápida e descentralizada.³² As redes desenhadas segundo o modelo arquitetônico do compartilhamento *p2p* reduziam custos dos provedores de serviço³³ com manutenção de servidores de internet³⁴ e implementavam velocidade e eficiência da troca de conteúdo entre os próprios usuários, que não mais enfrentariam filas em servidores para adquirir pacotes de dados hospedados em fontes centralizadas.³⁵ De outro lado, a descentralização característica do compartilhamento de arquivos entre usuários reduzia a capacidade de fiscalização de violações à propriedade intelectual e, a um só tempo, potencializava a probabilidade de que estas infrações ocorressem.³⁶

Do ponto de vista da indústria de música gravada, as plataformas de compartilhamento *p2p* possibilitavam que criadores e usuários simplesmente ignorassem toda a estrutura tradicional de distribuição de conteúdo que patrocinavam.³⁷ Reporta-se que aproximadamente três quartos dos arquivos compartilhados via Napster eram titularizados por grandes gravadoras (*labels*),³⁸ que, por temerem o escamoteamento do modelo de mercado

³⁰ *Download* é o termo que compreende a obtenção e o armazenamento, potencialmente definitivo, de arquivos por meio de redes de transferências de dados. Ver. ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 9.

³¹ CARRIER, Michael A. *Copyright and Innovation: The Untold Story*. Wisconsin Law Review 891. Wisconsin, 2012. P. 901.

³² *Ibidem*. Op. Cit..

³³ Neste trabalho, o termo “provedores de serviço” corresponde à terminologia “provedores de aplicação de internet”, utilizada pelo artigo 5º, inciso VII, do Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/14).

³⁴ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 11.

³⁵ *Ibidem*. Op. Cit.

³⁶ O Napster era na verdade uma rede de compartilhamento híbrida, uma vez que hospedava, centralizadamente, índices de informações (*index*) acerca dos arquivos individualmente disponibilizados para compartilhamento direto por cada usuário. Ou seja, para localizar os arquivos, os usuários dependiam de um servidor centralizado que hospedava informações coletadas de suas bibliotecas de conteúdo; e para transferir arquivos, usuários conectavam-se de forma imediata. Este aspecto de centralidade contribuiu a que o Napster fosse mais tarde responsabilizado por contribuir com violações de *copyright*. Ver. DAVID, Matthew. *Peer to Peer and the Music Industry: The Criminalization of Sharing*. SAGE Publications Ltd. London, 2010. P. 35.

³⁷ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 11.

³⁸ TEAGUE, Jordan E. *Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power Imbalance in Digital Copyright*. 4 Case W. Res. J. L. Tech & Internet 207, 236. 2012. P. 6.

dominante, adotaram como estratégia coibitiva primordial o ajuizamento em série de investidas judiciais contra o provedor de serviços.³⁹

A ação mais comentada é *A&M Records, Inc. v. Napster*,⁴⁰ por culminar na falência da companhia em setembro de 2002.⁴¹ Apesar da indução judicial à falência de um dos serviços mais simbólicos do *file sharing*,⁴² os impactos daquele modelo de negócio já haviam estabilizado à perspectiva dos consumidores uma expectativa de consumo gratuito de música, caracterizado pela aquisição, sem contrapartida econômica, de modalidade inovadora de propriedade, a propriedade digital.⁴³

O desenvolvimento subsequente de plataformas como Youtube⁴⁴ e Facebook,⁴⁵ cuja finalidade essencial é possibilitar o compartilhamento de conteúdo gerado pelos próprios usuários, e de *softwares* acessíveis de produção musical⁴⁶ incentivou artistas a produzirem suas

³⁹ A postura juridicamente beligerante assumida pelas grandes gravadoras a partir do Napster consubstanciava verdadeira estratégia de negócios contra novos atores setoriais, pois aproveitava-se das incertezas do setor em derredor da disciplina jurídica aplicável às modalidades emergentes de compartilhamento de arquivos para obstar o desenvolvimento de modelos de negócios que importassem na sua exclusão do mercado de distribuição. CARRIER, Michael A. *Copyright and Innovation: The Untold Story*. Wisconsin Law Review 891. Wisconsin, 2012. P. 938.

⁴⁰ Incluindo-se A&M Records, 17 gravadoras insurgiram-se conjuntamente contra o Napster, alegando violações de direito autoral (*copyright*). Em primeira instância (United States District Court for the Northern District of California), o judiciário estadunidense reconheceu cautelarmente que todos os usuários do Napster cometeriam infrações de propriedade intelectual pois a mera utilização do *software* implicaria em reprodução ou hospedagem ilegais de arquivos protegidos pelo direito autoral (*copyright*). Além disso, o próprio Napster também teria responsabilidade civil pelas violações de direito (*contributory infringement* e *vicarious liability*), por hospedar de forma centralizada a lista de arquivos passíveis de compartilhamento e, contudo, deixar de intervir satisfatoriamente. A corte de apelação (Ninth Circuit), em seguida, flexibilizou o julgado anterior a fim de determinar que o Napster seria apenas responsabilizado acaso notificado por detentores de direito acerca da ocorrência de infrações e, não obstante, permanecesse inerte. Ao reformar o seu pronunciamento à luz das determinações da 2ª instância, a corte distrital todavia reconheceu a inocuidade da adoção pelo Napster de medidas preventivas satisfatórias para coibir infrações de direito e determinou a suspensão de suas atividades, o que foi, mais tarde, chancelado pela corte de apelação. *Idem*. P.903-905.

⁴¹ Diante de prejuízos suportados para arcar com procedimentos judiciais e diante da suspensão de seus serviços, o Napster foi à falência quando uma corte em Delaware obstou sua venda a investidores alemães. EVANGELISTA, Benny. *Napster Runs out of Lives – Judge Rules Against Sale*. SFGate, 2002. Disponível em: <http://www.sfgate.com/business/article/Napster-runs-out-of-lives-judge-rules-against-2774278.php>. Acesso em 25/10/2018.

⁴² DAVID, Matthew. *Peer to Peer and the Music Industry: The Criminalization of Sharing*. SAGE Publications Ltd. London, 2010. P. 34.

⁴³ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 6.

⁴⁴ Youtube. *Termos de serviço*, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>. Último acesso em: 26/10/2018.

⁴⁵ Facebook. *Termos de serviço*, 2018. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Último acesso em: 26/10/2018.

⁴⁶ Logic Pro X, Cubase, Pro Tools, Ableton e GarageBand, dentre outros, são *softwares* acessíveis de produção musical. GarageBand, por exemplo, é um *software* incorporado a computadores e *smartphones* da Apple que

obras independentemente de intermediários.⁴⁷ As inovações tecnológicas definitivamente contribuíam para a deterioração dos modelos tradicionais de distribuição de música, mas foi a reação pueril – séries de ofensivas judiciais - da indústria de música gravada ao desenvolvimento do mercado de distribuição de música *online* (p2p) que inaugurou dúvida acerca dos reais interesses representados pelas grandes gravadoras (*labels*)⁴⁸ e de sua legitimidade como intermediárias.⁴⁹

4. A reação do Setor Privado à inovação.

De acordo com relatório da associação americana de gravadoras RIAA,⁵⁰ desde o início do compartilhamento de arquivos pela internet, a venda de música gravada caiu 53%.⁵¹ Entre 2004 e 2009, aproximadamente 30 bilhões de músicas foram pirateadas por meio de redes de compartilhamento de arquivos, o que equivale a 63% da música legalmente consumida no período.⁵² Apesar de admitir que a receita auferida pela indústria da música a partir de formatos digitais permanecia em ascensão, a RIAA denunciava que a pirataria (*digital content theft*) era fator primordial que causava o declínio de vendas de álbuns físicos dos últimos 15 anos.⁵³

Nas palavras da associação, enquanto o *download* individualizado de músicas poderia, aos olhos do usuário, não parecer um crime tão reprovável, o impacto acumulativo de milhões de músicas baixadas ilegalmente, sem qualquer compensação para titulares de direito

permite aos usuários, independentemente de qualquer conhecimento técnico-profissional, operar e editar simultaneamente 32 faixas de gravação, bem como executar instrumentos musicais virtuais, como bateria, sintetizador e guitarra. Há projetos musicais, como o duo de *punk* Ultramods, que produziram seu primeiro álbum somente com o GarageBand. Ver. CARRIER, Michael. *No, RIAA, It's Not The End Of The World For Musicians*. University of Missouri-Kansas City Law Review, Vol. 83:2, 2014. P. 289.

⁴⁷ WALDFOGEL, Joel. *And the Bands Played On: Digital Disintermediation and the Quality of New Recorded Music*. National Bureau of Economic Research – NBER, 2012. P. 8.

⁴⁸ O compartilhamento de arquivos ponto a ponto, associado a outros complexos fatores setoriais e macroeconômicos, induziu mudanças paradigmáticas que ocasionaram um fenômeno de hiper-consolidação das grandes gravadoras que dominavam o mercado. Anteriormente, as seis de maior proporção eram Universal Music Group, Sony Music Entertainment, Warner Music Group, EMI, Polygram e BMG Entertainment. Atualmente, restam apenas Universal Music Group, Sony/BMG Music Entertainment e Warner Music Group. Ver. DAVIS, Glenton. *When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make*, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop, 2016. P. 379.

⁴⁹ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 3.

⁵⁰ The Recording Industry Association of America. *About RIAA*. 2018. Disponível em: <https://www.riaa.com/about-riaa/>. Último acesso em: 31/10/2018.

⁵¹ Recording Industry Association of America. *Scope of the Problem, PIRACY*. 2014.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ CARRIER, Michael. *No, RIAA, It's Not The End Of The World For Musicians*. University of Missouri-Kansas City Law Review, Vol. 83:2, 2014. P. 288.

autoral, seria devastador.⁵⁴ À perspectiva desses titulares, encabeçados pelas grandes gravadoras, a ausência de proteção extensiva de direitos autorais desdobraria uma drástica redução verificável do número de músicos em atividade⁵⁵ e da quantidade e diversidade de conteúdo criativo concebido.⁵⁶

À medida que novos provedores de serviços de compartilhamento, como Grokster e KaZaA, tentavam preencher o vazio deixado pelo Napster, eram repreendidos por meio de custosas investidas judiciais ajuizadas por associações de detentores de direitos autorais, especialmente gravadoras (*labels*) também contra indivíduos consumidores que violassem regras de *copyright*.⁵⁷ Com algumas ressalvas,⁵⁸ os esforços iniciais da indústria de música gravada para adaptar-se ao desenvolvimento de modelos de negócio emergentes realmente se reduziram à reivindicação ostensiva, por meio do ajuizamento em massa de ações judiciais (*copyright litigation*), de privilégios de direito autoral amparados por sistemática jurídica progressivamente ultrapassada, o que revelava o verdadeiro interesse, especialmente das grandes gravadoras (*labels*), em preservar os modelos de mercado já consolidados que personificavam.⁵⁹

Não obstante, ao tratar o compartilhamento de arquivos e a distribuição digital como ameaças iminentes e generalizadas, a indústria de música gravada passou ao largo da real natureza da controvérsia latente, inovação tecnológica,⁶⁰ e, como é cediço, fracassaram em seu

⁵⁴ Ibidem. Op Cit.

⁵⁵ Ibidem. Op Cit.

⁵⁶ HANDKE, Christian Worlfgang. *The Creative Destruction of Copyright: Innovation in the Record Industry and Digital Copying*. Erasmus University Rotterdam. Rotterdam, 2010. P.2.

⁵⁷ Reporta-se que a entidade coletiva RIAA tenha gastado 64 milhões de dólares com o ajuizamento e a manutenção de ações judiciais movidas contra companhias e consumidores num período de três anos e arrecadado, mediante acordos, apenas 1,4 milhões de dólares. A litigância das grandes gravadoras contra seus próprios consumidores também lhes rendeu reputação midiática verdadeiramente negativa. Ver. DAVIS, Glenton. *When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make*, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop, 2016. P. 377.

⁵⁸ Ressalva-se que, neste interím, algumas gravadoras e companhias independentes, com pretensão de competir contra Napster, Grokster e KaZaA, até lançaram lojas digitais e serviços de *streaming* por assinatura, como Pressplay e Musicnet, que fracassaram, dentre outros motivos, por possuírem interface pouco desenvolvida e por ofertarem pobres catálogos musicais, concorrentes entre si. Ver. DAVIS, Glenton. *When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make*. 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop. P. 378.

⁵⁹ CARRIER, Michael A. *Copyright and Innovation: The Untold Story*. Wisconsin Law Review 891. Wisconsin, 2012. P. 936.

⁶⁰ A insugência das grandes gravadoras ao compartilhamento ponto a ponto (*p2p*) pode ser bem compreendida à luz do denominado *innovator's dilemma*, conceito que expressa a acentuada dificuldade de coexistência entre atores setoriais de grande porte, cuja dominação de mercado ancora-se em modelos de negócio amplamente

objetivo de obstar a disseminação do compartilhamento de arquivos (*file sharing*).⁶¹ Pouco a pouco, as declarações mais alarmistas de organizações detentoras de direitos foram menoscapadas por estudos empíricos que apontaram para um aumento considerável da quantidade música produzida e denunciaram falaciosa a afirmação de que o número de músicos em atividade havia diminuído.⁶²

Além disso, a emergência contínua de novas ferramentas alicerçava à carreira do músico a possibilidade de engajar-se pessoal e diretamente em todas as etapas de criação, produção e distribuição de suas obras,⁶³ independentemente do auxílio das grandes gravadoras.⁶⁴ Com menos poder de barganha e sem conseguirem reduzir o número de *downloads* ilegais, as *labels* progressivamente perderam dinheiro, vantagem competitiva e também a confiança dos seus consumidores, retratados como potenciais infratores no contexto de sua política extensiva de contencioso judicial (*copyright litigation*).⁶⁵ Nestas condições, as *labels* foram forçadas à dialogar com a inovação.

5. Harmonização dos interesses da indústria de música gravada com a distribuição de música online – iTunes.

estabelecidos, e correntes inovações de mercado com o potencial disruptivo de suplantar todos os procedimentos negociais até então consolidados. Idem. P. 925.

⁶¹ A resistência da indústria de música gravada ao *p2p* não foi capaz de conter a inovação tecnológica, mas instalou cabresto, por meio precedentes judiciais, que direcionou o desenvolvimento de novos modelos de distribuição digital. Especificamente em relação aos serviços de compartilhamento *p2p*, as políticas de terrorismo judicial da indústria de música gravada ensejaram sensível inibição de inovação (*chilling effect*). Atualmente, é possível observar uma tendência de estagnação da utilização destas modalidades de compartilhamento, substituídas pelas plataformas de *streaming* e também por ferramentas de armazenamento digital denominadas *cyberlockers*. Ver ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 13. Além disso, apartir do julgamento do caso Napster, provedores de serviços de compartilhamento ponto a ponto (*p2p*) ficaram relegados à ilegalidade e passaram a buscar formas cada vez mais sofisticadas de descentralizar suas operações, como a tecnologia *torrent*, a fim de diminuir as chances de responsabilização judicial pela infração de direitos cometidas por seus usuários. A contrapartida inerente é que a possibilidade de monetização de novas ferramentas, como tecnologias de filtragem de conteúdo, e de modelos de negócio inovadores, como aqueles estruturados sob o compartilhamento *p2p*, restou sensivelmente reprimida. Cf. CARRIER, Michael A. *Copyright and Innovation: The Untold Story*. Wisconsin Law Review 891. Wisconsin, 2012. P. 914.

⁶² LUNNEY JR, Glynn S. *Empirical Copyright: A Case Study of File Sharing and Music Output*. Tulane Public Law Research Paper No. 14-2. P. 31.

⁶³ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 7.

⁶⁴ Para conhecer algumas destas diversas ferramentas, ver CARRIER, Michael. *No, RIAA, It's Not The End Of The World For Musicians*. University of Missouri-Kansas City Law Review, Vol. 83:2, 2014. P. 289.

⁶⁵ DAVIS, Glenton. *When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make*, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop, 2016. P. 377-378.

Sem outras alternativas, grandes gravadoras (*labels*) paulatinamente apostaram em novos modelos de negócio, ainda que importassem em sua exclusão do mercado de distribuição.⁶⁶ Trata-se, em particular, do lançamento da iTunes Music Store, considerada, pouco tempo depois, a maior varejista de música nos EUA.⁶⁷ O modelo de negócios de Steve Jobs atendia às formalidades exigidas pelo direito autoral (*copyright*) por permitir a compra individualizada de músicas e seu consequente armazenamento local (propriedade digital) via *download*.⁶⁸ As músicas eram vendidas individualmente por 0,99 centavos de dólar e os álbuns por 9,99 dólares, preços mais acessíveis que o valor médio de comercialização de álbuns físicos à época, 14,99 dólares.⁶⁹

O licenciamento prévio dos direitos de distribuição de fonogramas titularizados pelas *labels* era um requisito custoso porém essencial à viabilidade do modelo de negócios da Apple, que teria ainda que coabitar e concorrer com serviços gratuitos de compartilhamento *p2p*. Nesse contexto, a ascensão do iTunes significou a abertura das portas do mercado de distribuição a uma empresa de tecnologia, modalidade de ator que o setor tratava com estranheza,⁷⁰ e além disso elevou à superfície o mercado de distribuição de música *online*. O modelo da Apple, portanto, harmonizava os interesses de uma ranzinza indústria de música gravada, forçada a negociar e a ceder espaço para inovação, e do emergente mercado de distribuição digital. Eis um meio termo razoável entre a compra tradicional de álbuns físicos, típica da época pré-digitalização, e os serviços de subscrição via assinatura mensal que mais tarde se popularizariam.

Com efeito, ao evidenciar a disposição dos consumidores em adquirir *downloads* de música digital mesmo à marginalidade das plataformas *p2p*, o sucesso do iTunes fomentou inovação tecnológica e, ato contínuo, abriu portas para o desenvolvimento de novas alternativas de distribuição e difusão eletrônicas. Usuários e consumidores, mais habituados e dispostos à

⁶⁶ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 8.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Pode-se dizer que as políticas de terrorismo judicial levadas a cabo pela indústria de música gravada ao menos induziram a moldura legal e regulatória em cujo bojo se desenvolveriam modelos de negócios mais palatáveis em sua perspectiva, como o da Apple. Ver. ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 17.

⁶⁹ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 8.

⁷⁰ DAVID, Matthew. *Peer to Peer and the Music Industry: The Criminalization of Sharing*. SAGE Publications Ltd. Londo, 2010. P.44.

utilização paga de mídias digitais, voltariam progressiva atenção a serviços práticos e convenientes que ofertavam, a preço acessível, acesso ilimitado a imenso repertório de fonogramas musicais e, tal como o iTunes, consubstanciavam um modelo de negócios lícito, economicamente viável à pirataria, que não dependia de intervenção legislativa substancial - os serviços de *streaming*.⁷¹

6. *Streaming* e a Indústria de Música Gravada.

A fim de compreender os impactos econômicos e regulatórios nos sistemas de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos estadunidense e brasileiros, neste tópico apresentaremos o *streaming* em suas dimensões tecnológica e regulatória, bem como delinearemos as classificações conceituais pertinentes, que exsurtem das disciplinas normativas aplicáveis pelo direito autoral ou pelo *copyright*. Após, contextualizaremos a controvérsia do *Value Gap* em meio à consolidação do *streaming* como tecnologia economicamente dominante na indústria de música gravada.

6.1. Definição, Aspecto Tecnológicos e Classificações do *Streaming*.

O *streaming* é uma forma de distribuição digital tecnicamente oposta à descarga de dados (*download*).⁷² Enquanto o *download* importa no armazenamento de arquivos no disco rígido, o *streaming* permite reprodução multimídia à medida em que os fluxos de dados são temporariamente armazenados em memória *cache* (cópia efêmera no disco rígido) ou em *buffer* (memória volátil do computador, ou *Random Access Memories* - RAM), sem, portanto, arquivá-los definitivamente.⁷³ Para alcançar consumidores, as tecnologias de transmissão do *streaming* empregam técnica conhecida como Content Delivery Network – CDN, que compreende a coordenação contínua entre *clusters*, situados à ponta das cadeias de distribuição em rede, que

⁷¹ TEAGUE, Jordan E. *Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power Imbalance in Digital Copyright*, 4 Case W. Res. J. L. Tech & Internet 207, 236. 2012. P. 8.

⁷² A diferença entre *download* e *streaming* é tecnicamente marcante, mas, enquanto modelos de negócio, há algumas semelhanças relativas à: i) dispensa de custos estruturais por provedores de serviço; ii) relação intercambiada com fornecedores e outros parceiros comerciais; iii) às atividades desempenhadas para auferir lucro; e iv) aos insumos e recursos empregados. As diferenças mais substanciais referem-se à natureza dos fluxos de geração de receitas (taxa mensal de subscrição *versus* compra individualizada de músicas) e às plataformas de interação com clientes. TREFZGER, Timm *et al.* *Streaming Killed the Download Star! How the Business Model of Streaming Services Revolutionizes Music Distribution*. Journal of Organizational Advancement, Strategic and Institutional Studies, Vol. VII, No. 1, 2015. P. 30.

⁷³ GUIMARÃES, Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P. 28.

potencializam a velocidade de replicação do conteúdo digital distribuído.⁷⁴ Além disso, as plataformas de *streaming* podem ser arquitetadas de forma centralizada (*client-server streaming*) ou descentralizada (*p2p streaming*), mas esse tipo de nuance arquitetônica é considerada secundária para fins de categorização.⁷⁵

As distinções conceituais mais difundidas elucidam as modalidades de uso da tecnologia do *streaming* conforme a sua tendência em suplantam a distribuição tradicional de conteúdo. São elas: I - *streaming* interativo (*on demand*); II - *streaming* não interativo pautado em subscrição (*non interactive subscription services*); e III - *streaming* não interativo e não pautado em subscrição (*simulcasting*).⁷⁶

6.1.1. Serviços de *streaming* interativo (*on demand*).

Serviços de *streaming* interativo ou *on demand*, como Spotify, são serviços que forneçam a transmissão de conteúdo especialmente criado para o usuário ou que permitam a requisição prévia (*on demand*) dos arquivos que se pretenda consumir.⁷⁷ Os serviços desta modalidade fornecem ao usuário licenças temporárias do direito de acessar faixas previamente selecionadas, seja em contrapartida ao pagamento de taxa mensal de subscrição (*subscription models*) ou mediante a audiência de anúncios pelo usuário (*advertising funded free-of-charge business*).⁷⁸ Enquanto o modelo pautado pelo pagamento de taxa de assinatura mensal importa em uma transação direta entre o serviço de *streaming* e seus usuários; o modelo suportado pela difusão de anúncios comerciais sem contrapartida mensal pretende, de um lado, angariar potenciais assinantes para a plataforma de *streaming*, e, de outro, potenciais consumidores para as empresas anunciantes.

6.1.2. Serviços de *streaming* não-interativo pautados em subscrição (*webcasting*⁷⁹ ou *non interactive subscription services*).

⁷⁴ Ibidem. Op. Cit.

⁷⁵ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 9.

⁷⁶ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 11.

⁷⁷ Estados Unidos da América. *Copyright Act of 1976* § 114(j)(7).

⁷⁸ THOMES, Tim Paul. *An Economic Analysis of Online Streaming: How the Music Industry Can Generate Revenues from Cloud Computing*. ZEW Discussion Paper No. 11-039, 2011. P. 6.

⁷⁹ Destaca-se, por oportuno, não haver consenso na doutrina acerca da definição de *webcasting*, que por vezes é utilizado como referência genérica ao *streaming*, como no caso do Superior Tribunal de Justiça ao julgamento

Serviços de *streaming* não interativo, conforme dito anteriormente, facilitam a exposição do usuário a novas músicas segundo avaliação de seus interesses e gostos musicais por meio de algoritmos ou curatela humana, como o Music Genome Project, do Pandora, o serviço de streaming mais utilizado nos Estados Unidos.⁸⁰ Esta modalidade de serviço não permite ao usuário selecionar previamente as faixas musicais que pretenda ouvir.⁸¹

6.1.3. Serviços de *streaming* não interativo e não pautados em subscrição (*simulcasting*).

Os serviços de *streaming* classificados como não interativos e não pautados em subscrição são semelhantes à radiodifusão, porquanto possibilitem a captura de dados, por múltiplos usuários, a partir da disponibilização de transmissão por determinado provedor,⁸² normalmente de conteúdo originalmente transmitido via radiodifusão.⁸³

Estas classificações não se devem realizar *a priori*, mas casuisticamente, uma vez que serviços de *streaming* podem, muitas vezes, mesclar atributos de diferentes modelos de negócio. Isto porque, apesar de desencadear disciplinas normativas específicas para cada modalidade de serviço, as categorias acima diferenciam os serviços de *streaming* precipuamente em derredor da experiência ofertada ao usuário-consumidor e dos arranjos competitivos praticados pela indústria fonográfica (*i.e.* a partir dos modelos de negócio que consubstanciam). Não há, portanto, disparidades técnicas ou estruturais consideráveis entre *streaming* interativo, *streaming* não-interativo e *webcasting*.⁸⁴

7. Value Gap e a consolidação dos serviços de Streaming.

do REsp nº 1.559.264/RJ. Neste trabalho, *webcasting* será utilizado para referenciar apenas serviços de *streaming* não-interativo.

⁸⁰ DAVIS, Glenton. When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop, 2016. P. 380.

⁸¹ Ibidem. Op. cit.

⁸² Chair of the Standing Committee on Copyright and Related Rights. *Working Paper on Alternative and Non-Mandatory Solutions on the protection in relation to Webcasting*. 12th SCCR, 2004.

⁸³ Veremos, a seguir, que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, considerou que a difusão espelhada na internet de programação transmitida por rádio difusão (*simulcasting*) configura nova modalidade de utilização, o que, portanto, atrai a necessidade de autorização por detentores de direito (no Brasil radiodifusoras são titulares originários conexas de direito autoral) e o pagamento consequente de *royalties*.

⁸⁴ SAKTHIVEL, M. Webcasters' protection under copyright - A comparative study. *Computer Law and Security Review*, v. 27, n. 5, 2011. P. 27.

Como visto, a efêmera experiência com o compartilhamento *p2p* e o êxito do modelo de negócios do iTunes induziram que a indústria de música gravada ingressasse, a duras penas, no mercado de distribuição de música *online*.⁸⁵ Enquanto Napster e iTunes possibilitavam o armazenamento local de conteúdo, a tendência atualmente dominante, ancorada no desenvolvimento de tecnologias de armazenamento em nuvem (*cloud-based data storage and computing*), aponta para a consolidação de modelos de *streaming* interativo (*on demand*), que fornecessem ao usuário acesso ilimitado a conteúdo digital em contrapartida ao pagamento de uma acessível taxa mensal de subscrição.

Esta é a característica mais marcante do Spotify, plataforma de *streaming* interativo lançada na Europa em 2008, com pretensão de democratizar o acesso à música (“*music for everyone*”) sem exigir que o usuário adquirisse ou armazenasse o conteúdo consumido de forma definitiva.⁸⁶ O Global Collections Report 2018, da confederação internacional de associações CISAC, aponta que, dentre 186 milhões de usuários assinantes de serviços de *streaming*, 86 milhões pertencem somente ao Spotify, enquanto 50 milhões optaram pelo Apple Music.⁸⁷ O *streaming* também tem fomentado o potencial econômico de mercados mais resistentes à digitalização, em que a pirataria é mais difundida, como na América Latina, na Ásia e na África.

A despeito de sua conturbada relação entre indústria fonográfica e inovação tecnológica, no início do século XXI, dados coletados em relatórios anuais de grandes associações, como CISAC e IFPI, insinuam que a indústria de música gravada é a principal responsável pela implementação e disseminação das tecnologias de *streaming*. Executivos das principais companhias, como Warner Music, Universal Music e Sony Music, que andam de mãos dadas com companhias de *streaming*,⁸⁸ têm declarado, ironicamente, possuírem domínio sobre a disrupção tecnológica (“*we have become the disruptors, not the disrupted*”).⁸⁹

⁸⁵ ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009. P. 20.

⁸⁶ TEAGUE, Jordan E. *Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power Imbalance in Digital Copyright*, 4 Case W. Res. J. L. Tech & Internet 207, 236. 2012. P. 132.

⁸⁷ International Confederation of Societies of Authors and Composers - CISAC. *Global Collections Report 2018*. P. 30.

⁸⁸ Veremos mais adiante que gravadoras multinacionais obtiveram participação societária substancial em provedores de serviços de *streaming* por força dos contratos de licenciamento celebrados. Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkeleyCE, 2015. P. 17.

⁸⁹ International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2018*. London, 2018. P. 19.

Progressivamente, manifestações e inovações tecnológicas parecem se converter aos direcionamentos de mercado apontados pela própria indústria fonográfica.

Do alinhamento de interesses entre a cúpula da indústria de música gravada e diversos provedores de serviço digitais parecem exsurgir conquistas importantes, como o recente engajamento do parlamento europeu em relação a uma dimensão específica do *Value Gap*: a desproporcionalidade entre o número de usuários e remuneração coletada a partir de plataformas de conteúdo gerado por usuários, como o Youtube.⁹⁰ A posição manifestada pelo parlamento europeu sucede a assinatura conjunta, por 84 relevantes organizações ligadas à indústria da música, de manifesto em que se requereu endereçamento legislativo expresse acerca da controvérsia.⁹¹

Enquanto serviços de *streaming* de áudio, consideradas modalidades de remuneração por subscrição e publicidade, reúnem aproximadamente 272 milhões de usuários e geram receita de 5,6 bilhões de dólares para o setor; plataformas de *streaming* de vídeo, que não estão sujeitas a responsabilização civil pela utilização de obras intelectuais (íntegram os chamados *safe harbors*), possuem 1.3 milhões de usuários e apresentam retorno de apenas 856 milhões de dólares (IFPI, 2018, P. 27). Em termos mais específicos, a estimativa é que o Spotify remunere às gravadoras (*labels*) 20 dólares anuais por usuário. Em contraste, estima-se que o Youtube retribua anualmente menos de 1 dólar por usuário.

Este é apenas um fatores discutidos pela literatura no que diz respeito à baixa percepção de rendimentos por detentores de direito autoral que ocupam a ponta das cadeias de distribuição de *royalties*. Como veremos mais tarde, a ausência de atualização dos regimes legais e regulatórios estatais que disciplinam os sistemas de licenciamento de direitos, bem como a inaplicabilidade, pela indústria fonográfica, de mecanismos tecnológicos que assegurem transparência aos processos de arrecadação e distribuição de rendimentos também destacam-se como possíveis causas ao fenômeno do *Value Gap*, em sua acepção genérica.

⁹⁰ *European Union Approves Sweeping Copyright Reform That Signals Big Changes Ahead for YouTube.* <https://www.billboard.com/articles/business/8461920/european-parliament-copyright-licensing-reform-value-gap>. Disponível em: <https://www.billboard.com/articles/business/8461920/european-parliament-copyright-licensing-reform-value-gap>. Último acesso em: 11/11/2018.

⁹¹ RESNIKOFF, Paul. *84 European Music & Media Organizations Declare Their Support for Article 13.* *Digital Music News.* Disponível em: <https://www.digitalmusicnews.com/2018/06/27/european-music-media-organizations-article-13/>. Último acesso em: 16/10/2018.

De outro lado, em que pese a pretensão do *streaming* em compatibilizar um modelo de difusão digital legalizado com a oferta de acesso ilimitado a conteúdo *online* e, conseqüentemente, beneficiar usuários e também titulares de direito,⁹² há diversificados atores, mais descrentes, que encaram os serviços de *streaming* como os últimos suspiros de uma indústria fonográfica moribunda.⁹³ O Spotify, por exemplo, tem sido réu em ações que o acusam, tanto de cometer infrações de direitos autorais, quanto de não pagar corretamente rendimentos (*royalties*) devidos aos detentores de direito do autor – gravadoras, produtores, artistas e compositores musicais⁹⁴.

Thom Yorke, Taylor Swift, Adele, David Byrne e Bob Dylan são exemplos de artistas que contestaram publicamente a idoneidade e justiça da distribuição de royalties pelo Spotify. Alguns deles, em última instância, removeram seus álbuns da plataforma.⁹⁵ Outros artistas de renome, como The Beatles, Pink Floyd, Metallica e Tool nem sequer disponibilizaram seu material. As motivações, normalmente, giram em torno da baixa remuneração percebida pelos artistas que disponibilizam conteúdo na plataforma - há relatos de que pode chegar a números irrelevantes, como 0,001128 centavos de dólar por execução – já descontado o percentual distribuído à gravadora,⁹⁶ em que pese a ressalva de que o sistema remuneratório adotado pelo Spotify não se baseie na quantidade de execuções de música (*pay-per-stream*), mas num cálculo que confronta receita mensal do Spotify e o número total de *streams* de cada artista.⁹⁷

⁹² DANGNGUYENA, Godefroy *et al.* *Are streaming and other music consumption modes substitutes or complements?* 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025071. Último acesso em:

⁹³ Eufemismo pouco inspirado de "*the last desperate fart of a dying corpse*", frase cunhada por Thom Yorke, do Radiohead. TEAGUE, Jordan E. *Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power Imbalance in Digital Copyright*, 4 Case W. Res. J. L. Tech & Internet 207, 236. 2012. P. 133.

⁹⁴ POURTZER, Heidi. *Music Streaming Services: The Inequitable Solution to Piracy*. 5 Ariz St. U. Sports & Ent. L.J.: 2016. P. 6.

⁹⁵ Stuar Dredge. *Spotify opens up analytics in effort to prove its worth to doubting musicians*. The Guardian, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2013/dec/03/spotify-analytics-musicians-streaming-music-artists-earn>. Acesso em 30/11/2017. Ver também. News Reporter. *Bob Dylan songs removed from Spotify and We7*. NME, 2009. Disponível em: <http://www.nme.com/news/music/bob-dylan-136-1319240#YclytPs1WYBrDQ0i.99>. Acesso em 30/11/2017.

⁹⁶ How Much Do Musicians Really Make from Spotify, Itunes and Youtube? The Guardian, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/apr/03/how-much-musicians-make-spotify-itunes-youtube>. Acesso em 30/11/2017. P. 134.

⁹⁷ HOGAN, Molly. *Upstream Effects of the Streaming Revolution: A Look into the Law and Economics of a Spotify-Dominated Music Industry*. Telecomm. & High Tech L. 131, 152. Colorado, 2015.

Por sua vez, reitera-se, o Spotify argumenta que aproximadamente 70% de sua receita é dedicada a custos de licenciamento de direito autoral,⁹⁸ quantia que montou, até 2016, em 3 bilhões de dólares.⁹⁹ Há inclusive indícios de que o modelo de negócios do Spotify não é rentável, especialmente em razão da modalidade de uso gratuito, conhecida também como “freemium”, suportada pela veiculação de propaganda (*advertising funded free-of-charge business*), que vindica o prévio licenciamento oneroso, perante detentores de direitos, de todas as obras musicais disponibilizadas a público. Em seus primeiros anos de funcionamento nos Estados Unidos, por exemplo, o Spotify registrou prejuízos de aproximadamente 37,5 milhões de dólares, em 2010, e de 59 milhões de dólares em 2011.¹⁰⁰

Esse descompasso entre o grande percentual de receita dedicado ao pagamento de *royalties* e a persistência da distribuição de rendimentos ínfimos aos titulares de direito autoral evidencia o fenômeno antes mencionado chamado *Value Gap*. Antes que nos debruçamos sobre aspectos técnico e jurídicos dos sistemas de licenciamento de direitos e de recolhimento e distribuição de rendimentos de direito autoral provenientes do *streaming*, faz-se necessário colacionar um breve apontamento descritivo dos principais agentes que atuam direta ou indiretamente no setor, delinear a distinção entre os conceitos de composição musical (*music composition* ou *musical work*) e fonogramas (*sound recording*) e, finalmente, trazer alguns conceitos acerca dos instrumentos contratuais usualmente utilizados pela indústria de música gravada: contratos de licença e de cessão.

8. Principais atores setoriais na Indústria de música gravada.

A indústria de música gravada é complexa e envolve uma miríade de agentes relevantes, motivo pelo qual se faz oportuno lista-los, acaso uma consulta se faça eventualmente necessária. Estes agentes podem ser didaticamente organizados em três grupos:¹⁰¹ i) titulares de direito autoral; ii) usuários; e iii) entes administrativos do sistema de gestão coletiva.

No Brasil, titulares de direito são subdivididos entre titulares de “direito de autor” e de “direitos conexos”. A titularidade de direitos de autor exsurge da própria criação da

⁹⁸ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeICE, 2015. Op Cit.

⁹⁹ International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2016*. London, 2016. P. 44.

¹⁰⁰ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsor License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P.18.

¹⁰¹ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 20 et sec.

composição musical ou do fonograma, sendo os respectivos criadores titulares de direitos morais e patrimoniais. A titulares de direitos conexos (*neighbouring rights* ou *droit voisins*), por outro lado, importa em direitos de conteúdo não autoral quanto aos quais o ordenamento reconhece direitos de natureza patrimonial equiparáveis aos direitos de autor.¹⁰² Ressalta-se que não há, nos Estados Unidos, direitos análogos aos direitos conexos. Os titulares de direitos autorais podem ser definidos como os seguintes:

I - Autores/compositores: são titulares do direito de autor, adquirido originariamente pelo ato de criação da música e/ou da letra (artigo 22 da Lei 9.610/98). A fim de explorar economicamente as suas obras, autores e compositores licenciam editoras ou distribuidoras (*publishers*) para administrar seus direitos patrimoniais, normalmente mediante a destinação de parte de seus *royalties*;

II - Artistas, intérpretes e executantes: são cantores, músicos, atores ou quaisquer pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras musicais (artigo 5º, inciso XIII, da Lei 9.610/98). Os *royalties* de artistas dependem de termos estipulados em contratos, normalmente de cessão, firmados diante de gravadoras (*labels*) que os assimilam para atuar em gravações;

III - Produtores fonográficos: pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela primeira fixação do fonograma (gravação da música) ou da obra musical, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado (artigo 5º, inciso XI, da Lei 9.610/98). Os *royalties* de produtores também dependem de termos estipulados contratos, normalmente de cessão, firmados diante de gravadoras (*labels*) que os assimilam para atuar em gravações;

IV - Editoras (*publishers*): pessoas físicas ou jurídicas às quais se licencia o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites do contrato de edição estabelecido entre as partes (artigo 5º, inciso X, da Lei 9.610/98);

V – Gravadoras: a maioria das músicas comercialmente bem-sucedidas sucedem relações contratuais estabelecidas entre gravadoras, compositores e artistas

¹⁰² ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P. 193.

intérpretes. No Brasil não há estipulação de titularidade autoral ou conexa estipulada para gravadoras, pessoas de direito privado que, no entanto, costumam titularizar, de forma derivada, direitos patrimoniais pertencentes aos demais titulares. Nos Estados Unidos direitos sobre fonogramas musicais geralmente são exercidos por gravadoras.

A seguir, agrupam-se agentes usuários, ou seja, atores que dependem de licenças para que executem publicamente, acessem, reproduzam ou comercializem obras musicais:

VI - Usuários: pessoas físicas ou jurídicas que executam/comunicam música publicamente. Todos aqueles que utilizem de repertório musical na constituição de sua atividade econômica (artigo 68, § 3º, da Lei 9.610/98). Provedores de serviços de *streaming*, ou provedores de aplicações na internet são exemplos de usuários, bem como emissoras de rádio ou televisão, cinemas, teatros, restaurantes, bares, academias de ginástica, hotéis, motéis, circos, festejos regionais, entre outros.

Como veremos com maior detalhe, diante das múltiplas possibilidades de utilização de obras musicais, da diversidade de usuários e da incapacidade a que detentores de direito autoral, individualmente, licenciem direitos ou fiscalizem utilizações relativos às suas obras musicais, é tradição histórica que titulares de direito se organizem por meio de associações ou organizações a quem atribuem os misteres de realizar o monitoramento, o licenciamento, a arrecadação e a distribuição de rendimentos de direito autoral, mediante o pagamento de taxa administrativa. São denominados entes de gerenciamento coletivo de direitos, que ficam responsáveis por intermediar as relações negociais travadas entre titulares de direitos autorais e usuários. Vejamos alguns exemplos:

VII - Associações de titulares de direitos de autor e direitos conexos: associações civis, sem fins lucrativos, criadas pelos próprios titulares para facilitar a defesa e cobrança de direitos autorais e conexos. Seu poder de representação depende de ato de filiação com que o titular de direito constitui determinada associação sua mandatária legal, momento a partir do qual caberá à associação erigida estabelecer preços pela utilização de seus repertórios, representar seus filiados juridicamente, prestar assistência e administrar direitos patrimoniais (artigo 98 da Lei nº 9.610/98).

Nos Estados Unidos, veremos que quem desempenha este papel, em nome de compositores e letristas, são Performance Rights Organizations (PRO's), das quais se destacam a American Society of Composers, Authors and Publishers – ASCAP e Broadcast Music, Inc. – BMI, que, juntas, detêm de cerca de 90% dos direitos sobre composições musicais.¹⁰³

VIII - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD: ente arrecadador sem fins lucrativos, responsável pela unificação da cobrança e distribuição de direitos relativos tão somente à execução pública de obras audiovisuais, musicais, lítero-musicais e fonogramas. (artigo 99 da Lei 9.610/98).

9. A distinção entre licenças voluntárias, licenças compulsórias e contratos de cessão.

O titular de direito autoral (ou *copyright owner*) que pretenda disponibilizar suas obras musicais por meio de provedores serviços de *streaming*, bem como ofertá-las para demais modalidades de utilização, caberá celebrar contratos de licença ou contratos de cessão.

O contrato de licença não é disciplinado pela legislação brasileira, mas seus fundamentos estão bem assentados em países com tradição *common law*. Licença significa a transmissão, condicionada ou não, onerosa ou gratuita, de certas capacidades ou privilégios de uso que, do contrário, restariam adstritos ao titular do direito de propriedade, sem que ocorra a transferência desta titularidade ao terceiro licenciado.¹⁰⁴ O fundamento da licença é a propriedade e não o contrato. São direitos de propriedade que conferem ao seu titular a capacidade exclusiva de gerenciar seus recursos, bem como o direito de proteção contra a intervenção de terceiros. Licença, pois, é o meio pelo qual o titular de direitos de propriedade mitiga este dever de não interferência alheia em sua esfera jurídica ao permitir a terceiros certas modalidades de uso sem que, com isso, reste afastada a sua titularidade.

Quanto aos serviços de *streaming* cabe destacar dois tipos de licenças voluntárias: licenças irrevogáveis (*irrevocable licenses*) e licenças de amostra (*bare licenses*).

¹⁰³ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 20.

¹⁰⁴ NEWMAN, Christopher M. *A License Is Not a "Contract Not To Sue": Disentangling Property and Contract in the Law of Copyright Licenses*. Iowa Law Review. Vol. 98, Nº 2; George Mason Law & Economics Research, 2013. P. 1114.

Costumam celebrar licenças irrevogáveis os titulares de direito que forneçam a distribuidores ou associações representativas as tarefas respectivas de desempenharem, como mandatários, a distribuição de suas obras intelectuais ou de arrecadarem e repassarem seus rendimentos de direito autoral. Esta modalidade licença importa na transmissão, por determinado período e mediante termo escrito, de prerrogativas de uso que vigem a depender da satisfação de certas condições estipuladas formalmente. O terceiro licenciado, nesse sentido, gozará de prerrogativas que consubstanciam direitos de uso oponíveis em face do licenciante (daqui vem o nomenclatura “irrevogável”).¹⁰⁵ Acaso estas prerrogativas importem na transmissão do privilégio de uso em caráter exclusivo, configurar-se-á a modalidade licença exclusiva (*exclusive license*), em que diferentes aspectos da mesma propriedade passam a ser titularizados por licenciante e licenciado em conjunto, como no caso das associações de titulares de direito autoral brasileiras, mandatárias únicas de seus filiados por força de atos de filiação, conforme veremos a seguir.

As licenças de amostra, por outro lado, são tácita ou formalmente adquiridas por usuários em face de provedores de serviços, como serviços de *streaming*, com que obtêm autorização temporária de uso ou acesso a conteúdo, sem, contudo, angariar propriedade definitiva. Em outras palavras, este tipo de licença importa em transmissão de privilégios de uso sem que se resguarde ao licenciado qualquer tipo de prerrogativa legal. Um provedor de serviços que, por exemplo, forneça licença de uso de determinado *software*, como um jogo de computador, poderá revogar a autorização concedida unilateralmente e a qualquer tempo sem incorrer em qualquer prejuízo. Não há requisitos formais para a utilização destas licenças, já que: a) são revogáveis por simples manifestação de vontade; b) são celebradas informal e unilateralmente; e c) ocasionam simples privilégios, enquanto contratos formais se desdobram em deveres e obrigações.¹⁰⁶

Há também modalidades de licenças compulsórias ou legais (*compulsory* ou *statutory licenses*), comuns no sistema de licenciamento de direitos autorais estadunidense em relação a direitos de reprodução e distribuição (*mechanical rights*) e direitos certos direitos de performance pública (*performance rights*). Estas licenças, fundamentada por lei, importam na transmissão de privilégios de uso independentemente de anuência prévia do titular de direitos,

¹⁰⁵ Ibidem. P. 1223.

¹⁰⁶ Ibidem. P. 1127.

mediante pagamento de *royalties* estipulados segundo procedimento normativamente estabelecido.¹⁰⁷

Finalmente, os contratos de cessão se distinguem de contratos de licença por importarem na efetiva transferência, presumidamente onerosa, de direitos entre titulares originários e titulares derivados.¹⁰⁸ Dão ensejo, portanto, a novos direitos subjetivos por parte do cessionário, oponíveis *erga omnes*,¹⁰⁹ e são comumente praticados, na indústria da música, por gravadoras que pretendam investir em artistas e compositores. É por força de contratos privados de cessão de direitos patrimoniais que, nos Estados Unidos, a percepção de *royalties* por artistas e produtores fica estreitamente vinculada a arranjos contratuais celebrados com gravadoras, que exercem, por sua vez, a titularidade integral sobre os direitos de fonogramas.

10. A distinção entre composições musicais e fonogramas.

As estruturas de licenciamento de direitos autorais sobre músicas devem endereçar dois tipos distintos de obras intelectuais: a composição musical (*musical composition* ou *musical work*) e o fonograma (*sound recording*). A cada uma destas modalidades de obra intelectual corresponderá um microsistema específico de licenciamento, considerando, especialmente, que podem ser distintos os seus titulares, bem como diversificada a gama de direitos que inauguram. Ainda que composição musical e fonograma possam incorporar simultaneamente uma só música gravada, a distinção conceitual não é acessória, pois, especialmente nos Estados Unidos, desdobra-se em disciplinas legais e regulatórias sensivelmente diferentes.¹¹⁰

Composição musical se refere a letras e notas musicais fixadas em objeto material, como pedaço de papel ou partitura.¹¹¹ Seus titulares são normalmente compositores e letristas, que podem exercer os seguintes direitos patrimoniais: reprodução, distribuição, execução e exibição públicas da composição musical, bem como elaborar composições derivadas a partir da original.

¹⁰⁷ MINATTI, Luis Gustavo. *Contratos de licença e sua natureza jurídica*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011/2012. P. 12625 et sec.

¹⁰⁸ ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P. 136-137.

¹⁰⁹ LIPSZYC, DELIA. *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO et al, Paris, edição de 1993. P. 276 *apud* PORRAS, Delgado Antonio. *Paronámica de la protección civil y penal em matéria de propiedad intelectual*. Madrid, Ed. Civitas, 1998. P. 58-59.

¹¹⁰ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2015. P. 16.

¹¹¹ *Ibid.* P. 13

Por outro lado, fonograma corresponde à gravação de áudio em que é captada, de forma particular, a execução da composição musical pelo próprio compositor ou por intérpretes, segundo possibilidades variadas de arranjo, mixagem e masterização.¹¹² Sobre os fonogramas, exercem direitos de autor o produtor musical (normalmente as grandes gravadoras - *labels*) e artistas intérpretes. Titulares de direitos sobre fonogramas têm à sua disposição os direitos de controlar sua sincronização (incorporação em material audiovisual), reprodução e distribuição públicas, bem como a elaborar materiais derivados a partir da gravação original.¹¹³ Observa-se que estes devem obter licenças dos autores de composições musicais subjacentes a fim de gravar fonogramas.

¹¹² WHORTON, Amanda M. The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime, 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017. P. 271.

¹¹³ Ibidem. Op. Cit.

Capítulo 2. Streaming no Brasil – ECAD e o sistema único de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos.

Segundo a IFPI, a América Latina é responsável pelo maior crescimento econômico regional do mercado de música gravada em 2017, com destaque para o crescimento de 17,9% em receitas, anotado pelo Brasil no mesmo período.¹¹⁴ Há, contudo, muitos desafios a serem enfrentados, especialmente porque ainda é incipiente, na região, a quantidade de consumidores que possuam cartões de crédito e *smartphones*, de que se desdobra a dificuldade em levar aos consumidores as modalidades pagas de distribuição digital, como o *streaming*.

Do ponto de vista normativo, a Lei de Direito Autoral brasileira – LDA (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) é omissa, nem sequer endereça a internet diretamente, podendo apenas entrevê-la em expressões abertas como “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, presentes artigo 7º, que define o conceito de obra intelectual, ou a previsão do artigo 29, inciso X, que prevê a necessidade de prévia autorização do titular de direitos “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.” Estes conceitos abertos, contudo, evidenciam a preocupação PRO’spectiva da legislação autoral brasileira e fornecem, ao intérprete, diretrizes básicas e conceitos fundamentais que devem reger os requisitos de incidência normativa e as modalidades de utilização aplicáveis no ambiente virtual.

Diante da ausência de normas materiais atualizadas, as controvérsias relativas ao enquadramento jurídico dos modelos de negócio que despontaram a partir da disseminação da internet e às modalidades legais de utilização de obras intelectuais incidentes sobre a prestação de serviços de *streaming* têm sido endereçadas precipuamente pelo judiciário brasileiro, com destaque ao Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ. Este precedente pretendeu fornecer um marco teórico apto a elucidar questões básicas a respeito do *streaming* como: i) qual a sua definição?; ii) qual o seu enquadramento em relação aos requisitos de incidência normativa previstos pela Lei de Direito Autoral?; e iii) com qual a modalidade de exploração de obras musicais os serviços de *streaming* se identificam? As respostas a estas questões têm desdobramentos sensíveis com relação ao sistema de arrecadação e distribuição de rendimentos aplicável no Brasil.

¹¹⁴ International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2018*. London, 2018. P. 30.

Isto porque discutir a natureza jurídica dos diferentes atos de disponibilização de músicas na internet implica em definir quem será responsável pela coleta e distribuição de rendimentos auferidos a partir dos provedores de serviços de *streaming*. Conforme veremos detalhadamente, o STJ teceu o entendimento de que as transmissões realizadas por serviços *streaming* são atos de execução pública o que atrai a competência exclusiva do Escritório Central de Arrecadação – ECAD, sociedade civil de natureza privada instituída por lei (Lei Federal nº 5.988/73), para arrecadar e distribuir rendimentos, por força da disposição insculpida ao artigo 99 da LDA.

Reconhecer que o ECAD detém monopólio na arrecadação e distribuição de rendimentos auferidos a partir do *streaming* atrai críticas de muitos atores do setor, em razão da crença histórica, fundamentada na constatação de severas irregularidades em meio a diversas CPI's ao longo dos anos, de que o ente central de arrecadação não é transparente com relação aos fluxos de distribuição de rendimentos que administra, que passaram a ser divulgados publicamente apenas a partir de 2005.¹¹⁵

Para compreender como funciona o sistema de arrecadação e distribuição de rendimentos no Brasil e considerado o posicionamento recentemente referendado pelo STJ, que evidenciou, mais uma vez, a centralidade desempenhada pelo ECAD no ordenamento de direito autoral brasileiro, trataremos, a seguir, um breve panorama do histórico acerca da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil e do papel do ECAD como ente central arrecadador, bem como analisaremos detidamente os contornos dos Recursos Especiais de nº 1.559.264 e nº 1.567.780, que definem a disciplina normativa do *streaming* no Brasil.

1. Escorço histórico – a obra musical no escopo do sistema de direito autoral brasileiro.

Inspirado pelos ideais difundidos à Revolução Francesa, o sistema de direito autoral brasileiro tem origem franco-romana e atende ao nome *droit d'auteur*. Este sistema demonstra preocupação ímpar com características de ordem pessoal, correlatas à associação, considerada imanente, entre autor e obra, que corresponde a um feixe de normas morais, extrapatrimoniais, e outro de natureza patrimonialista, como os direitos de confecção de cópias típicos do *copyright*.¹¹⁶

¹¹⁵ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 119.

¹¹⁶ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P.31.

A estes feixes de normas jurídicas de natureza jurídica distinta, morais e patrimoniais, corresponde a chamada teoria dualista de direitos autorais. A natureza dúplice assenta-se em relação à todas as obras intelectuais, quanto às quais o autor exerce direitos de ordem moral como, por exemplo, o direito ter seu nome associado à obra (artigo 24, inciso II, da LDA); o direito de conservá-la inédita (artigo 24, inciso III, da LDA); e o direito de assegurar a sua integridade (artigo 24, inciso IV, da LDA). De outro lado, há direitos de ordem patrimonial, que são foco deste trabalho, de que são exemplos o direito de reprodução (artigo 29, inciso I, da LDA); o direito de edição (artigo 29, inciso II, da LDA); o direito de distribuição (artigo 29, inciso VI, da LDA); o direito de distribuição eletrônica, considerado pelo STJ como análogo ao direito de colocar a disposição do público (artigo 29, inciso VII, da LDA); e o direito de comunicação pública (artigo 29, inciso X, da LDA).

Salienta-se, de antemão, que dentre todos os direitos supra mencionados, este trabalho repousará detida atenção no último, o direito de comunicação pública, gênero de que se desdobra a espécie execução pública. Afinal, o sistema de gestão coletiva vigente, centralizado no ECAD como ente único arrecadador, fundamenta-se justamente no monopólio de arrecadação e distribuição de rendimentos auferidos a partir da execução pública de obras musicais. E, além disso, no esteio dos recentes precedentes pronunciados pelo STJ, transmissões realizadas por provedores de serviço de *streaming* equivalem a execuções públicas de obras musicais, o que atrai o âmbito de competência do ECAD.

No Brasil, o primeiro vestígio de proteção constitucional expressa de direitos autorais remonta à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24/02/1891, em cuja seção dedicada à Declaração de Direitos constava o seguinte: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico.”¹¹⁷ Diante do reconhecimento constitucional, a legislação brasileira foi enfrentando progressivo aperfeiçoamento a partir do código de 1916, que classificou o direito de autor inicialmente como bem móvel, destinando capítulo próprio à disciplinar a matéria.¹¹⁸

Com forte inspiração napoleônica, o Código de 1916 permitiu fácil harmonização do direito interno brasileiro ao sistema internacional de direitos autorais, que à

¹¹⁷ Ibidem. P. 62.

¹¹⁸ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Editora FTD. São Paulo, 1998. P. 37.

época consubstanciava-se principalmente em torno da Convenção de Berna.¹¹⁹ Também conhecida como Primeira Convenção Internacional para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, a Convenção de Berna, recepcionada no Brasil mediante o Decreto nº 75.699/1975,¹²⁰ é anterior à primeira grande guerra e, conseqüentemente, à própria Liga das Nações e estabeleceu os principais fundamentos e princípios de proteção mínima do direito autoral contemporâneo, quais sejam: o princípio do tratamento nacional, segundo o qual será dispensado, às obras estrangeiras, a mesma disciplina aplicável à proteção de obras nacionais; o princípio da proteção automática, que faz a proteção de direito autoral prescindir qualquer tipo de formalidade ou registro; e o princípio da independência na proteção, segundo o qual a fruição e o exercício de direitos autorais de obras circulantes internacionalmente independem, inclusive, de expressa previsão normativa pelo país em foram originalmente concebidas.

Já à Constituição Federal Brasileira de 1988, destacam-se os incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º, que remetem a proteção de direitos individuais:

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;

Verifica-se que a Constituição de 1988, no inciso XXVII do artigo 5º, vinculou os direitos exclusivos de utilização ao termo abrangente “obras”, sendo a primeira vez na história que o texto constitucional deixou de delimitar o resguardo normativo autoral às expressões “literária, artística e científica”, muito em face à tendência globalizante que ofertava

¹¹⁹ GUIMARÃES, Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P.6.

¹²⁰ BRASIL. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, 1975.

proteção também programas de computador e bases de dados. Além disso, o aspecto patrimonialista da proteção constitucional se destaca por meio da expressão “direito exclusivo de utilização”, que traduz a necessidade de prévia autorização de titulares de direito a fim de que suas obras possam ser exploradas economicamente. O constituinte também reforça a personalidade do autor na qualidade de sujeito da relação jurídica autoral e condiciona a percepção de direitos patrimoniais ao uso público da obra (autorização exceções de uso privado - *fair use*).

Já no inciso XXVIII do artigo 5º, a Constituição reforça os direitos patrimonialistas de participação dos autores no aproveitamento econômico das obras que criarem, ainda que se tratem de obras coletivas, assegurando também direito de fiscalização diante das associações representativas responsáveis por coletar e distribuir rendimentos de direito autoral.

A composição musical, tenha ou não letra, é obra protegida e disciplinada pelo artigo 7º, da Lei nº 9.610/98, apesar de o diploma não trazer uma definição específica. O fonograma, por sua vez, não é nem sequer expressamente previsto pela LDA como obra intelectual, mas a omissão não enseja à conclusão de que não haja proteção, especialmente se considerada a abrangência do termo “obras” com que a Constituição direciona o objeto das prerrogativas exclusivas de direito autoral.

Finalmente, cabe destacar que, embora o Brasil não seja signatário do Tratado sobre o de Direito de Autor (WCT – WIPO Copyright Treaty) e do Tratado sobre Performances e Fonogramas (WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty), é incontestável que a Lei nº 9.610/1998 incorporou alguns direitos ali referidos, contemplando dispositivos que atendem às demandas inauguradas por novos meios de comunicação, absorvendo inclusive, nos termos dos precedentes do STJ, o direito de colocar à disposição do público (*making available*) à previsão do direito de distribuição eletrônica do inciso VII do art. 29 da LDA. Conforme veremos este direito de utilização pode ser facilmente relacionado à transmissão realizada via *streaming* interativo.

2. ECAD e a gestão coletiva de direitos no Brasil.

O sistema de gestão coletiva direitos autorais brasileiro teve sua gênese, logo em seguida à promulgação do Código Civil de 1916, diante da fundação da Sociedade Brasileira de Autores Teatrais – SBAT, que, inicialmente, tornou-se mandatária de dramaturgos, a fim de

coletar arrecadar rendimentos de direito autoral provenientes de representações dramáticas (denominado “grande direito”), e mais tarde também de apresentações musicais (denominado “pequeno direito”).¹²¹ Historicamente, o gerenciamento coletivo se fez necessário diante da impossibilidade prática a que autores, individualmente, acompanhassem todas as negociações e fases de industrialização, comercialização e distribuição correlatas à veiculação de suas obras ao público.

As sociedades de autores, tal como a SBAT, inicialmente organizaram-se localmente e, ao longo do tempo, angariaram maior estrutura e projeção, a ponto de estabelecer conexões com sociedades estrangeiras com a finalidade de administrar e fiscalizar, reciprocamente, as diversas e descentralizadas utilizações de obras intelectuais, bem como recolher os rendimentos pagos por usuários em contrapartida. A gestão coletiva, que se tornaria traço definidor do sistema de arrecadação e distribuição brasileira, compreende um sistema de administração de direitos de autor e direitos conexos em que titulares, por ato de filiação, delegam à organizações de representação a responsabilidade de negociação das condições de distribuição de suas obras, bem como o ônus de coletar, em seu nome, os rendimentos que decorrerem das respectivas utilizações.¹²²

A gestão coletiva de direitos, neste compasso, apresenta-se como a opção tradicionalmente viável a que as distintas modalidades de direito autoral, especialmente direitos de execução pública, possuam efetividade e não fiquem relegadas à previsões normativas altruístas, porém inócuas. Ressalva-se que sempre foi possível e juridicamente viável o exercício pessoal, pelo autor, da administração de seus direitos, especialmente diante da previsão posterior da plena liberdade de associação, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.¹²³

Após inúmeros desentendimentos entre titulares de direito e da criação de diversas novas sociedades de arrecadação, instalou-se quadro caótico em que múltiplas sociedades arrecadadoras coexistiam e administravam critérios concorrentes de arrecadação e distribuição de rendimentos. Em meio à ausência de um aparato normativo que dotasse o Estado de instrumentos próprios de controle da atuação das sociedades representativas e das formas de

¹²¹ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 27.

¹²² LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalia. Buenos Aires, 2001. P. 408.

¹²³ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Editora FTD. São Paulo, 1998. P. 149.

cobrança, fez-se necessária a elaboração de um diploma específico para tratar de direito autoral – a Lei nº 5.988/73.¹²⁴ Foi nesta oportunidade em que o sistema de gestão coletiva restou definitiva e legalmente implementado no Brasil, com a subsequente criação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, ente único responsável pela arrecadação de rendimentos decorrentes de execuções públicas, que passaria a representar, neste mister, as demais sociedades arrecadadoras.¹²⁵

Diante da criação do ECAD, as antigas sociedades arrecadadoras tornaram-se associações civis de titulares de direito que devem ser prioritariamente administradas pelos próprios autores e artistas e, segundo critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI, não podem possuir finalidade lucrativa.¹²⁶ Antes responsáveis pela onerosa atividade de arrecadação e distribuição, as associações de gestão coletiva passaram a representar, primordialmente, interesses e pautas de natureza política em nome de seus filiados,¹²⁷ e a desempenhar mero papel de intermediárias, apenas repassando, a seus filiados, *royalties* coletados pelo ente centralizador, que consolidou-se como espécie de associação de associações.¹²⁸

A fim de que esta relação de representação se estabeleça faz-se necessário que o titular de direitos realize ato de filiação, por meio do qual constitui determinada associação como sua mandatária exclusiva.¹²⁹ As associações de autores e artistas, além disso, submetem-se à égide de normas de caráter fiscal, trabalhista e previdenciário e responsabilizam-se pelo cadastramento das obras de seus filiados, que permitirá a posterior distribuição de rendimentos (artigo 2º, §1º do Regulamento de Distribuição),¹³⁰ costumando reter, para arcar com custos internos de distribuição, uma taxa administrativa de suporte normalmente fixada em 5% das receitas administradas.¹³¹

A Lei nº 5.988/73 também criou o Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, um órgão de fiscalização, consulta e assistência, que direcionaria toda a política estatal

¹²⁴ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 30.

¹²⁵ *Ibidem*. P. 32.

¹²⁶ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P.88.

¹²⁷ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (*org.s*). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 26.

¹²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Forense Universitária. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 2001. P. 124.

¹²⁹ Atualmente, esta vedação encontra fundamento no artigo 97 da LDA.

¹³⁰ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Regulamento de distribuição. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/>. Último acesso em: 16/11/2018.

¹³¹ ABRÃO, *ibidem*. Op Cit.

em matéria de direito autoral e exerceria funções normativas e fiscalizadora sobre o ECAD. As atribuições deste órgão, especificadas pelo artigo 117, eram, em apertada síntese: i) autorizar, ou não, o funcionamento das demais associações de titulares de direitos; ii) fiscalizar o cumprimento de exigências legais; iii) fixar preços e atuar como árbitro em disputas de direito autoral; e iv) intervir em associações representativas, acaso constatadas irregularidades, com possibilidade de cassar seus dirigentes.¹³²

Verifica-se que, a partir da promulgação da Lei nº 5.988/73, o sistema brasileiro de gestão coletiva de direito autoral se desenvolveu com forte direcionamento estatal centralizador, seja pela atuação reguladora do CNDA ou pela criação do ECAD como ente arrecadador único e representante nacional das associações de titulares de direito. Ocorre que este sistema de administração federal de direitos autorais, conduzido pelo CNDA e concebido em meio ao dirigismo econômico da ditadura militar, não subsistiu aos anseios da redemocratização e à previsão constitucional do princípio da livre iniciativa, especialmente porque marcado por forte caráter interventor e por ser extremamente ineficaz.¹³³

Esta conjuntura influenciou o desligamento do CDNA, em 1990, e a consequente desestruturação do aparato normativo regido pela Lei nº 5.988/73, originalmente constituído em torno da atuação de um agente regulador que dali a frente não mais existiria. Por outro lado, a Constituição de 1998 apenas consolidou a legitimidade do ECAD, uma associação de associações, de natureza privada, que a princípio não implicava em interferência estatal indesejável ao setor.¹³⁴ Na ausência do órgão regulador, o ECAD agigantou suas atribuições, passando a concentrar poderes antes delegados ao CNDA e a atuar de forma pouco transparente até que fosse promulgada, mais tarde, a Lei nº 9.610/98.¹³⁵

A nova Lei de Direito Autoral, contudo, em pouco contribuiu para suprir a lacuna havida desde o desligamento do CNDA, eis que não instituiu nenhum órgão público de fiscalização, controle e supervisão das atividades desempenhadas pelo ECAD e pelas

¹³² FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 69.

¹³³ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 37.

¹³⁴ Ressalva-se que a previsão do Art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal (“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado”) gerou controvérsia, porque, na interpretação conferida por alguns tribunais, referenciaria não somente a pessoa do titular, mas também as associações de titulares, que forçosamente integravam o regime de arrecadação unificada do ECAD. Cf. COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Editora FTD. São Paulo, 1998. P. 152.

¹³⁵ BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998.

sociedades de representação. Em verdade, a LDA acabou consolidando o monopólio de arrecadação e distribuição do ECAD e relegando, ao estatuto do ente arrecadador, a competência para disciplinar normativamente diversas matérias sensíveis à gestão coletiva de direitos, como, por exemplo, o sistema de representação, com que se determinava quais as associações que integrariam ao ECAD e qual o seu poder decisório; o sistema de arrecadação, que disciplinava categorias de usuários em torno das quais se definiria a cobrança de rendimentos; e o sistema de distribuição, que determinava as porcentagens a serem distribuídas entre os componentes do ECAD.¹³⁶

A partir de então, cabe ao ECAD formular a política e a normatização da arrecadação e distribuição de direitos de execução pública musical (competência em razão da matéria, disciplinada pelo parágrafo terceiro do artigo 68, da LDA), que deve ser realizada em locais de frequência coletiva (competência em razão do lugar, referenciada pelo parágrafo segundo do artigo 68, da LDA). No exercício destas competências, o ECAD obedece a regulamentos de arrecadação aprovados em Assembléia Geral e tem legitimidade para autorizar, independentemente de prévio assentimento dos titulares representados, a utilização de todas as obras do repertório representado pelas associações que o integram.

Quanto às modalidades de licenciamento, usuários são organizados pelo ECAD conforme o tipo de atividade econômica que desempenham e também de acordo com a frequência de utilização de obras intelectuais,¹³⁷ classificando-se como usuários i) permanentes, quando a utilização é habitual; ii) eventuais, quando a utilização é não habitual; ou iii) gerais, definidos pelo Regulamento como aqueles não enquadrados como *emissora de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, circo e parque temático, sala de projeção, promotor de shows, espetáculos e eventos especiais*.¹³⁸

Além disso, o ECAD pratica três métodos de distribuição: a) direto, quando há possibilidade de identificar cada obra musical utilizada, rendimentos são divididos entre autores e titulares das obras executadas; b) indireto, quando for impossível ou economicamente inviável verificar, discriminadamente, a identidade de obras e autores, rendimentos serão distribuídos

¹³⁶ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 52 et seq.

¹³⁷ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P.91.

¹³⁸ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Regulamento de Arrecadação Consolidado*. Ata da 355ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, 2011. P. 5 et seq.

conforme critérios de amostragem; e c) indireto especial, quando o critério de amostragem também é aplicado, porém com relação a eventos específicos, como carnaval e festas juninas e, no caso de músicos acompanhantes, acaso atuem entre os 650 fonogramas mais executados.¹³⁹

Do montante total arrecadado, o ECAD reserva 20% para cobrir custos administrativos e distribui o excedente, proporcionalmente a um sistema de pontuação, para os titulares das obras mais utilizadas. Se os titulares não forem filiados a nenhuma associação, suas obras não serão catalogadas e os rendimentos decorrentes ficam temporariamente armazenados sob a rubrica “pendentes de identificação”, até que, após 5 anos, são incorporados ao ECAD como receita administrativa.¹⁴⁰ .

Este é um ponto delicado do sistema brasileiro de arrecadação e distribuição porque há uma contradição aparente em relação ao princípio da liberdade de associação assegurado constitucionalmente. Ora, a possibilidade de exercício pessoal, por titulares de direito autoral, das tarefas de arrecadação e distribuição fica sensivelmente mitigada em face da atuação, automática, do ECAD para efetuar estas atribuições no que diz respeito à execuções públicas de obras musicais. Acaso um titular opte por não se afiliar a associações e por contratar diretamente distribuidoras e agregadores digitais a fim de disponibilizar suas músicas em plataformas de *streaming*, por exemplo, ainda assim será o ECAD quem recolherá rendimentos e, se a obra não constar em seus registros, esta receita cairá na vala comum de obras “pendentes de identificação”.

Afinal, como veremos com maior detalhe em breve, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que transmissões realizadas por meio da tecnologia *streaming* atraem a competência do ECAD para realizar arrecadação e distribuição dos rendimentos decorrentes da utilização. A questão é sensível especialmente em razão da interpretação conferida pela corte ao conceito de “locais de frequência coletiva”, requisito essencial a que caracterizada execução pública da obra musical.

3. Nova sistemática de gestão coletiva – Lei nº 12.853/2013.

Vimos que a atuação do ECAD no Brasil é historicamente marcada por desconfianças em relação à lisura de sua operacionalização da distribuição de rendimentos

¹³⁹ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Regulamento de distribuição. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/regulamento-de-arrecadacao/>. Último acesso em: 16/11/2018.

¹⁴⁰ ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P. 92.

coletados. Fatores que corroboraram com esta insegurança, resumem-se aos seguintes (CHAIM, 2016 P. 78): i) ausência de transparência na prestação de contas e nos critérios estipulados para delimitar arrecadação e distribuição de rendimentos, de que decorreram práticas de abuso econômico, verificadas por uma CPI ao Senado e em processo junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; ii) inexistência de previsões legais que direcionassem a atuação do ECAD; iii) cobrança de taxas abusivas de custos operacionais, que alcançavam 25% sobre a receita arrecadada; e iv) falhas no sistema representativa e na organização interna da gestão coletiva.

A decisão do CADE, em específico, acusava as associações de gestão de coletiva de integrarem cartel e exortava atenção ao abuso de poder econômico praticado pelo ECAD e pelas associações em meio aos procedimentos de fixação de valores de cobrança em contrapartida à execução pública de obras musicais, que resultariam em preços incompatíveis com o mercado, de que se depuraria violação ao princípio da livre concorrência. Apesar dessas alegações, o CADE concluiu que a manutenção do monopólio de arrecadação do ECAD não seria um problema, desde que houvesse efetiva fiscalização de sua atuação.

Já com relação à CPI do Senado, seu principal objetivo era verificar irregularidades na gestão do ECAD, que envolviam denúncias afeitas aos critérios de expulsão e admissão de sociedades de gestão coletiva aos quadros do ECAD, à substituição de serviços de auditoria contratados, o pagamento de altíssimos prêmios a funcionários do ECAD; à ilegal distribuição de honorários advocatícios de sucumbência para executivos do ECAD; e à apropriação indevida de créditos arrecadados.¹⁴¹ Destacam-se três resultados principais ao fim da CPI: o indiciamento de nomes ligados às associações de gestão coletiva e de funcionários do ECAD e o processamento do Projeto de Lei do Senado - PLS 129 – cuja minuta foi anexada ao próprio relatório da CPI.

Todas estas razões fomentaram a promulgação de uma nova legislação, derivada do PLS 129, cujo fim primordial era assegurar transparência e fiscalização das atividades administradas por entidades de gestão de direitos coletivos, a Lei nº 12.853/2013.¹⁴² A nova lei alterou, revogou e acrescentou dispositivos à Lei nº 9.610/98, de que se destacam a

¹⁴¹ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 259.

¹⁴² BARROS, Carolina Geissler Miranda de. OLIVEIRA, Matheus Andrade. *Gestão coletiva de direitos autorais nas plataformas de "streaming"*. Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. v.2|n. 2|. Curitiba, 2016. P. 103.

reestruturação do sistema de direitos autorais por meio da previsão da afetação do percentual mínimo legal de 77,5% dos recursos arrecadados para distribuição a detentores de direitos autorais e conexos e, além disso, de dotação, à Diretoria de Direitos Intelectuais - DDI, órgão da Administração Pública Federal vinculado ao Ministério da Cultura – MinC, do dever de fiscalização dos entes de gestão coletiva, de autorizar a habilitação de associações aos quadros do ECAD e de resolução administrativa de conflitos entre titulares de direito, mandatários e usuários.

A inovação mais simbólica e comemorada, contudo, foi a alteração dos sistemas de votação das Assembleias das associações de gestão coletiva e do ECAD. A partir da promulgação da lei alteradora da LDA, apenas titulares originários de direitos autorais e conexos – compositores, arranjadores, versionistas, intérpretes, músicos acompanhantes e produtores fonográficos – poderão votar e ser votados, em detrimento de editores e mandatários. Quanto às assembleias do ECAD, extinguiu-se antigo sistema em que o poder de voto de cada associação variava proporcionalmente de acordo com a sua arrecadação, o que gerava grande desequilíbrio decisório, uma vez que poucas associações - UBC (37,5%) e a SOCINPRO (14,5%) – detinham sozinhas a maioria dos votos. Atualmente, cada associação possui um voto unitário.¹⁴³

Em suma, a nova legislação pauta-se nos princípios da transparência, eficiência, regulação, fiscalização e isonomia e fundamenta a gestão coletiva no Brasil no restabelecimento do protagonista decisório às associações de titulares, cabendo ao ECAD papel de ente arrecadador instrumental; no fomento à transparência e aperfeiçoamento dos métodos de arrecadação e distribuição de rendimentos, por meio da estipulação de novas regras, sujeitando-as a contínua prestação de contas; na redução dos valores cobrados a título de retribuição administrativa; e no estabelecimento de sanções civis e penais com condão de coibir gestão temerária.¹⁴⁴

4. Estudo de caso - Recurso Especial nº 1.559.264/RJ (2013/0265464-7)¹⁴⁵ e o reconhecimento do *streaming* como execução pública.

¹⁴³ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 260.

¹⁴⁴ CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016. P. 80.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.559.264*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento 15/2/2017. Segunda Seção. Data de publicação: DJe 15/2/2017.

O Recurso Especial nº 1.559.264/RJ é o precedente brasileiro mais importante, até então, acerca da disciplina jurídica conferida ao *streaming* à luz do direito autoral brasileiro, notadamente da Lei nº 9.610/98. Trata-se de ação ajuizada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD contra a empresa TNL PCS S.A. (mais conhecida pelo nome fantasia “Oi”), sob o fundamento de que a Oi, desde março de 2006, prestava serviços de transmissão via *streaming* nas modalidades *webcasting*¹⁴⁶ e *simulcasting* sem, contudo, adquirir licença ou autorização.

Alegando que os transmissões de *streaming* consubstanciam hipótese de execução pública, o ECAD ajuizou, em julho de 2009, ação de cumprimento de preceitos legais, e requereu a suspensão imediata da transmissão de obras musicais literomusicais e fonogramas em formato digital e pelo sítio eletrônico “Oi FM” até que a empresa ré regularizasse os procedimentos de licenciamento relativos aos serviços digitais que provia. A questão foi alçada ao STJ depois que os pedidos do ECAD foram julgados improcedentes em segunda instância, em suma, sob o argumento de que a modalidade *simulcasting* apenas reproduziria, na internet, transmissões da rádio “Oi FM” que já tinham sido autorizadas pelo ECAD, o que qualificaria nova cobrança *bis in idem*; e por considerar que a modalidade *webcasting* não configura execução pública, o que afastaria a competência arrecadadora do ECAD.

O Recurso Especial foi julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça e teve como relator do acórdão publicado no dia 15 de fevereiro de 2017 o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. A Corte Superior, considerando a relevância e a novidade da matéria convocou Audiência Pública, realizada em 14 de dezembro de 2015, em que estiveram

¹⁴⁶ Ressalva-se que o julgado do STJ considerou *webcasting* como sinônimo de *streaming*, que poderia ser prestada ao usuário com ou sem interatividade. Neste trabalho adotamos o conceito de *webcasting* como especificamente relativo ao *streaming* não interativo, conforme abordagem detalhada ao capítulo primeiro.

presentes membros do Setor Privado,¹⁴⁷ da Sociedade Civil¹⁴⁸ e do Estado.¹⁴⁹ Conforme a análise realizada por Guimarães (2016, P.79), nenhuma das entidades participantes se opôs à cobrança de direitos autorais pela utilização do *streaming*. O enfoque da discussão, de outro lado, repousou na dúvida acerca da legitimidade do ECAD para realizar a arrecadação de rendimentos. Afinal, para que seja atraída a competência do ente centralizador, faz-se necessário que as transmissões de *streaming* sejam enquadradas como execuções públicas de obras musicais.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva endereçou análise às seguintes questões como primordiais ao julgamento do caso:

(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. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, P.8.)

Após trazer definições preliminares do significado dos conceitos *streaming*, *webcasting* e *simulcasting* e sobre as modalidades de *streaming* interativo e não interativo, o Ministro Relator frisou que a característica primordial do *streaming*, em contraposição às demais modalidades de distribuição e disponibilização, é que o enfoque da tecnologia de transmissão é possibilitar acesso à obra intelectual e não mais transferir propriedade, como no

¹⁴⁷ Atores do Setor Privado são organizados em torno de interesses econômicos, ainda que se trate de associações, como o ECAD, cuja atuação opera em derredor da arrecadação e distribuição de *royalties*. À audiência pública foram identificados os seguintes membros do Setor Privado: i) entidades representantes de autores - ABRAMUS, AMAR, CQRights, ECAD, Latin Artis, UBC; ii) entidades representantes de radiodifusores - ACAERT, AESP, AMIRT, EBC, Oi, SERTPR. GUIMARÃES, Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P. 41; iii) entidades representantes de empresas de tecnologia - ABRANET, Mix Radio, Napster; iv) entidade representante de gravadoras – ABPD; e v) entidade representante de empresas de turismo – SindTur Serra Gaúcha.

¹⁴⁸ Atores da Sociedade Civil representam interesses autônomos ao Estado e à Economia e destacam-se por participarem de atividades econômicas como consumidores, angariadores de fundos e empregados. À audiência pública foram identificados os seguintes membros da Sociedade Civil: entidades representantes de juristas - ABDA, ABPI, CETUC, ESA – OAB/SP, Gustavo Tepedino. Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P. 46.

¹⁴⁹ Atores do Estado correspondem aos agentes clássicos de regimes regulatórios, responsáveis por criar regras, sanções e processos de *enforcement*. Também compõe o Estado agentes de meta-regulação, quando entes estatais, por exemplo ministeriais, definem diretrizes de autorregulação de determinado setor. À audiência pública foram identificados os seguintes membros do Estado: órgãos públicos, como CCS, DDI/MinC. Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016. P. 40.

caso da distribuição tradicional de mídias físicas ou mesmo da distribuição digital, como a realizada pelo iTunes.

Para Villas Bôas, a tecnologia streaming enquadra-se nos requisitos de incidência normativa previstos pelo artigo 29 da LDA, caracterizando modalidade de exploração econômica de obras musicais a demandar prévia autorização de titulares de direito. A racionalidade da legislação autoral aponta que, independentemente da modalidade específica de utilização, a circunstância de a obra ser difundida é suficiente a que caracterizado fato gerador para cobrança de rendimentos de direito autoral.

Com efeito, o artigo 29 da LDA elenca lista não exaustiva de modalidades de utilização que implicam em necessidade de autorização prévia e expressa do titular de direito, dentre as quais se destacam as seguintes, que facilmente se relacionam com o serviço prestado por provedores de streaming: a) 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 (artigo 29, inciso VII, da LDA); b) o emprego de sistemas de fibras óticas, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados (artigo 29, inciso VIII, alínea 'a', da LDA); e c) quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas (artigo 29, inciso X, da LDA).

Em relação à competência do ECAD para arrecadar e distribuir rendimentos de direito autoral, conforme visto, sabe-se que depende do enquadramento legal das transmissões de streaming como execuções públicas de obras musicais e fonogramas, por força do artigo 99, da LDA.

A execução pública é definida pelo parágrafo segundo do artigo 68, da LDA como, em suma, a utilização de composições musicais ou literomusicais, de fonogramas e obras audiovisuais, por quaisquer processos de transmissão, em locais de frequência coletiva. O diploma autoral, em seu parágrafo terceiro do artigo 68, da LDA, define “locais de frequência coletiva” como aqueles em que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

A interpretação prevalente do STJ ancora-se na abrangência dos termos conferidos pela legislação autoral para concluir que os conceitos de execução pública e de local de frequência coletiva compreendem, além dos espaços físicos, também o ambiente digital, no qual se incluem os provedores de serviços de streaming. A simples disponibilização ou transmissão da obra musical ensejaria a caracterização de execução pública, independentemente, portanto, da interatividade do serviço prestado, da simultaneidade na recepção do conteúdo e da quantidade de pessoas a quem este conteúdo é transmitido.

Além disso, realizando menção a definições previstas nos Tratados da OMPI sobre direito de autor, bem como à Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, o Ministro Relator identifica que o direito de comunicação ao público, previsto pela LDA, é plenamente compatível com as previsões internacionais que disciplinam “o direito de colocar à disposição do público” (*making available*), caracterizando-se o ato de execução pública a simples disponibilização, pelo provedor de serviços, de acesso a conteúdo para todo e qualquer usuário, seja ou não assinante. A conclusão de que a transmissão via *streaming* configura execução pública também seria compatível com acordos de reciprocidade celebrados entre associações de gestão coletiva brasileiras e internacionais, que dispõem acerca da possibilidade de remessa de valores arrecadados, em outros países, referentes à utilização de obras brasileiras.

Finalmente, o STJ define que a transmissão de músicas por meio da internet mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, por força da disposição do artigo 31, da LDA, que garante a independência entre cada modalidade de utilização de obras intelectuais. Nestes termos, o *simulcasting* caracteriza modalidade autônoma de utilização, ainda que implique em transmissão espelhada, pela internet, de idêntico conteúdo àquele veiculado transmissões por radiodifusão.

Cabe ressaltar, por fim, alguns aspectos relevantes presentes em voto divergente, de lavra do Ministro Aurélio Bellizze. A principal questão suscitada desponta como um alerta de que a internet não é um meio homogêneo, de sorte que há ambientes virtuais indiscutivelmente privados e sigilosos, como *emails* e sites de operações bancárias, e outros de acesso restrito, como perfis sociais. Nesta linha de pensamento, o mero fato de haver disponibilização de conteúdo, por provedor de serviços, não implica em necessária publicidade das transmissões veiculadas. A crítica denuncia a excessiva abrangência da tese prevalente

adotada pelo Ministro Relator, acima relatada, uma vez considerando-se que há grande diversidade de formas de disponibilização de conteúdo digital.

Além disso, compunha objeto do julgamento do Recurso Especial definir, precipuamente, se caberia ao ECAD, ente a que se atribui monopólio legal para arrecadar e distribuir rendimentos auferidos a partir de execuções públicas, a atribuição de coletar rendimentos de plataformas de *streaming*. O Ministro Bellizze assenta que, em que pesem as inegáveis vantagens práticas correlatas à gestão coletiva de direitos, há algumas distorções jurídicas subsequentes que merecem ser consideradas, como: i) a impossibilidade de o autor eleger efetivamente o seu representante; ii) a fragilidade do direito individual à concessão de licenças, em se considerando que se faz prescindível a autorização prévia e específica do titular de direitos a que as associações de gestão coletiva contratem licenças de uso; iii) a perda de individualidade das obras, em razão de sua negociação em larga escala, por meio de licenças cobertor (*blanket licenses*); e iv) a dissociação consequente entre a remuneração paga pela utilização de obras intelectuais e de seu valor individual.

Em se tratando do ambiente virtual, finalmente, o Ministro Bellizze bem estabelece que muitos serviços são caracterizados por marcante sigilosidade e interatividade, que podem aparentar incompatíveis com o conceito legal de “locais de frequência coletiva”, que supõe acesso transitório de pessoas e certa passividade do usuário. Aqui, por certo, fica clara a intenção, expressa pelo voto divergente, de que diferentes tipos e modalidades de utilização dos serviços de *streaming* correspondem à afetação de diferentes direitos de autor. Estabelecer um sistema abrangente, que considere toda e qualquer transmissão via *streaming* como ato de execução pública pode certamente obscurecer aspectos técnicos, práticos e regulatórios relativos aos diferentes tipos de serviços de *streaming*.

Em outras palavras, os serviços prestados por provedores de *simulcasting*, muito semelhantes à radiodifusão, comportariam aspectos jurídicos muito distintos em relação àqueles serviços reservados à assinantes, como no caso das plataformas de *streaming* interativo, em que usuários podem selecionar, a seu bel-prazer, o conteúdo que pretendem consumir. Neste tipo de serviço, entende Bellizze, não há execução pública, mas distribuição e reprodução de obras musicais e fonogramas de que decorre a necessidade de afastar a gestão coletiva do ECAD.

Os votos proferidos pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Aurélio Bellizze sintetizam, respectivamente, a posição da Comissão Europeia de que atos de

transmissão digital interativa se enquadrariam no conceito tradicional de comunicação ao público e, no caso da legislação brasileira, especificamente execução pública; e da posição contraposta, estadunidense, de que transmissões digitais realizadas por provedores de *streaming* implicariam em atos de reprodução com o fim de distribuição e, eventualmente, em atos de comunicação ao público.¹⁵⁰ O entendimento prevalente à jurisprudência dos Estados Unidos é duramente criticado desde as tratativas dos Tratados OMPI de Direito de Autor (WCT – WIPO Copyright Treaty) e Direitos Conexos (WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty) principalmente pela Delegação da Comissão Europeia, uma vez que a correspondência entre *streaming* e direitos de distribuição contrastaria com a denominada teoria do esgotamento do direito de distribuição após a primeira venda.

Ou seja, o direito de distribuição de obras intelectuais encontrar-se-ia delimitado pelo ato da venda, a partir do qual os direitos de controle do legítimo titular em relação àquele específico suporte da obra intelectual se exauririam.¹⁵¹ Seria, portanto, insustentável compreender transmissões de *streaming* como atos de distribuição, sob pena de admitir, em termos lógicos, que a transmissão de uma obra intelectual via *streaming* resultaria na exaustão dos direitos exclusivos correspondentes de seus titulares. Ocorre que à luz do entendimento jurisprudencial estadunidense e, conforme veremos no próximo capítulo, as transmissões de *streaming* necessariamente vindicam a realização de reproduções de obras musicais e a teoria do esgotamento, nos termos expostos, não serviria como um empecilho ao direito de reprodução, pois a reprodução, ao contrário da distribuição, não importa em esgotamento dos direitos do titular.¹⁵²

É precisamente por isto que, nos Estados Unidos, provedores de serviços de *streaming* necessitam da obtenção simultânea de licenças de direitos de reprodução (*mechanical licenses*) e de direitos análogos à execução pública (*performance rights*). A compreensão do STJ, não obstante respeitável e atenta às discussões contemporâneas acerca do enquadramento jurídico aplicável ao *streaming*, pretende endereçá-lo de forma estanque, tratando-o essencialmente como execução pública, ou insitivamente como distribuição e

¹⁵⁰ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. *Download e Streaming de Obras Intelectuais à Luz da Jurisprudência Norte-Americana*. Revista de Direito das Comunicações, vol. 4, 2011. P. 46.

¹⁵¹ NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. *O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na Internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência*. Revista de Direito das Comunicações, Vol. 8, 2014. P. 5.

¹⁵² *Ibidem*. P.6.

reprodução, quando, em verdade, trata-se de tecnologia complexa que abarque, a um só tempo, simultâneas modalidades de utilização de obras intelectuais.

Foi justamente por isso que os tratados da OMPI propuseram uma solução intermediária, denominada solução guarda-chuva (*umbrella solution*), que corresponde justamente ao direito de colocar à disposição do público (*making available*), mencionado pelo Ministro Cueva em seu voto acima esposado. Ocorre que, em contraste à posição firmada pelo Ministro Relator e nos termos da controvérsia ora explanada, o direito de colocar à disposição do público não guarda equivalência automática com o direito de comunicação ao público.¹⁵³ Tanto assim que, conforme acuradamente manifestou o Ministro Bellizze, os tratados da OMPI facultaram a que países signatários implementassem o direito de colocar à disposição vinculando-o à aplicação de qualquer direito exclusivo existente em seus ordenamentos internos e não necessariamente o direito de comunicação pública.

A atração da competência do ECAD para arrecadar e distribuir direitos auferidos a partir de transmissões de *streaming* é, portanto, controversa, especialmente à luz da defasagem da legislação brasileira em relação às modalidades de distribuição e disponibilização digitais de conteúdo. Até porque o direito de colocar a disposição do público parece incompatível com o próprio conceito de comunicação pública, umbilicalmente ligada à comunicações presenciais, simultâneas e coletivas de obras intelectuais, como a apresentação musical ao vivo e a comunicação por radiodifusão.¹⁵⁴

5. ECAD e mídias digitais – sistemas de arrecadação e distribuição.

Vimos que, por força do precedente judicial acima estudado, tem-se reconhecido no Brasil a legitimidade do ECAD para efetuar arrecadação e distribuição de rendimentos de direito autoral auferidos a partir de transmissões de *streaming*, consideradas como execução pública, bem como licenciar previamente provedores de serviço a fim de que possam disponibilizar digitalmente obras musicais. Em que pese o julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264 ter ocorrido em fevereiro de 2017, o ECAD possui uma rubrica especificamente

¹⁵³ A própria disposição dos artigos à LDA aponta que a distribuição eletrônica (artigo 29, inciso VII, da LDA) distingue-se da comunicação ao público (artigo 29, inciso VIII, da LDA). O conceito de comunicação pública, nesse sentido, deve abarcar somente transmissões digitais de caráter linear.

¹⁵⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público*. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, ano 58, vol. III, dez. 1998. p. 1074.

relativa às mídias digitais desde junho de 2010, mês em que o ente central distribuiu a quantia de R\$ 1.186.024,31 para cerca de oito mil titulares de direitos autorais e conexos.¹⁵⁵

De início, houve muita incerteza quanto à extensão da legitimidade do ECAD para realizar cobranças de serviços digitais interativos como, por exemplo, o Youtube, que concordou, inicialmente, em efetuar o pagamento de 2,5% de seu faturamento para arcar com o licenciamento de direitos de execução pública¹⁵⁶ após a firmação de uma carta de compromisso com vigência de doze meses, durante os quais foram analisadas as questões envolvendo a cobrança e as informações relativas à receita do site e às músicas executadas.¹⁵⁷ Esta relação harmônica durou até 2013, quando o Youtube passou a questionar se a cobrança realizada pelo ECAD seria de fato devida, afinal, havia uma grande dúvida em relação à extensão, no ordenamento jurídico brasileiro, do direito de execução pública, cuja incidência ensejava e delimitava a atuação do ECAD.

A princípio o próprio ECAD optou por não criar regras gerais de distinção entre serviços digitais,¹⁵⁸ mas, a partir de 2015¹⁵⁹ e mormente após o pronunciamento do STJ, o ECAD assumiu postura mais ativa e passou a disciplinar, em seus regulamentos de arrecadação e distribuição os “Serviços Digitais”, mediante as seguintes rubricas: i) ambientação; ii) transmissão através de *webcasting*, subdividindo-se entre serviços não interativos, serviços interativos de música, serviços interativos de obras audiovisuais (trilhas sonoras) e redes sociais; iii) transmissão através de *podcasting*; iv) transmissão através de *simulcasting*; e v) transmissão de eventos musicais por meio da internet.¹⁶⁰

Os valores de cobrança correspondem à receita bruta auferida pelos usuários em percentual que varia conforme critério que estipula a essencialidade que a transmissão de

¹⁵⁵ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 250.

¹⁵⁶ *Ibidem*. P. 251.

¹⁵⁷ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Ata da 350ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*, 2008. Disponível em: http://www2.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Atas%20da%20Assembleia%20Geral/ATA_DA_350.pdf. Último acesso em: 16/11/2018.

¹⁵⁸ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Ata da 402ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*, 2012. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Atas%20da%20Assembleia%20Geral/ATA%20DA%20402.pdf>. Último acesso em: 16/11/2018.

¹⁵⁹ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Ata da 450ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*, 2015. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Atas%20da%20Assembleia%20Geral/ATA%20DA%20450.pdf>. Último acesso em: 16/11/2018.

¹⁶⁰ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Regulamento de Arrecadação Consolidado*, ECAD, 2018. P. 31.

músicas representa ao serviço prestado pelo usuário, que se classifica como: a) serviço cujo conteúdo principal é musical; b) serviço de entretenimento geral; e c) serviço cujo conteúdo musical é pequeno. Especificamente em relação aos provedores de serviços de *streaming* não interativo, há outra subdivisão que considera a natureza do serviço prestado, se comercial ou institucional/promocional, além de haver, ainda, um valor mínimo estipulado para a cobrança, conforme o critério de essencialidade acima discriminado.

Para serviços de *streaming* interativo de música, o ECAD cobra o percentual unificado de 4,5% da receita bruta mensal, dos quais 3% são distribuídos a titulares de direito autoral e 1% a titulares de direitos conexos. Quanto aos serviços de *streaming* não interativo comerciais, o ECAD realiza a cobrança, respectivamente, dos percentuais de 4,5% de serviços cujo conteúdo principal é musical; 3% de serviços de entretenimento geral; e 1% de serviços cujo conteúdo musical é pequeno.

Vejam-se os gráficos, extraídos diretamente do Regulamento de Arrecadação do ECAD.

- **Serviços de *streaming* não interativo (Figura 1).**

	Comercial	Institucional/ Promocional
Quando o conteúdo principal for música	4,5% da receita bruta, com o mínimo de 50 UDAs por mês	15 UDAs por mês.
Quando o conteúdo for de entretenimento geral	3% da receita bruta, com o mínimo de 35 UDAs por mês	7 UDAs por mês.
Quando o conteúdo de música for pequeno	1,5% da receita bruta, com o mínimo de 20 UDAs por mês	5 UDAs por mês.

- **Serviços de *streaming* interativo de música (Figura 2).**

	Comercial
Quando o conteúdo principal for de música	4,5% da receita bruta por mês (3% autoral / 1,5% conexo)

- **Serviços de simulcasting (Figura 3).**

	Rádio Comercial, Educativa ou Jornalística	Rádio Comunitária	TV Comercial	TV Educativa	TV Pública
Emissoras que operam em Broadcasting	10% sobre o valor da tabela de preços de Rádio, por mês.	10% sobre o valor da mensalidade devida, por mês.	10% sobre o valor de mensalidade por mês.	10% sobre o valor de mensalidade, com o mínimo de 1 UDA por mês.	10% sobre o valor de mensalidade por mês.
Shows ao vivo	10% do valor do direito autoral devido pelo evento físico.				

A distribuição de rendimentos auferidos a partir das plataformas de *streaming* será realizada, trimestralmente, na modalidade direta, que implica em divisão da verba líquida arrecadada pelas músicas executadas de acordo com a frequência e/ou tempo de duração da execução musical e conforme as informações constantes em arquivos eletrônicos recebidos dos Serviços Digitais usuários, acima referenciados (artigos 18 e 40, do Regulamento de Distribuição do ECAD). Há exceção com relação ao *simulcasting*, cujos rendimentos percebidos serão distribuídos, também a cada trimestre, porém indiretamente, segundo critérios de amostragem, a exemplo do que ocorre com as radiodifusoras (artigos 24 e 39, do Regulamento de Distribuição do ECAD).

Capítulo 3. Streaming no Estados Unidos da América – sistemas de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos.

A indústria musical estadunidense é economicamente a mais expressiva do mundo,¹⁶¹ mas isso não significa que atores de mercado atuem desembaraçados de problemas regulatórios e legais. Nas palavras do Copyright Office, departamento federal que presta consultoria ao congresso em matéria de direito autoral e administra a aplicação de diplomas como 1976 Copyright Act e 1998 Digital Millennium Copyright Act (DMCA),¹⁶² é como se o setor se esforçasse para processar *bits* e *bytes* por meio de uma vitrola.¹⁶³ A analogia torna explícita a defasagem do aparato normativo que rege licenciamento de direitos, arrecadação e distribuição de *royalties* nos Estados Unidos em relação às novas dinâmicas de produção e consumo da era digital.

Considerando pleitos diversificados de reforma e com a pretensão de avaliar o cenário legal e regulatório de licenciamento de direitos autorais (*copyright*), o governo dos Estados Unidos passou a adotar uma série de esforços para verificar a efetividade das disposições normativas que disciplinam as modalidades correntes de distribuição e difusão de conteúdo. Em março de 2014, o Congresso estadunidense inaugurou consulta pública (*Notice of Inquiry*) a fim de angariar comentários dos principais atores setoriais em relação aos sistemas vigentes de licenciamento de direitos especificamente relacionados à indústria de música gravada (*mechanical rights licenses* e *performance rights licenses*).¹⁶⁴ Foram recebidas oitenta e cinco contribuições a partir de grupos de interesses diversificados, como músicos profissionais, companhias, associações representativas (*performance rights organizations*), gravadoras (*record labels*), compositores, editoras (*publishers*), bem como provedores de serviços de distribuição tradicional e digital.¹⁶⁵

¹⁶¹ International Federation of the Phonographic Industry. Global Music Report – state of the industry overview 2018. London, 2018. P. 11.

¹⁶² U.S. Copyright Office. *Overview of the Copyright Office*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/about/>. Último acesso em: 07/11/2018.

¹⁶³ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 12.

¹⁶⁴ Estados Unidos Da América. *Music Licensing Study: Notice and Request for Public Comment*. Federal Register Vol. 78, No. 51, 2014. Disponível em: <http://copyright.gov/fedreg/2014/79fr14739.pdf>. Último Acesso em: 06/11/2018.

¹⁶⁵ U.S. Copyright Office. *Music Licensing Study*. Comments in response to the March 17, 2014 Notice of Inquiry due on May 23, 2014. Disponível em: https://www.copyright.gov/policy/musiclicensingstudy/comments/Docket2014_3/index.html. Acesso em: 06/11/2018.

Também foram promovidas audiências públicas (*public roundtables* e *congressional hearings*) em que se cogitaram modelos e escopos de reforma da legislação estadunidense de direito autoral (U.S. *copyright law*).¹⁶⁶ Finalmente, um órgão regulatório de atuação sensível ao setor, o Department of Justice (DOJ), realizou consulta pública com a finalidade de revisar antiquados decretos antitruste (*Consent Decrees*) que compelem as maiores associações de compositores e letristas dos Estados Unidos – ASCAP e BMI – a licenciarem direitos de execução pública para qualquer interessado, sob condições ostensivamente reguladas.¹⁶⁷ A abertura destas plataformas de diálogo pelas autoridades administrativa e regulatória estadunidenses é um reconhecimento institucional da necessidade de implementar reformas legais e regulatórias que enderecem detidamente os sistemas de licenciamento de direito autoral (*copyright*).¹⁶⁸

Ao longo dos debates, representantes de criadores - letristas, compositores, editoras (*publishers*), músicos e produtores - expressaram, como principal demanda, que os procedimentos judiciais de fixação de *royalties* estabelecessem valores minimamente compatíveis com preços praticados pelo mercado.¹⁶⁹ Como se verá, esta é uma das principais insurgências alavancadas por titulares de direitos sobre composições musicais, que denunciam iterativamente haver sujeição excessiva das modalidades de licenciamento de composições à regulação estatal. A previsão de licenças compulsórias, administradas por cortes judiciais, e a aplicação de disposições antitruste (*Consent Decrees*) que delimitam a atuação das maiores associações representativas (ASCAP E BMI) os submeteria a disciplina normativa injusta e desequilibrada se comparada àquela dispensada para regular o licenciamento de direitos autorais sobre fonogramas.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Ver *public roundtables*. Estados Unidos Da América. Music Licensing Study: Notice of Public Roundtables. Federal Register Vol. 79, No. 86, 2014. Disponível em: <https://www.copyright.gov/fedreg/2014/79fr25626.pdf>. Último Acesso em: 06/11/2018. Ver *congressional hearings*. House of Representatives Judiciary Committee. *Hearing: Music Licensing Under Title 17 Part One*. Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet, 2014. Disponível em: <https://judiciary.house.gov/hearing/hearing-music-licensing-under-title-17-part-one/>. Último Acesso em: 06/11/2018

¹⁶⁷ The United States Department of Justice. ASCAP and BMI Consent Decree Review Public Comments 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/public-comments>. Último acesso em: 06/11/2018.

¹⁶⁸ Veremos à seguir que é muito recente a implementação de inovação legislativa nos Estados Unidos, o Music Modernization Act.

¹⁶⁹ HSIEH, Karen. *Unlock the Music: Replacing Compulsory Music Licenses with Free Market Negotiation*. Cardozo J. Conflict Resol. 595, 632, 2016. P. 596.

¹⁷⁰ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 91.

De outro lado, atores setoriais que representam intermediários, como provedores de serviço de *streaming* e de rádios terrestres (*broadcasters*), alertam que devem ser cuidadosamente sopesados os interesses de licenciados e de titulares de direito, considerando que a livre negociação, no que diz respeito ao licenciamento de direitos sobre composições musicais, comprometeria decisivamente a viabilidade do mercado.¹⁷¹ Além disso, em que pese as alegações de que o sistema menos regulado de licenciamento de direitos sobre fonogramas enseje a percepção de *royalties* mais justos, livremente negociados, há pleitos razoáveis, erigidos por titulares, especialmente gravadoras (*labels*), que questionam a ausência de previsão normativa federal que estabeleça direitos sobre fonogramas gravados antes de 1978; a existência de um sistema bifurcado de fixação de *royalties* pra licenças compulsórias, bem como a inoponibilidade de direitos exclusivos de execução pública sobre fonogramas (*public performance rights on music recordings*) em face de rádios terrestres.

Os sistemas de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos estadunidense compreendem, além destes acima comentados, diversos outros temas relevantes. Por isso, para bem compreender a operação das estruturas setoriais de compensação e para melhor entrever as especificidades do fenômeno do *Value Gap*, faz-se oportuno elaborar um panorama das modalidades de licenciamento de direitos autorais (*copyright*) pertinentes ao *streaming* nos Estados Unidos, baseando-se, principalmente, em estudo paradigmático recentemente elaborado pelo U.S. Copyright Office¹⁷² a partir das informações coletadas às audiências e consultas públicas antes mencionadas.

1. Modalidades de direitos pertinentes aos serviços de *streaming* nos Estados Unidos da América - *mechanical* e *performance rights*.

No que se refere ao *streaming*, as transmissões de obras musicais implicam em necessidade de obtenção de dois tipos de licenças: i) *mechanical licenses*, que autorizam a reprodução e a distribuição de cópias mecânicas de composições musicais; e ii) *performing rights licenses*, que transferem ao licenciado direitos de execução pública relativamente a composições musicais ou fonogramas.¹⁷³ Ressalva-se haver também direitos de sincronização (*synch rights*), que não serão objeto deste estudo, correspondentes à incorporação de obras

¹⁷¹ HSIEH, Karen. *Unlock the Music: Replacing Compulsory Music Licenses with Free Market Negotiation*. *Cardozo J. Conflict Resol.* 595, 632, 2016. P. 597.

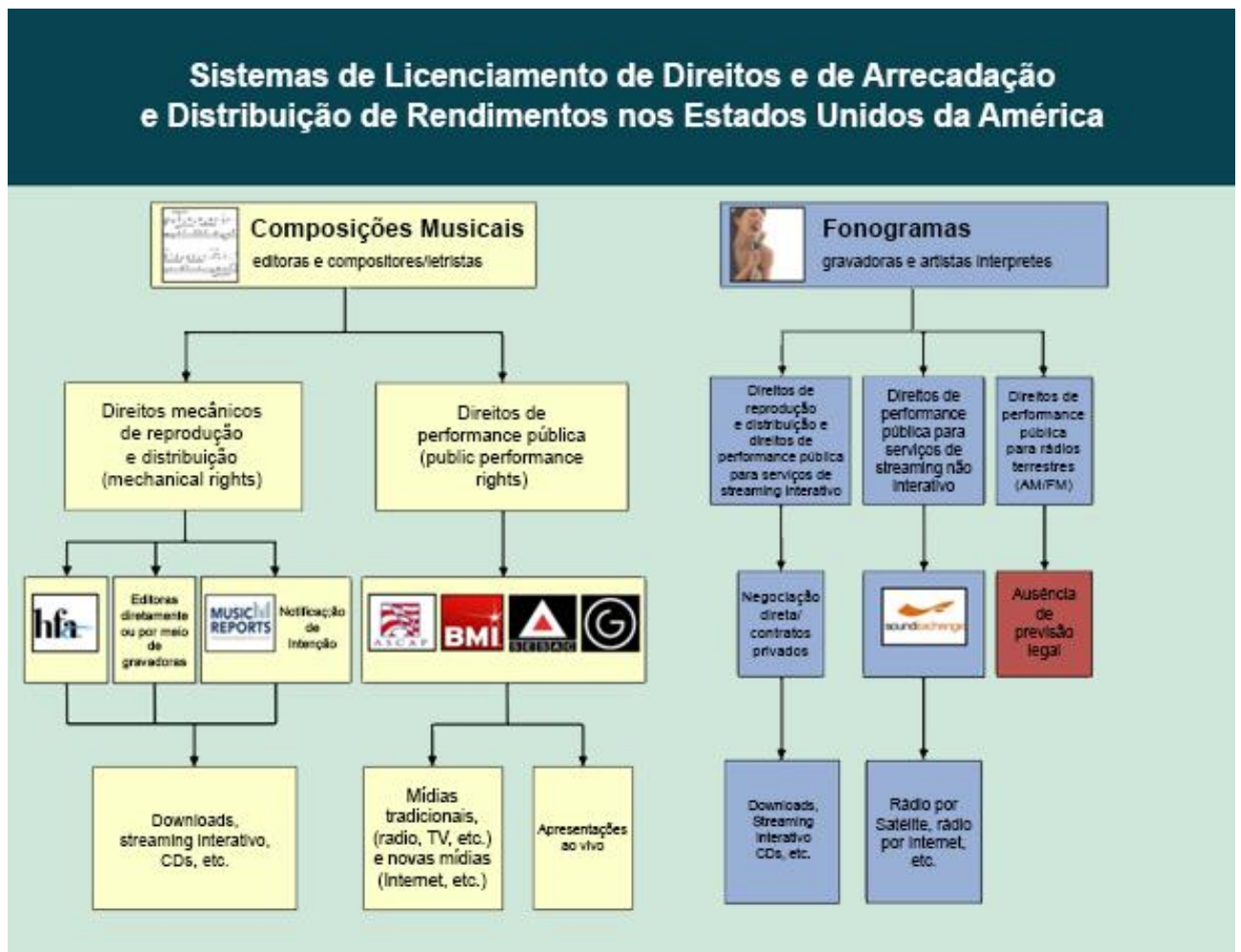
¹⁷² U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 14.

¹⁷³ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 9.

musicais em obras audiovisuais. A seguir, faremos um breve retrospecto acerca do surgimento desses direitos no ordenamento estadunidense e, logo depois, faremos análise mais detida dos sistemas de arrecadação e distribuição que deles se desdobram.

A figura abaixo¹⁷⁴ deverá auxiliar a compreensão dos complexos sistemas de licenciamentos dos Estados Unidos.

- **Sistema de licenciamento dos EUA (Figura 4).**



2. Escorço histórico – a obra musical no escopo do sistema de direito autoral estadunidense (*copyright*).

Cabe, inicialmente, tecer alguns comentários sobre o modelo sistêmico que rege o direito autoral estadunidense, denominado *copyright*. O sistema estadunidense tem origem

¹⁷⁴ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2018.

anglo-saxã, relacionada à invenção da primeira máquina copiadora, quando Felipe e Maria Tudor concederam a associações de livreiros um monopólio real, em troca de rendimentos (*royalties*) para garantir controle de mercado e a censura em meio à comercialização de escritos.¹⁷⁵ O termo *copyright* é, portanto, historicamente precedente aos direitos de autor propriamente ditos, e quer dizer, em tradução literal, direito de cópia, outrora assegurado a livreiros e não aos autores. No *copyright* há foco primordialmente voltado a aspectos comerciais e patrimoniais relacionados à difusão de obras intelectuais.¹⁷⁶

Ultrapassada esta pequena introdução sistêmica, vejamos como a proteção aos direitos autorais foi incorporada ao ordenamento. A Constituição dos Estados Unidos da América prevê que o Congresso estadunidense deve promover o progresso da ciência e das artes por meio da previsão de direitos exclusivos aos autores em relação aos seus manuscritos (*to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors [...] the exclusive Right to their respective Writings*). O primeiro diploma federal de *copyright*, sistema de direito autoral estadunidense, promulgado em 1870, nem sequer estabelecia proteção específica sobre composições musicais, que, no entanto, podiam ser registradas como livros.¹⁷⁷ A disciplina expressa veio alguns anos depois, em 1831, e inaugurou direitos exclusivos de reprodução e distribuição de partituras, cujos titulares eram compositores.¹⁷⁸ Não havia, até 1897, previsão de um direito de performance pública (*performance rights*), por se supor que a performance pública de uma obra musical, como a apresentação de uma música em um show ou a disponibilização de música ambiente, incentivaria a venda das partituras correspondentes.¹⁷⁹

Já no início do século seguinte, em 1909, o congresso estadunidense superou entendimento firmado pela Suprema Corte no caso *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.* e estabeleceu um regime de licenciamento compulsório dos direitos exclusivos de reproduzir, mecanicamente, uma obra intelectual, por considerar que os rolos de pianola¹⁸⁰ consubstanciavam verdadeiras reproduções mecânicas (*mechanical reproductions*) das

¹⁷⁵ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002. P. 30.

¹⁷⁶ LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalia. Buenos Aires, 2001. P. 40.

¹⁷⁷ Estados Unidos da América. *Clayton v. Stone*, 5 F. Cas. 999, 1000 (C.C.S.D.N.Y. 1829) (No. 2872), 1829.

¹⁷⁸ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 16.

¹⁷⁹ *Ibidem*. P. 16.

¹⁸⁰ Pianolas são, em linhas gerais, pianos que executam músicas automaticamente.

composições musicais subjacentes cuja execução possibilitavam.¹⁸¹ Estes direitos compreendem os chamados direitos mecânicos (*mechanical rights*) sobre reprodução e distribuição. A previsão de licenças compulsórias para *mechanical rights*, as primeiras na história dos Estados Unidos, pretendiam remediar temor justificado de que a empresa Aeolian Company adquirisse monopólio na fabricação de pianolas por meio da contratação de *mechanical rights* diante das maiores distribuidoras (*publishers*) do mercado.¹⁸²

A disciplina federal estatutária também compreendia no escopo do licenciamento compulsório de *mechanical rights* a reprodução e a distribuição de discos de composições musicais fixadas em vinil (*vinyl records*) e CDs (*compact discs*).¹⁸³ Mais tarde, diante do fenômeno da digitalização, uma nova emenda voltada especificamente à normatização dos serviços prestados via internet, conhecida como Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995 (DPRSRA), ampliou o direito exclusivo de reprodução e distribuição às transmissões digitais de arquivos que contivessem composições musicais (*digital phonorecord deliveries - DPD*).¹⁸⁴

Os fonogramas, de outro lado, não eram nem sequer disciplinados pela legislação federal como obras intelectuais autônomas até a promulgação do Sound Recording Act of 1971.¹⁸⁵ Os efeitos desta proteção específica, contudo, projetaram-se com eficácia *ex nunc*, ou seja, em que pese haver esparsa disciplina a respeito por alguns estados, a legislação federal estadunidense confere direitos autorais exclusivos apenas sobre fonogramas fixados a partir de 15 de fevereiro de 1971, data de publicação da emenda legislativa. O Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995 (DPRSRA) também inaugurou direitos de performance pública de fonogramas, mas apenas para transmissões digitais de áudio, que se sujeitam, tal como as *mechanical licenses*, a regimes de licenciamento compulsório, nos termos das seções 112 e 114 do Copyright Act.

3. Licenciamento de composições musicais nos Estados Unidos da América.

3.1. *Mechanical Licenses on musical works* - direitos sobre reprodução e distribuição de composições musicais – seção 115 do Copyright Act of 1976.

¹⁸¹ WHORTON, Amanda M. The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime. 52 Wake Forest, L. Rev, 2017. P. 270.

¹⁸² U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 26.

¹⁸³ Ibidem. Op. cit.

¹⁸⁴ Ibidem. P. 17.

¹⁸⁵ Estados Unidos da América. *Sound Recording Act of 1971*. Pub. L. No. 92-140, 85 Stat. 391, 1971.

Uma vez que a prestação de serviços de *streaming* pressupõe a realização de cópias, ainda que temporárias, das músicas transmitidas, configura-se fato gerador da incidência da cobrança de *mechanical royalties*, devidos aos autores de composições musicais e seus distribuidores (*publishers*), cessionários de direitos de autor e responsáveis pela distribuição da composição musical.¹⁸⁶ Para viabilizar a disponibilização de seu repertório, plataformas de *streaming* costumam adquirir *mechanical licenses* por meio de um sistema de licenciamento compulsório, mas a secção 115 do Copyright Act of 1976 também prevê a possibilidade de negociação voluntária, normalmente por meio da Harry Fox Agency de direitos de reprodução mecânica.

3.1.1. Licenciamento compulsório (*statutory* ou *compulsory licensing*) de Mechanical Rights – seções 114 e 115 do Copyright Act of 1976.

A *mechanical license* integra o rol de licenças compulsória. Licenças compulsórias importam na flexibilização dos direitos exclusivos de autor e são estabelecidas pelas seções 114 e 115 do *Copyright Act of 1976*. Em suma, permitem a terceiros a fixação mecânica (em CD por exemplo) de composições musicais sem necessidade de prévia autorização dos detentores de direitos autorais.¹⁸⁷ Os *royalties* cobrados são fixados pelas vias estatutária ou judiciária e, conseqüentemente, a possibilidade de negociação entre partes é mitigada de maneira determinante.¹⁸⁸

Qualquer indivíduo que pretenda reproduzir e distribuir reproduções de composições musicais pode adquirir licença dos direitos de reprodução mecânica (*mechanical license*) mediante a satisfação de dois requisitos: i) a composição musical em questão, cujo direito de reprodução e distribuição de direitos se pretendem licenciar, deve ter sido previamente publicada pelo próprio titular, a quem se resguarda o direito de ofertar publicidade à obra (*first use*); e, além disso, ii) o envio, ao titular, de notificação de intenção de uso (*notice of intent – NOI*), realizada no máximo 30 dias após a reprodução da composição musical e antes que implementada a sua distribuição.¹⁸⁹ Efetivada a notificação, o licenciado deverá apresentar registros contábeis em que conste discriminada a quantidade de cópias realizadas e, em seguida, pagar contrapartida pecuniária (*royalties*). Acaso for desconhecida a identidade do titular de

¹⁸⁶ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 28.

¹⁸⁷ Estados Unidos da América. *Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 115(a).

¹⁸⁸ WHORTON, Amanda M. The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime, 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017. P. 273.

¹⁸⁹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2018. P. 29.

direito, a notificação de intenção deverá ser direcionada ao Copyright Office, mediante depósito de taxa, e a exigibilidade do pagamento de *royalties* ficará suspensa.

A condução do procedimento estatutário de fixação de *royalties* é quinquenal cabe atualmente ao Copyright Royalty Board - CRB, órgão composto por três juízes administrativos, dentre os quais um deve cultivar razoável conhecimento acerca de direito autoral (*copyright*).¹⁹⁰ A atuação do Copyright Royalty Board está vinculada a consecução de objetivos de natureza política previamente estabelecidos pelo seção 801(b)(1) do Copyright Act (*four-factor policy-oriented standard*): maximizar a disponibilidade de obras musicais (*to maximize the availability of creative works*); proporcionar justa contrapartida ao titular de direito autoral e custo viável ao usuário licenciante em face à conjuntura econômica corrente (*to afford the copyright owner a fair return for his or her creative work and the copyright user a fair income under existing economic conditions*); refletir os papéis correspondentes a criadores e usuários no escopo do produto disponibilizado ao público (*to reflect the relative roles of the copyright owner and the copyright user in the product made available to the public*); e resguardar setores e praxes industriais genericamente estabelecidos de impactos disruptivos (*to minimize the disruptive impact on the structure of the industries involved and on generally prevailing industry practices*).¹⁹¹

A *mechanical license* permite ao licenciado distribuir e reproduzir composições musicais fixadas em CDs, fitas, toques de celular, *downloads* digitais, *streaming* interativo e outros tipos de formatos digitais.¹⁹² As taxas estatutárias atualmente praticadas são de 0,91 centavos de dólar por composição musical com duração de até 5 minutos; e 0.0175 centavos de dólar, por minuto de duração, de músicas com mais de 5 minutos.¹⁹³ Estes valores caracterizam acréscimo de apenas 7,1 centavos de dólar durante o transcurso de mais de cem anos de vigência das licenças compulsórias, o que provavelmente decorre da ausência de previsões normativas que orientem os procedimentos de fixação de *royalties* à observação dos valores praticados pelo livre mercado.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Copyright Royalty Board. *About Us*. Disponível em: <https://www.crb.gov/>. Último acesso em: 10/11/2018.

¹⁹¹ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 801(b)(1).

¹⁹² The Harry Fox Agency. *What does HFA do?* Disponível em: https://www.harryfox.com/publishers/what_does_hfa_do.html. Último acesso em: 08/11/2018.

¹⁹³ Idem. *What are Mechanical Royalty Rates?* Disponível em: <https://www.harryfox.com/license-music/what-mechanical-royalty-rates.html>. Último acesso em: 08/11/2018.

¹⁹⁴ HSIEH, Karen. *Unlock the Music: Replacing Compulsory Music Licenses with Free Market Negotiation*. Cardozo J. Conflict Resol. 595, 632, 2016. P. 599.

3.1.2. Licenciamento voluntário (*voluntary licensing*) de Mechanical Rights.

A obtenção das licenças voluntárias, praxe difundida no setor, dá-se por meio de intermediários, usualmente a Harry Fox Agency, uma associação que coleta rendimentos em nome de detentores de direitos, a quem são efetuados repasses após retenção de taxa administrativa, ou diretamente a partir de editoras (*publishers*).¹⁹⁵ Em que pese haver possibilidade de negociação direta de *mechanical rights*, as taxas fixadas pelo Copyright Royalty Board, em meio aos procedimentos de licenciamento compulsório, acabam se tornando espécie de teto remuneratório que ampara as demais negociações.¹⁹⁶

Há, portanto, uma relação dinâmica entre os procedimentos de fixação de *royalties* típicos dos esquemas de licenciamento compulsório, regidos por lei federal, e os arranjos contratuais diretamente realizados pelas partes a fim de obter licenças de direitos mecânicos. O próprio corpo de juízes que integram o Copyright Royalty Board já reconheceu, nesse sentido, que a utilização das licenças compulsórias, previstas pela seção 115 do Copyright Act, é consideravelmente rara, o que não afasta os impactos reflexos (*ghost-in-the-attic like effect*) que a fixação de *royalties* em procedimentos estatutários desencadeia sobre os contratos privados de licenciamento de direitos.¹⁹⁷

3.2. *Performance rights license on musical works* - direitos sobre performance pública de composições musicais – seção 115 do Copyright Act of 1976.

Serviços de *streaming* também precisam obter licenças a partir dos compositores musicais ou distribuidores pela performance pública de suas obras musicais. A seção 101 do Copyright Act of 1976 define o conceito da performance pública como: i) a performance realizada em locais de acesso público ou qualquer ambiente em que se reúna número substancial de pessoas que não integre círculos familiares e sociais; ou ii) a transmissão ou a comunicação de uma performance, por meio de qualquer suporte ou processo, sendo irrelevante que a transmissão seja simultânea ou que os receptores desta transmissão encontrem-se no mesmo local.¹⁹⁸ Esta definição é aplicável, também, aos direitos de performance pública relativos aos fonogramas, que serão analisados no tópico seguinte, e guarda muita semelhança com a

¹⁹⁵ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2015. P. 31.

¹⁹⁶ Ibidem. *Op. Cit.*

¹⁹⁷ WHORTON, Amanda M. The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime, 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017. P.275.

¹⁹⁸ Estados Unidos da América. *Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 101.

interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264/RJ ao direito de execução pública previsto pelo artigo 63, da Lei de 9.610/1994.

O direito estadunidense de performance pública restou evidenciados pela primeira vez no caso *Herbert v. Shanley Co.*, em que se discutia a legitimidade da cobrança de *royalties* de restaurantes que disponibilizavam música ambiente aos seus frequentadores, sem cobrar qualquer tipo de taxa em contrapartida.¹⁹⁹ O entendimento firmado pela Suprema Corte estadunidense foi que a música ambiente integrava à gama de serviços pelos quais clientes remuneravam bares, restaurantes e hotéis, ainda que não houvesse cobrança específica. Por consequência, ficou reconhecido o direito de performance pública de composições musicais, bem como a necessidade de que usuários fossem licenciados por titulares de direito. A posterior previsão normativa expressa relativa aos direitos exclusivos de performance pública, em 1897, ofereceu uma fonte de renda alternativa à venda de partituras.

3.2.1. Performance Right Organizations (PRO's), os principais intermediários para licenciamento de composições musicais.

Atualmente licenças de performance pública são adquiridas em face às chamadas Performance Right Organizations (PRO's), organizações a quem compositores, letristas e distribuidores cedem direitos para gerenciar coletivamente o licenciamento de conteúdo. As PRO's desempenham importância histórica no setor à medida que facilitam os custos de transação que envolvem contratos de cessão e licença, bem como se tornam responsáveis pela fiscalização de performances das músicas que compõe seu catálogo, algo que seria impraticável pelos detentores de direitos autorais.²⁰⁰

Como vimos anteriormente, trata-se de lógica idêntica àquela que legitima a atuação, do Brasil, das associações de detentores de direito que integram, conjuntamente, o Escritório Nacional Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. É oportuno recordar que um compositor, sozinho, não teria condições de regularizar, de forma exauriente, cada utilização de suas obras musicais, que podem, por exemplo, ser executadas publicamente em bares, restaurantes ou eventos muito distantes de sua alçada. As organizações de gerenciamento

¹⁹⁹ ASSAD, Sean M. *Harmonic Progressions to a Full Public Performance Right in Sound Recordings: Examining Recent Legislative Attempts That Could Rectify United States Non-Compliance with TRIPS and a Possible Modulation of the Issue to Reach a Finale*. 18 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 109, 2017. P. 117.

²⁰⁰ WIEGANDT, David von. *Spotify: Incentivizing Album Creation through the Facebook of Music*. 2 Berkeley J. Ent. & Sports L. 180, [ix] (2013). P. 187.

coletivo endereçam esta limitação logística, tornando-se mandatárias de detentores de direitos e assumindo os ônus de arrecadar e distribuir, em seu nome, os rendimentos de direito autoral que lhes sejam devidos.

Há hoje nos Estados Unidos três grandes PRO's: ASCAP, BMI e SESAC. Dentre essas ASCAP e BMI representam a grande maioria dos autores e distribuidores e sujeitam-se à limitações antitruste chamadas *consent decrees*, estabelecidas em 1941 pelo Departamento de Justiça Americano (DOJ) após investigações de práticas anticoncorrenciais. Qualquer particular que pretenda executar publicamente uma composição musical poderá adquirir licenças junto às PRO's reguladas por *consent decrees*.

Estas licenças são normalmente obtidas por meio das chamadas licenças cobertor (*blanket licenses*), que conferem ao usuário o direito de realizar a performance pública de quaisquer das músicas disponíveis nos extensos catálogos de cada PRO mediante o pagamento de taxa fixa anual (*annual flat fee*) ou de percentual mensal de sua receita total (*percentage of total revenues*).²⁰¹ As licenças cobertor são cômodas e procedimentalmente eficientes justamente por desonerarem o usuário da tarefa impraticável de licenciar milhares de músicas a partir de cada titular. Inobstante raramente utilizadas por provedores de serviços de streaming, ressalva-se haver outras modalidades de licenças de *performance rights on musical works*, como licenciamento por segmento (*per-program or per-segment license*), que importa em licenciamento, diante das PRO's, de blocos tematicamente organizados de composições musicais, e também licenciamento direto (*direct license*) perante os próprios titulares de direito.

3.2.2.1. Consent Decrees – A intervenção regulatória antitruste sobre as maiores PRO's, ASCAP e BMI.

Por muitos anos, ASCAP e BMI, PRO's que detém titularidade de 90% das composições musicais disponíveis no mercado,²⁰² proibiram que seus filiados se engajassem em negociações diretas e ainda condicionaram a possibilidade de licenciamento de usuários exclusivamente à obtenção de licenças cobertor (*blanket licenses*), o que, na opinião do Departamento de Justiça (DOJ), significava restrição à livre concorrência e a fixação ilegal de

²⁰¹ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2015. P. 33.

²⁰² U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2015. P. 20.

preços.²⁰³ Fundamentados na Seção 1 do Sherman Act²⁰⁴ e estabelecidos em 1941, os *consent decrees*, na prática, submetem ASCAP e BMI ao controle do Departamento de Justiça Americano (DOJ) e resultam da necessidade de prevenir comportamentos considerados anticompetitivos, sem abrir mão da eficiência administrativa possibilitada pela gestão coletiva de direitos e pelas licenças cobertor²⁰⁵

Consideradas emendas subsequentes, os *consent decrees* impuseram às PRO's os seguintes requerimentos substanciais, dentre outros: i) oferta de esquemas de licenciamento alternativos às licenças cobertor, como licenças por segmento (*per-program or per-segment license*) e licenças diretas (*direct licenses*); ii) concessão de licenças a quaisquer particulares que pretendam realizar performance pública de composições musicais, ainda, obrigadas a manter termos similares frente a licenças paradigma;²⁰⁶ iii) a admissão, como filiado, de qualquer compositor que tenha criado ao menos uma música; iv) a representação não exclusiva de seus filiados, que poderão engajar-se em negociações diretas;²⁰⁷ e v) a provisão de que, frustrada a negociação entre as PRO's e usuários no que versa à fixação de *royalties*, caberia ao licenciado ajuizar procedimento judicial (*rate court proceeding*) perante juízo específico (Southern District of New York) a fim de estabelecer taxas razoáveis de compensação (*reasonable fee*).²⁰⁸ Além disso, a ASCAP pode apenas licenciar direitos de performance pública, limitação que, na prática, também se aplica à BMI.²⁰⁹

A mera aplicação aos procedimentos judiciais de fixação de *royalties* libera, automaticamente, a que os licenciados utilizem todo o catálogo de composições musicais da PRO requerida, dispensado pagamento prévio de compensação até que se resolvam as negociações em juízo ou que estabelecida taxa provisória (*interim rate*).²¹⁰ Em meio ao procedimento, cabe às PRO's o ônus de provar a razoabilidade das taxas que pretendem cobrar, sob pena de que a própria corte determine a quantidade exigível de rendimentos baseada em critério conhecido como “willing buyer and willing seller”, que pretende simular condições de

²⁰³ TURK, Bronte Lawson. *It's Been a Hard Day's Night for Songwriters: Why the ASCAP and BMI Consent Decrees Must Undergo Reform*. 26 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 493, 2016. P. 509.

²⁰⁴ Estados Unidos da América. *The Sherman Antitrust Act*, 1890.

²⁰⁵ *Ibid.* P. 145.

²⁰⁶ HSIEH, Karen. *Unlock the Music: Replacing Compulsory Music Licenses with Free Market Negotiation*, 17 Cardozo J. Conflict Resol. 595, 632 (2016). P. 600.

²⁰⁷ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 36.

²⁰⁸ TURK, Bronte Lawson. *It's Been a Hard Day's Night for Songwriters: Why the ASCAP and BMI Consent Decrees Must Undergo Reform*. 26 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 493, 2016. P. 510

²⁰⁹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 37.

²¹⁰ *Ibidem.* P. 41.

negociação do livre mercado, e também na asserção de que as PRO's reguladas exercem poderes de mercado desproporcionais.²¹¹

Finalmente, a Seção 114(i) do Copyright Act proíbe que os procedimentos de fixação de *royalties* relativos ao licenciamento de direitos de performance pública sobre composições musicais considerem os preços fixados pelo Copyright Royalty Board para licenciamento de direitos de performance digital sobre fonogramas (veremos acerca deste procedimento no próximo tópico). Esta vedação acompanhou a própria inauguração do direito de performance digital, em 1995, com a promulgação do Digital Performance on Sound Recordings Act e, em tese, objetivava resguardar que os preços pagos pelo licenciamento de direitos de performance sobre composições musicais, praticados pelo mercado há muitos anos, fossem diminuídos em razão da previsão estatutária incipiente de um novo direito sobre fonogramas, que ensejaria a formação de um sistema de arrecadação e distribuição de rendimentos independente, cujos preços não se deveriam alavancar artificialmente.²¹²

4. Licenciamento de fonogramas nos Estados Unidos da América.

A partir do dia 15 de fevereiro de 1976, o sistema do *copyright* estadunidense passou a disciplinar, em nível federal, direitos exclusivos sobre fonogramas, que envolvem a sua reprodução e distribuição²¹³ e o direito de criar obras derivadas.²¹⁴ Trata-se da promulgação do Sound Recording Amendment Act of 1971,²¹⁵ que, pouco depois, restou incorporado ao diploma federal vigente, o Copyright Act of 1976.

É curioso observar que as minutas do Copyright Act of 1976 chegaram a prever, com vanguarda, um direito sobre performance pública de fonogramas, que também foi endossado, em 1978, pelo U.S. Copyright Office, que esposou o entendimento de que um direito exclusivo de performance pública seria totalmente pertinente à proteção de fonogramas, além de compatível com o sistema do *copyright*.²¹⁶ No entanto, o direito de performance pública sobre fonogramas restou disciplinado apenas a partir da vigência do Digital Performance Right in

²¹¹ EINHORN, Micheal A. *The ASCAP and BMI Consent Decrees: Is Partial Withdrawal Wise?* Journal, Copyright Society of the U.S.A. P. 4.

²¹² U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 42.

²¹³ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 106(1), (3).

²¹⁴ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 106(2).

²¹⁵ Estados Unidos da América. *Sound Recordings Act of 1971*. Pub. L. No. 92-140, 85 Stat. 391

²¹⁶ ASSAD, Sean M. *Harmonic Progressions to a Full Public Performance Right in Sound Recordings: Examining Recent Legislative Attempts That Could Rectify United States Non-Compliance with TRIPS and a Possible Modulation of the Issue to Reach a Finale*. 18 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 109, 2017. P. 121.

Sound Recordings Act of 1995 – DPRA e, como é evidente, restringiu-se ao direito exclusivo sobre performances transmitidas digitalmente pela internet ou por rádio satélite.²¹⁷

A seguir, veremos com maior detalhe como funcionam cada um dos sistemas de licenciamento e de arrecadação e distribuição de rendimentos relativos aos direitos sobre fonogramas.

4.1. Direitos exclusivos de reprodução e distribuição de fonogramas.

Os direitos exclusivos de reprodução e distribuição de fonogramas são, via regra, negociados diretamente entre, de um lado, titulares de direitos, normalmente gravadoras (*labels*) e, de outro, usuários, como provedores de serviços de *streaming* interativo e distribuidoras de discos, por meio de *master-licenses* (*i.e.* licenças que permitem, simultaneamente, reprodução, distribuição e performance digital de fonogramas).²¹⁸ As únicas exceções aplicam-se a serviços de *streaming* não interativo, porquanto qualifiquem-se à obtenção de licenças compulsórias, previstas pelas seções 112 e 114 do Copyright Act of 1976.²¹⁹

4.2. Digital performance rights in sound recordings – direitos sobre performance digital de fonogramas – seções 106, 114 e 115 do Copyright Act of 1976

De início, cabe repisar que a incidência dos direitos de performance pública sobre fonogramas é bem mais restrita que aquela relativa aos direitos de performance pública sobre composições musicais. A seção 106(6) do Copyright Act of 1976 prevê expressamente que o direito de performance pública sobre fonogramas delimita-se à performance pública da obra intelectual por meio da transmissão digital de áudio (*to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio*). Este dispositivo isenta radiodifusoras tradicionais da necessidade de licenciar direitos sobre performance pública sobre fonogramas, porque, conforme mencionado alhures, acreditava-se que este arranjo seria mutuamente benéfico: serviços de radiodifusão, por um lado, poderiam transmitir fonogramas e angariar audiência sem se preocupar com custos administrativos de licenciamento de direitos; e detentores de direitos sobre fonogramas, por outro lado, ganhariam em valor promocional a partir das

²¹⁷ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 106(6).

²¹⁸ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeCE, 2015. P.6.

²¹⁹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 43.

transmissões de suas músicas, o que, possivelmente, levaria o consumidor-ouvinte a adquirir uma cópia física do material promovido pela rádio.²²⁰

Esta lógica nunca se aplicou aos provedores de serviços digitais, que ostentam potencial de suplantar os mercados tradicionais de distribuição de conteúdo (um assinante de serviços de *streaming* dificilmente adquiriria um álbum físico ou pagaria pelo *download* de uma música). Além disso, considerando-se que a transmissão de fonogramas via rádio contribui para a geração de milhões de dólares em receita e que os modelos tradicionais de distribuição de mídia física encontram-se em franca derrocada, há cada vez mais razões para revisar a isenção legal de pagamento de *royalties* às rádios terrestres, que, em 2015, contavam com 298 milhões de usuários ativos, ou seja, mais que o dobro da quantidade de assinantes combinados de serviços de *streaming* àquela época, como Pandora (79 milhões de assinantes), Sirius XM (27 milhões de assinantes) e Spotify (14 milhões de assinantes).²²¹

Ademais, a ausência de previsão de um direito sobre a performance pública de fonogramas é usualmente questionada pela literatura porque, em razão do princípio da reciprocidade, rendimentos arrecadados por países em que este direito é tipificado não são repassados a artistas estadunidenses, o que suscita uma incompatibilidade do sistema americano com tratativas celebradas a uma série de tratados internacionais, como o WPPT²²² e a Convenção de Roma.²²³ Atualmente, a maioria dos países industrializados reconhecem um direito amplo de performance pública sobre fonogramas (*full performance right*) e a ausência de tipificação legal nestes termos pelo sistema do *copyright* estadunidense resulta em prejuízos, suportados por titulares de direito, que variam entre 70 e 100 milhões de dólares em *royalties* não arrecadados pela performance pública de fonogramas por radiodifusoras de países estrangeiros.²²⁴

No que se refere aos serviços de *streaming*, a modalidade de licenciamento aplicável sobre a performance pública de fonogramas será distinta a depender da classificação conferida, à luz da legislação federal, ao tipo de serviços prestados. O sistema de classificação

²²⁰ BRAXTON, Jasmine A. *Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing*. 36 Hastings Comm. & Ent. L.J. 193, [ix], 2013. P. 196.

²²¹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 44.

²²² WIPO Performance and Phonograms Treaty. Art. 5-10, Dec. 20, 1996, 2186. U.N.T.S. 245, 36 I.L.M.

²²³ Cabe ressaltar que os Estados Unidos não são signatários da Convenção de Roma, apesar de participar ativamente de suas tratativas. Ver. Rome Convention or International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. Art. 7, Oct. 26, 1961, 496 U.N.T.S. 43.

²²⁴ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 45.

de serviços digitais entre *streaming* interativo (*on demand*); *streaming* não interativo e *webcasting*, inaugurado pelo Digital Performance Right in Sound Recordings Act, foi mais tarde aperfeiçoado pelo Digital Millennium Copyright Act - DMCA, que pretendeu endereçar, detidamente, os temores de detentores de direitos sobre fonogramas em relação ao *file sharing*, bem como aproximar o sistema do *copyright* dos padrões praticados internacionalmente.²²⁵

O DMCA alterou as seções 114 e 115 do Copyright Act e expandiu a abrangência das classificações que abarcavam serviços de *streaming* interativo, de um lado, e serviços de *streaming* não interativos, pautados por subscrição, de outro. Este tipo de distinção é relevante porque provedores de *streaming* interativo devem negociar licenças diretamente com titulares de direito sobre fonogramas; e provedores de serviço de *streaming* não interativo e *webcasters* podem adquirir licenças compulsórias ou estatutárias.²²⁶ Ou seja, a depender do tipo de serviço prestado por cada provedor de *streaming*, serão distintos os sistemas aplicáveis ao licenciamento de direitos, às modalidades de fixação de *royalties* e às formas de arrecadação e distribuição de rendimentos.

No sistema estadunidense, portanto, apenas provedores de serviços de *streaming* não interativo podem adquirir as licenças compulsórias previstas às seções 112 e 114 do Copyright Act of 1976. A definição estatutária, à semelhança da conceituação trazida neste trabalho, é que serviços de *streaming* interativo compreendem a transmissão de programação especificamente criada para o receptor ou a requisição de transmissão de um fonograma em particular, independentemente de que integrado, ou não, à programação do serviço (*a transmission of a program specially created for the recipient, or on request, a transmission of a particular sound recording, whether or not as part of a program, which is selected by or on behalf of the recipient*).²²⁷

Ocorre que, em meio à variedade de plataformas de *streaming* em desenvolvimento, cada qual ofertando diferentes possibilidades de customização, não foi possível estabelecer, de maneira unívoca, o que se consideraria uma "transmissão de programação especificamente criada para o receptor". Esta incerteza interpretativa foi tematizada ao precedente *Arista Records, LLC v. Launch Media, Inc.*,²²⁸ que trouxe alguma

²²⁵ RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014. P. 12

²²⁶ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 44.

²²⁷ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 114(j)(7).

²²⁸ Estados Unidos da América. *Arista Records LLC v. Launch Media, Inc.* 578 F. 3d 148, 152 (2d Cir. 2009).

segurança jurídica quanto à matéria ao aprofundar o debate relativo à diferenciação entre serviços de *streaming* interativo e não interativo.

A ação foi movida por gravadoras, encabeçadas pela companhia Arista Records, sob o fundamento de que o serviço de *webcasting* LAUNCHcast, prestado pela empresa Launch Media, enquadrava-se como *streaming* interativo por permitir que seus usuários customizassem *playlists* por modalidades de gênero, artistas ou músicas (*individualized radio stations*). Alegava-se que este tipo de modelo de negócios permitiria grau suficiente de customização a que caracterizada interatividade e, conseqüentemente, deflagrada a necessidade de obtenção de licenças sobre direitos de performance pública diretamente a partir dos titulares de direito litigantes. A empresa LAUNCHcast, por sua vez, insistia que prestava serviços de *streaming* não interativo e que, portanto, qualificaria-se ao pagamento de *royalties* segundo o padrão estatutário definido pelo Copyright Royalty Board, responsável pela administração de procedimentos e fixação de taxas relativas às licenças compulsórias de direitos de performance pública sobre fonogramas.

Após estudar os formatos e tecnologias de curatela utilizados pelo LAUNCHcast, a corte de apelações estadunidense (The Second Circuit Court of Appeals), concluiu que o serviço se enquadrava como de *streaming* não interativo. Embora os algoritmos do sistema do LAUNCHcast efetivamente direcionassem a exposição de conteúdo conforme avaliações de gosto, não permitia a seleção de transmissões específicas e nem que fossem realizadas pausas ou repetições de músicas ao longo das transmissões.²²⁹ Além disso, a fim de garantir variedade e imprevisibilidade à experiência do usuário, o serviço limitava quantitativamente a transmissão de músicas por cada artista, fatores estes que, combinados, afastavam a sua classificação como provedor de *streaming* interativo.²³⁰

A prolação deste julgado abriu caminho a que outros serviços de *streaming* não interativo, como Pandora e Rdio, marcados por diferentes graus de personalização, obtivessem acesso aos esquemas licenciamento compulsório de direitos de performance pública sobre fonogramas.²³¹

²²⁹ TURK, Bronte Lawson. *It's Been a Hard Day's Night for Songwriters: Why the ASCAP and BMI Consent Decrees Must Undergo Reform*. 26 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 493, 2016. P. 506.

²³⁰ BRAXTON, Jasmine A. *Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing*. 36 Hastings Comm. & Ent. L.J. 193, [ix], 2013. P. 198.

²³¹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 49.

4.2.1. Licenciamento compulsório (*statutory* ou *compulsory licensing*) de Direitos sobre performance digital de fonogramas - Seções 112 e 114 do Copyright Act of 1976.

A seção 114 do Copyright Act of 1976²³² rege o licenciamento compulsório dos direitos de performance pública de fonogramas, aplicáveis a diferentes tipos de provedores de serviços de *streaming* não interativo mediante satisfação aos requisitos estabelecidos pelas previsões de licenças estatutárias e prévio pagamento de *royalties* fixados pelo Copyright Royalty Board. Complementarmente, a seção 112 do Copyright Act of 1976²³³ engloba ao sistema de licenciamento compulsório de performance pública a realização de reproduções digitais (*ephemeral copies*) necessárias à transmissão de fonogramas.

Estas licenças implicam em limitações regulatórias aos serviços prestados por licenciados, como vedação a que seja previamente anunciado o repertório musical transmitido, além de limitações periódicas à quantidade de vezes que cada música pode ser transmitida.²³⁴ A forma de rateio de *royalties* também é definida pelo diploma estadunidense: 50% para o titular de direitos sobre o fonograma (usualmente gravadoras - *labels*), 45% para os artistas que performaram durante as gravações, 2.5% para representantes de vocalistas de apoio; e 2% para representantes de vocalistas principais.²³⁵ Os *royalties* devidos sob a regência da seção 112, referente à reprodução de cópias efêmeras, é distribuído diretamente para os titulares de direitos sobre fonogramas. Interessante notar que, neste arranjo, não há menção ao produtor fonográfico, cuja percepção de rendimentos ficará condicionada aos termos contratuais celebrados com algum dos demais beneficiários do sistema de distribuição estabelecido pelo Copyright Act.

O pagamento de *royalties* decorrentes das licenças compulsórias de direitos de performance pública sobre fonogramas é realizado diante de uma organização sem fins lucrativos chamada SoundExchange.²³⁶ Inicialmente pertencente à Recording Industry Association of America – RIAA, a SoundExchange tornou-se independente em 2003 e é delegatária, por atribuição do U.S. Copyright Office, da responsabilidade de coletar e distribuir

²³² Estados Unidos da América. The Copyright Act of 1976. 17 U.S.C. § 114.

²³³ Ibidem. 17 U.S.C. § 112.

²³⁴ Ibidem. 17 U.S.C. § 114(d)(2)(B)-(C).

²³⁵ Ibidem. 17 U.S.C. § 114 (g) (2).

²³⁶ SoundExchange. *About*, 2018. Disponível em: <https://www.soundexchange.com/about/>. Último acesso em: 13/11/2018.

royalties auferidos a partir de todas as transmissões digitais de fonogramas, mediante o desconto de taxa administrativa.²³⁷

Os procedimentos de fixação de *royalties* aplicáveis variam conforme a data de ingresso no mercado dos provedores de serviços que pretendam adquirir as licenças compulsórias previstas pela seção 114 do Copyright Act. Trata-se de uma questão de direito intertemporal. Este tipo de licença compulsória foi originalmente previsto a partir da promulgação, em 1995, do Digital Performance on Sound Recordings Act e se destinava apenas ao licenciamento de rádios por satélite e provedores de serviços de música por assinatura. A fixação de *royalties*, neste tipo limitado de licenciamento compulsório, era direcionada politicamente pelo critério de quatro fatores (*four-factor policy-oriented standard*) previsto pela seção 801(b)(1) do Copyright Act, idêntico àquele aplicável ao licenciamento compulsório de licenças de direitos mecânicos sobre composições musicais.²³⁸ Este sistema é aplicável a poucos provedores de serviços: a rádio por satélite Sirius XM, e os serviços de assinatura Music Choice e Muzak.

Diante da promulgação posterior do Digital Millennium Copyright Act – DMCA, em 1998, o congresso estadunidense além de expandir, conforme visto acima, o escopo das classificações dos serviços de *streaming*; e de inaugurar a seção 112 do Copyright Act relativa ao licenciamento de cópias efêmeras de fonogramas; também estendeu a provedores de rádio pela internet a possibilidade de licenciamento compulsório de direitos de performance pública sobre fonogramas; e, finalmente, criou novo critério de fixação de *royalties*, conhecido como *willing buyer/willing seller*, que pretende simular preços livremente praticados pelo mercado (*that most clearly represent the rates and terms that would have been negotiated in the marketplace between a willing buyer and a willing seller*).²³⁹

Durante os procedimentos quinquenais de fixação de *royalties* segundo o critério *willing buyer/willing seller*, o Copyright Royalty Board deve também observar: o potencial do provedor de serviços licenciando em suplantiar ou potencializar a venda de fonogramas; o potencial do provedor de serviços licenciando em interferir ou viabilizar outras fontes de renda do titular de direitos sobre o fonograma; além de verificar os papéis desempenhados por

²³⁷ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2015. P. 47.

²³⁸ WHORTON, Amanda M. The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime, 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017. P. 276.

²³⁹ Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 114(f)(2)(B).

licenciando e titulares de direitos com respeito aos seus investimentos, custos, riscos e às suas respectivas contribuições criativa e tecnológica ao público.²⁴⁰

As taxas fixadas pelo Copyright Royalty Board normalmente adotam critério de cobrança por execução do fonograma licenciado (*per-performance*), em contraste ao percentual cobrado pelas PRO's no licenciamento de direitos de performance pública de composições musicais.²⁴¹ Após a insurgência de provedores de serviços, que reputavam insustentável o critério de cobrança por execução, o Copyright Royalty Board passou a adotar critérios diferenciados, tendo estabelecido, em 2016, a cobrança proporcional de 17 centavos de dólar a cada 100 performances de fonogramas por serviços de *streaming* não interativo e não pautados por subscrição e 22 centavos de dólar a cada 100 performances de fonogramas por provedores de serviços de *streaming* não interativos pautados por subscrição.²⁴²

4.2.2. Licenciamento direto de direitos de performance pública de fonogramas (*privately negotiated direct licenses on sound recordings*).

Provedores de serviços de *streaming* interativo, *i.e.* serviços que ofertem, ao usuário, a transmissão de programação especificamente customizada ou que possibilitem a requisição prévia do conteúdo disponibilizado, não se qualificam à obtenção das licenças compulsórias previstas pelas seções 112 e 114 do Copyright Act of 1976 e, portanto, devem negociar licenças de direitos de performance pública de fonogramas diretamente diante dos titulares de direito. Por se tratar de licenças imediatas (*direct licenses*), seus termos contratuais são entabulados de acordo com a vontade das partes, sem qualquer tipo de vinculação aos procedimentos administrativos de licenciamento e tampouco aos critérios politicamente orientados de fixação de *royalties* previstos pela legislação federal.

Em outras palavras, negocia-se esta modalidade de licença diretamente, por meio de contratos privados celebrados entre titulares de direito sobre fonogramas, normalmente gravadoras (*labels*), e provedores de serviços de *streaming* interativo. Embora seu objeto

²⁴⁰ Tradução livre de “whether use of the service may substitute for or may promote the sales of sound recordings or otherwise may interfere with or may enhance the sound recording copyright owner's other streams of revenue from its sound recordings; and the relative roles of the copyright owner and the transmitting entity in the and the relative roles of the copyright owner and the transmitting entity in the copyrighted work and the service made available to the public with respect to relative creative contribution, technological contribution, capital investment, cost, and risk.” Estados Unidos da América. *The Copyright Act of 1976*. 17 U.S.C. § 114(f)(2)(B).

²⁴¹ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 51.

²⁴² WHORTON, Amanda M. *The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime*, 52 *Wake Forest L. Rev.* 267, 292, 2017. P. 275.

repercuta direta ou indiretamente na cadeia de distribuição de rendimentos de uma miríade de músicos, produtores, compositores e letristas; os termos acordados entre os particulares normalmente se sujeitam à cláusulas de confidencialidade (*non-disclosure agreements*), que inviabilizam esforços de fiscalização e ainda relegam à obscuridade informações acerca dos preços pagos por provedores de serviços, cuja atuação no mercado depende da conformação destes contratos de licenciamento.

Além disso, sabe-se comum que provedores de serviços de *streaming* interativo paguem, além de *royalties* livremente ajustados, vultosas quantias adiantadas a fim de convencer a que as *labels* licenciem seu extenso catálogo musical.²⁴³ Estas quantias, conquanto, em tese, devessem ser repartidas com artistas intérpretes e músicos, acabam permanecendo com as próprias gravadoras.²⁴⁴ Outro modelo praticado de licenciamento direto de direitos de performance pública sobre fonogramas condiciona a concessão da licenças à venda de substancial participação no quadro societário dos provedores de *streaming* interativo licenciados – este é precisamente o caso do Spotify.²⁴⁵

²⁴³ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeICE, 2015. P.16.

²⁴⁴ *Ibidem*. P.6.

²⁴⁵ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 52.

Capítulo 4. Value Gap e a atmosfera de modernização do direito autoral mundial.

O termo *Value Gap* é o nome por que se têm chamado o fenômeno de distorções regulatórias verificado a partir de duas constatações aparentemente contraditórias: a) registro de consumo recorde no mercado da música; e b) a ausência de remuneração justa a compositores, artistas e produtores.²⁴⁶ Uma grande variedade de associações e coalizões do setor têm debatido o problema, de cuja resolução depende a possibilidade de crescimento sustentável no setor. Apesar de a consolidação dos serviços de *streaming* ter possibilitado a disseminação, ao público, de um catálogo musical sem precedentes, não há que se falar em atendimento aos objetivos básicos do direito do autor se a base de toda a cadeia produtiva não for remunerada de forma justa.

Diante das marcantes mudanças provocadas pela consolidação de novos modelos de negócios e novas modalidades de utilização de obras intelectuais, melhor descritas no Capítulo 1, há em curso latente processo de atualização dos sistemas de direitos autorais, seja em nível nacional, como no caso da promulgação do Modernization Music Act, em novembro de 2018 nos Estados Unidos, ou em nível supranacional, diante da aprovação, em setembro de Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.

O aspecto primordial a ser observado, outrossim, é que se encontra corrente um movimento generalizado em prol da modernização dos sistemas vigentes de direito autoral com direcionamento expressamente voltado à persecução de mecanismos que garantam justa remuneração a detentores de direito autoral. Neste capítulo trazem-se os principais esforços legislativos e regulatórios que se tem orientado à resolução do problema e se depuram, a partir da perspectiva de direito comparado, a fim de amparar, à conclusão, a sugestão de possíveis soluções a ser implementadas em futura legislação brasileira que procure disciplinar, de forma direta, o enquadramento jurídico aplicável às transmissões de obras musicais por meio da tecnologia de *streaming*.

1. Recentes esforços legislativos e regulatórios em relação a direitos autorais nos Estados Unidos da América.

²⁴⁶ International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2016*. London, 2016. P. 22.

Vimos anteriormente que, nos Estados Unidos, há três diferentes sistemas primordiais no que diz respeito a licenciamento de direitos, arrecadação e distribuição de rendimentos pertinentes ao *streaming*: I) sistema relativo aos direitos de performance pública (*performance rights on music works*) sobre composições musicais; II) sistema relativo aos direitos de performance pública sobre fonogramas (*performance rights on sound recordings*); e III) sistema relativo aos direitos mecânicos de reprodução e distribuição (*mechanical rights on reproduction and distribution*). Cada um destes abriga distintos intermediários e procedimentos divergentes de fixação de *royalties*.

Atendo-se à complexidade do sistema e à necessidade de atualização de distinções regulatórias e legais o Congresso estadunidense endereçou esforço marcante, a partir de maio de 2014, para avaliar a pertinência das disposições normativas que disciplinam as modalidades correntes de distribuição e difusão de conteúdo protegido por direito autoral (*copyright*), bem como os sistemas vigentes de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos especificamente relacionados à indústria de música gravada. Após a realização de consultas e audiências públicas, com que foram angariadas substanciais contribuições a partir dos principais atores setoriais da indústria de música gravada, o Congresso dos Estados Unidos, atuando por meio do U.S. Copyright Office, destacou princípios considerados incontroversos a partir das contribuições fornecidas por agentes representantes do Setor Privado, da Sociedade Civil e do Estado, quais sejam: i) compositores, artistas e produtores devem ser remunerados de forma justa; ii) os sistemas de licenciamento devem ser mais eficientes; iii) atores do mercado devem possuir acesso a bases de dados confiáveis para verificar a correspondência entre obras musicais e titulares de direitos; e iv) os fluxos de distribuição devem ser transparentes e acessíveis para detentores de direitos (U.S. COPYRIGHT OFFICE, 2015).

Além destes princípios, o U.S. Copyright Office acrescentou outros adicionais: a) os procedimentos de licenciamento supervisionados pelo Estado devem tratar com equidade utilizações semelhantes de obras musicais, sejam fonogramas ou composições musicais; b) a regulação estatal deve incentivar negociação voluntária de direitos, sem prejuízo de suportar a gestão coletiva de direitos; c) os procedimentos de fixação de *royalties* e a administração de *Consent Decrees* (análogo aos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC brasileiros) devem ser conduzidos por autoridades diferentes; e d) apenas um critério de fixação de *royalties* deve ser aplicado para todos os tipos de licenças compulsórias.

Estes princípios, por certo, orientaram duas recentes modalidades de esforços postas para endereçar o problema do *Value Gap*, a provisão e promulgação de uma nova disciplina normativa, o Music Modernization Act, e revisão dos *Consent Decrees* pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

1.1. Music Modernization Act - MMA.

O principal objetivo do Music Modernization Act,²⁴⁷ promulgado em 10 de novembro de 2018, é fomentar a percepção de remuneração justa por artistas e compositores, por meio da reforma de alguns aspectos relevantes do Copyright Act of 1976. Destacaremos os mais relevantes a seguir.

1.1.1. Previsão de licenças cobertor para licenciamento de direitos mecânicos (*mechanical rights*)

No que se refere aos direitos mecânicos (*mechanical rights*), o U.S. Copyright Office havia registrado demandas de atores do setor a que fosse extinta a modalidade de licenciamento compulsório, prevista pelas seções 114 e 115 do Copyright Act of 1976, uma vez que os procedimentos de fixação de *royalties*, administrados pelo Copyright Royalty Board, importariam em um limite artificial à liberdade de negociação de detentores de direitos por meio de licenciamentos voluntários, normalmente operacionalizados por meio da Harry Fox Agency.²⁴⁸ Provedores de serviços digitais, de outro lado, destacaram que a modalidade de licenciamento compulsório seria de suma importância ao setor por equilibrar o poder de mercado exercido coletivamente por detentores de direitos autorais e impedi-los de, injustificadamente, recusarem-se a conceder licenças voluntárias e, subsequentemente, inviabilizarem o funcionamento das plataformas de *streaming*.

Outro ponto em discussão é que não existia, até então, a possibilidade de obtenção de licenças de direitos mecânicos de reprodução e distribuição por meio de licenças cobertor (*blanket licenses*). Como visto anteriormente, a aplicação aos procedimentos de licenciamento compulsório dependiam do envio, ao titulares de direitos, de uma notificação de intenção de uso (*notice of intent – NOI*) referente a cada obra musical que se pretendesse

²⁴⁷ Estados Unidos da América. *Orrin G. Hatch-Bob Goodlatte Music Modernization Act*. H.R.1551 — 115th Congress (2017-2018). Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1551/text#toc-H7599F36C247745E5BED8FEAA5F072460>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁴⁸ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P. 110.

utilizar. Apesar de a Harry Fox Agency desempenhar relevante papel de intermediária, suas bases de dados não são capazes de suprir a quantidade de licenças de que necessitam os provedores de *streaming* o que os sujeita ao risco de cometerem infrações de direito autoral e pagar largas quantias compensatórias em litígios judiciais.²⁴⁹ Isso levou o Spotify a questionar a legitimidade de cobranças relativas a direitos mecânicos sobre as transmissões digitais que patrocina.²⁵⁰

Considerando haver vasta defasagem deste sistema em relação ao licenciamento de direitos de performance pública, cujo funcionamento se fundamenta basicamente na concessão de licenças cobertor administradas por PRO's, o Congresso estadunidense tem abordado, há muitos anos,²⁵¹ a necessidade de atualização destas disposições normativas, visto que provedores de serviços digitais necessitam da negociação de milhares ou até milhões de licenças individualizadas a fim de ofertarem seus imensos catálogos musicais.²⁵² Dando particular ênfase à questão, o Music Modernization Act finalmente previu a extinção dos procedimentos de notificação de intenção, bem como inaugurou uma organização de gestão coletiva de direitos mecânicos, denominada Mechanical Licensing Collective – MLC, governada por distribuidoras e compositores, que ofertará licenças cobertor aos provedores de serviços digitais e, além disso, disponibilizará um banco de dados atualizado que identifique as obras licenciadas.

1.1.2. Unificação dos critérios de fixação de *royalties* pelo Copyright Royalty Board.

Vimos anteriormente que os procedimentos de fixação de *royalties* aplicáveis ao licenciamento compulsório de fonogramas obedecem a dois diferentes critérios, administrados pelo Copyright Royalty Board, o critério de quatro fatores (*four-factor policy-oriented standard*) previsto pela seção 801(b)(1) do Copyright Act e o critério *willing*

²⁴⁹ BEAUMONT-THOMAS, Ben. *Spotify to pay out \$112m in royalties to songwriters after settlement*. The Guardian, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/music/2018/may/24/spotify-to-pay-out-112m-in-royalties-to-songwriters>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁵⁰ COOKE, Chris. *Spotify questions whether mechanical royalties are even due on a stream*. Complete Music Update, 2017. Disponível em: <http://www.completemusicupdate.com/article/spotify-questions-whether-mechanical-royalties-are-even-due-on-a-stream/>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁵¹ Exemplo de prévia tentativa a abordar esta controvérsia foi um projeto de lei conhecido como SIRA, que disciplinaria o licenciamento coletivo de licenças mecânicas. Ver. Estados Unidos da América. Section 115 Reform Act of 2006, H.R. 5553, 109th Cong. 2006.

²⁵² ISSA, Darrell. GRIMM, Tyler. *A Blanket for a Tired Statute: Congress Must Repair the Mechanical License in Section 115 of the Copyright Act*. 55 Harv. J. on Legis, 23, 2018. P. 28.

buyer/willing seller, cuja característica primordial é a pretensão de refletir preços praticados pelo livre mercado. O Music Modernization Act, atendendo a demandas de atores e da literatura,²⁵³ unificou estes dois critérios em uma versão reformulada do *willing buyer/willing seller*, que requer sejam considerados, durante a fixação de *royalties*: i) informações de cunho econômico, competitivo, e programáticas fornecidas pelos licenciados que explicitem o potencial do provedor de serviços em suplantar a comercialização de conteúdo pelo titular de direitos, bem como o papel desempenhado pelos atores contratantes; e ii) as taxas e termos usualmente praticados por atores em licenciamentos voluntários.

1.1.3. Revogação da seção 114(i) do Copyright Act.

Um dos pontos mais importantes da nova legislação federal estadunidense é a revogação da seção 114(i) do Copyright Act que obstava a que procedimentos de fixação de *royalties* para composições musicais observassem, como parâmetro, os preços praticados aos procedimentos de fixação de *royalties* para fonogramas. A distinção, prevista inicialmente para evitar que os preços de *royalties* fixados com relação ao recém inaugurado direito de performance digital de fonogramas fossem alçados de forma artificial, acabava ensejando tratamento díspar injustificável para modalidades semelhantes de utilização.

Além disso, rememoremos que, enquanto a negociação de licenças de performance pública de composições musicais sujeitam-se à intensa regulação, em função da aplicação de *Consent Decrees*, provedores de serviços de *streaming* interativo e titulares de direito sobre fonogramas podem negociar direta e livremente, fatores estes que, somados, implica na distribuição de remuneração seis vezes maior para titulares de direitos sobre fonogramas.²⁵⁴ A revogação deste dispositivo, portanto, endossa a que titulares de composições musicais sejam remunerados de forma mais justa.

1.1.4. Disciplina federal para o licenciamento de fonogramas fixados antes de 1976.

O Music Modernization Act buscou pacificar incerteza jurídica havida em torno da disciplina normativa aplicável aos fonogramas fixados anteriormente ao dia 15 de fevereiro de 1976, data de inauguração da normatização federal pelo sistema do *copyright* estadunidense

²⁵³ WHORTON, Amanda M. *The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime*. 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017. P. 276.

²⁵⁴ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleelCE, 2015. P.10.

por meio da promulgação do Sound Recording Amendment Act of 1971. Diante da ausência de previsão federal, provedores de serviços digitais dispensaram tratamentos contraditórios à matéria, alguns obtinham licenças, outros não, e a questão ficou relegada ao arbítrio de cortes judiciais estaduais, que passaram a assegurar a eficácia de direitos sobre fonogramas retroativamente ao ano de 1971.²⁵⁵ A partir da promulgação do Music Modernization Act, os fonogramas fixados antes de 15 de fevereiro de 1976 passam a sujeitar-se aos esquemas de licenças típicos relativos aos fonogramas em geral, inclusive no que diz respeito às licenças compulsórias previstas pela seção 114 do Copyright Act.

1.1.5. Previsão de direitos autorais para produtores e engenheiros de som.

Destaca-se, finalmente, que o Music Modernization Act estipulou que o Copyright Royalty Board deva adotar políticas que orientem a distribuição de rendimentos pagos por meio do licenciamento compulsório de direitos de performance pública para fonogramas para produtores e engenheiros de som que participem criativamente da concepção de fonogramas. Esta previsão é importante porque, anteriormente, a percepção de rendimentos por estes profissionais dependia somente de acordos privados firmados com gravadoras, diante da ausência, os Estados Unidos, da previsão de direitos conexos que os garantisse titularidade sobre fonogramas que produzissem ou mesmo de participação no fluxo de distribuição de rendimentos.

1.2. Propostas de Revisão dos *Consent Decrees* - *Digital Rights Withdrawal* (DRW) e a negativa pelo Departamento do Justiça estadunidense.

Estabelecidos em 1941, os *consent decrees*, que submetem ASCAP e BMI ao controle do Departamento de Justiça Americano (DOJ), refletem adequadamente a conjuntura atual do mercado digital, o que, em contrapartida, desencadeou práticas comerciais que relativizaram sua legitimidade. Recentemente, a editora Sony/ATV, em busca de maior autonomia contratual e conseqüentemente *royalties* mais altos, passou a negociar diretamente, com usuários de música, direitos relativos às mídias digitais não obstante seja filiada às grandes PRO's, o que significa sujeição às disposições antitruste dos *Consent Decrees*.²⁵⁶

²⁵⁵ U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015. P.85.

²⁵⁶ GAGLIANO, STEVEN J. *Consent Decree in the Streaming Era: Digital Withdrawal, Fractional Licensing*. Sec. 114(l), 10 J. Bus. Entrepreneurship & L. 317, 2017. P. 320.

Conhecida como *Digital Rights Withdrawal* (DRW) ou *partial withdrawal*, esta prática compreende a supressão, do escopo de gerenciamento das PRO's, de direitos tão somente relativos à distribuição digital. Distribuidoras e demais titulares, originários e derivados, de direitos sobre composições musicais teriam, assim, condições de negociar por conta própria, com maior liberdade, a distribuição de conteúdo para novas mídias, sem que, com isso, abrissem mão do auxílio prático indispensável das PRO's, que ficariam ainda licenciadas para gerir rendimentos provenientes das mídias tradicionais.²⁵⁷

O judiciário estadunidense rapidamente entendeu tratar-se o *Digital Rights Withdrawal* de prática incompatível com as determinações dos *Consent Decrees*, que imporiam às PRO's licenciamento sem ressalvas, quanto a todos os meios de distribuição e a qualquer interessado, de todas as obras catalogadas.²⁵⁸ Não há meio termo, para negociar imediatamente direitos relativos às mídias digitais editoras teriam, necessariamente, que se desvincular totalmente do gerenciamento das PRO's.

Esta negativa judicial não obsteu a que distribuidoras e PRO's buscassem por novas alternativas. Até porque, insatisfeitas com taxas de remuneração fixadas abaixo do preço de mercado, grandes distribuidoras, como Sony/ATV, informaram a possibilidade efetiva de se desvincular totalmente das PRO's se não houvesse revisão administrativa ou judiciária das disposições antitruste,²⁵⁹ o que preocupou compositores e letristas em face da potencial perda de transparência na arrecadação e distribuição de rendimentos que uma desvinculação total implicaria.²⁶⁰

Fortemente pressionado, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos inaugurou, em 2014, consulta pública a que fossem avaliadas pertinência e efetividade dos *Consent Decrees* na era digital.²⁶¹ Dentre os pleitos erigidos à consulta por relevantes atores

²⁵⁷ Ibidem. P. 320.

²⁵⁸ Ibidem. P. 321.

²⁵⁹ CHRISTMAN, ED. Sony/ATV's Martin Bandier Repeats Warning to ASCAP, BMI. Billboard, Nova Iorque, 2014. Disponível em: <https://www.billboard.com/biz/articles/news/publishing/6157469/sonyatvs-martin-bandier-repeats-warning-to-ascap-bmi>. Acesso em: 23/04/2018. Nota. Na mesma carta, endereçada às grandes PROs (ASCAP e BMI), a Sony/ATV apontou mais um exemplo de distorção de remuneração: Diamonds, música da cantora Rihanna, apesar de ser executada 52 milhões de vezes, rendeu apenas 78 mil dólares, aproximadamente 0.0015 centavos de dólar por execução.

²⁶⁰ U.S. Copyright Office. Copyright and the Music Marketplace, 2018. P. 12.

²⁶¹ The United States Department of Justice. Antitrust Consent Decree Review – ASCAP and BMI, 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/ascap-bmi-decree-review>. Acesso em: 25/04/2018. Nota. Demonstrando concernimento com eventual persistência de práticas anticoncorrenciais, foram alguns dos questionamentos fomentados pelo Departamento de Justiça: “Do the Consent Decrees continue to serve important competitive

regulatórios ou simples interessados, destacam-se a mencionada possibilidade de retirar direitos relativos às mídias digitais do escopo das *blanket licenses* (DRW); o requerimento de emendas aos procedimentos de fixação das taxas de *royalties*, para que fossem determinadas por painéis de arbitragem e não por cortes judiciais;²⁶² a viabilidade a que PRO's negociassem outras modalidades de licenças, não apenas relativas a direitos de execução pública; e a promoção de maior transparência no gerenciamento das licenças.²⁶³ Por outro lado, grandes companhias que promovem distribuição e disponibilização de conteúdo digital, como Google, Pandora e Sirius/XM, além de associações de rádios terrestres, opuseram-se drasticamente às sugestões de reforma, sob o argumento de que o aumento expressivo do preço de *royalties* inviabilizaria sua atuação no mercado.²⁶⁴

Infelizmente, o *lobby* dos provedores de serviço resultou em reviravolta com potenciais disruptivos à perspectiva das PRO's: todos os seus requerimentos de revisão foram virtualmente denegados²⁶⁵ e, além disso, o Departamento de Justiça chancelou a interpretação de que, no caso dos *Consent Decrees*, uma PRO deter titularidade apenas parcial sobre uma composição musical criada em coautoria não impede que a licencie integralmente.²⁶⁶ Assim, restou frustrada a principal expectativa de titulares de direito e usuários de música era que a

purposes today? Why or why not? Are there provisions that are no longer necessary to protect competition? Are there provisions that are ineffective in protecting competition?"; "What, if any, modifications to the Consent Decrees would enhance competition and efficiency?"; "How easy or difficult is it to acquire in a useful format the contents of ASCAP's or BMI's repertory? How, if at all, does the current degree of repertory transparency impact competition? Are modifications of the transparency requirements in the Consent Decrees warranted, and if so, why?".

²⁶² GAGLIANO, STEVEN J. Consent Decree in the Streaming Era: Digital Withdrawal, Fractional Licensing, and Sec. 114(l), 10 J. Bus. Entrepreneurship & L. 317, 2017. P. 321.

²⁶³ Department of Justice. Statement of the Department of Justice on the Closing of the Antitrust Division's Review of the ASCAP and BMI Consent Decrees, 2016. P. 9. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/882101/>. Último acesso em: 11/11/2018.

²⁶⁴ JABOBSON, Erin M. The DOJ's Discordant Decision: an overview of the ruling and its repercussions. The Music Industry Lawyer, 2016. Disponível em: <http://www.themusicindustrylawyer.com/dojs-discordant-decision/>. Acesso em: 25/04/2018.

²⁶⁵ Department of Justice. Statement of the Department of Justice on the Closing of the Antitrust Division's Review of the ASCAP and BMI Consent Decrees, 2016. P. 17. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/882101/download>. Acesso em: 29/04/2018. Nota. No que se refere à prática de Digital Rights Withdral (DRW), o Departamento de Justiça estadunidense suportou o entendimento de que as licenças contratadas por PROs reguladas por *Consent Decrees* devam prevenir o usuário de qualquer tipo negociação ulterior. Assim, adquirir *blanket licenses* deve ser suficiente à aquisição imediata do direito de reproduzir todo o catálogo musical de dada PRO, em relação a qualquer meio de distribuição. Trata-se de agurmento similar àquele utilizado como fundamento para sustentar a prática de *full-work licenses*, como se verá adiante.

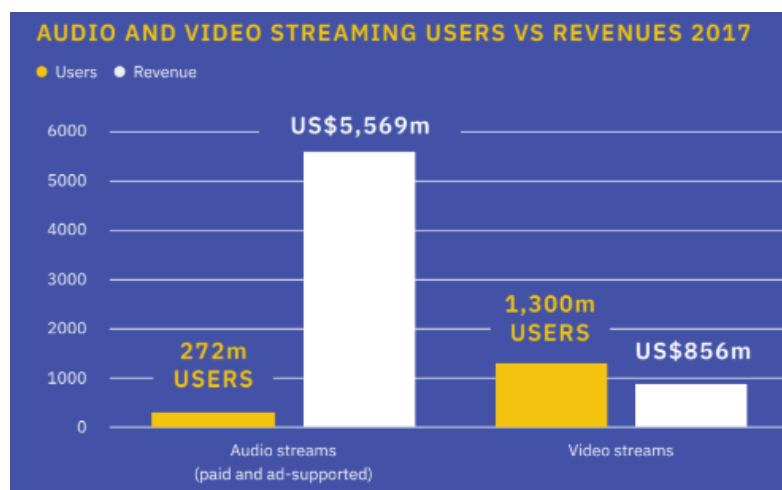
²⁶⁶ HODAK, Brittany. U.S. Dept. Of Justice Deals Crushing Blow To Songwriters. Forbes, 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/brittanyhodak/2016/07/01/u-s-dept-of-justice-deals-crushing-blow-to-songwriters/#48f309ac13fa>. Acesso em: 25/04/2018.

revisão dos *Consent Decrees* concentraria atenção sobre a conformidade, ou não, da prática de supressão parcial de direitos digitais do escopo de gerenciamento das PRO's. Fosse contemplado este requerimento, distribuidoras (*publishers*) teriam melhores condições para negociar *royalties* perante plataformas de distribuição digital.

2. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.

Parte da indústria, identifica as causas do fenômeno do *Value Gap* na utilização inadequada dos denominados *safe harbors*, inaugurados pelo artigo 14 da Directiva 2000/31/EC, do Parlamento Europeu,²⁶⁷ por plataformas digitais cujo conteúdo é fornecido pelo usuário, como o Youtube.²⁶⁸ Alega-se que estas plataformas estejam desobrigadas a adquirir licenças para reproduzir conteúdo, bem como não se sujeitarem a responsabilização por infrações de direito autoral cometidas por seus usuários, implica em grave desbalanceamento à receita do setor, uma vez que, como visto anteriormente, enquanto serviços de *streaming* de áudio reúnem em média 272 milhões de usuários e geram receita de 5,569 bilhões de dólares; plataformas de *streaming* de vídeo, salvaguardadas pelos denominados *safe harbors*, possuem 1.3 milhões de usuários e apresentam retorno de apenas 856 milhões de dólares (ver “Figura 5” abaixo, IFPI, 2018, P. 27).

- **Value Gap entre plataformas de streaming de áudio e vídeo (Figura 5).**



²⁶⁷ Comissão Europeia. *DIRETIVA 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 178/1, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>. Último acesso em 17/11/2018.

²⁶⁸ Há disposição normativa semelhante, inaugurada pelo DCMA, na seção 512, do Copyright Act of 1976 dos Estados Unidos da América.

O descompasso se justifica porque a única modalidade de remuneração ofertada pelo Youtube é unilateralmente definida pela própria plataforma e embasa-se em critérios de monetização de vídeos a partir de publicidade veiculada, que variam conforme o tipo de conteúdo do vídeo disponibilizado, o engajamento dos usuários, havendo, ainda, requerimentos de número mínimo de assinantes e de horas de vídeo acessadas a que um canal possa gerar rendimentos.²⁶⁹ Dessa forma, para que artistas auferam receita a partir da plataforma, ou eles mesmo devem postar seu conteúdo, recebendo remuneração nos termos acima alinhavados, ou representantes e titulares de direitos, como gravadoras, celebram contratos privados e sigilosos, a fim de também disponibilizarem seu próprio conteúdo, ou, finalmente, acaso outro usuário poste conteúdo que contenha obra intelectual de terceiros,²⁷⁰ o Youtube promove um rateio das verbas monetizadas a partir de publicidade entre usuário provedor de conteúdo e titular de direitos. Vimos também que o Youtube até mesmo esboçou intenção inicial em negociar com o ECAD pagamentos por licenças cobertor de execução pública, mas, diante da incerteza inicial em relação à extensão do conceito de execução pública, este acordo restou posteriormente desfeito.

De todo modo, diante de grande mobilização dos atores do setor em prol de reformas nos sistemas globais de direitos autorais, a questão foi expressamente endereçada pelo Parlamento Europeu, em 12 de setembro de 2018, mediante a aprovação de proposta de diretiva para tratar especificamente sobre direito autoral.²⁷¹ A expectativa é que, após anos de deliberações e da realização de 250 alterações no texto normativo, a diretiva finalmente entre em vigor a partir do ano de 2019.²⁷²

²⁶⁹ Atualmente, para que um vídeo possa ser monetizado, é necessário que o canal conte com no mínimo 1000 assinantes e que seus vídeos contem com mais de 4000 horas assistidas no último ano. Ver. Youtube Creator Blog. *Additional Changes to the YouTube Partner Program (YPP) to Better Protect Creators*. 2018. Disponível em: <https://youtube-creators.googleblog.com/2018/01/additional-changes-to-youtube-partner.html>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁷⁰ O Youtube possui mecanismos de reconhecimento de conteúdo denominado ContentID e pode, além disso, ser notificado de eventuais infrações por titulares de direito. Ver. Youtube. *Como funciona o Content ID*. 2018. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁷¹ Comissão Europeia. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital*. COM(2016) 593 final, 2016/0280. Bruxelas, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>. Último acesso em 17/11/2018.

²⁷² RFI. *Com novo projeto de lei, UE quer que gigantes da internet paguem por conteúdo que reproduzem*. 2018. Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20180913-com-novo-projeto-de-lei-ue-gigantes-da-internet-pagar-conteudo-reproduzem>. Último acesso em 17/11/2018.

2.1. Utilizações de conteúdos protegidos por plataformas de conteúdo gerado por terceiros – Artigo 13, da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.

As disposições que afetam plataformas de conteúdo gerado por terceiros,²⁷³ como YouTube, GitHub, Instagram e eBay, repousam no artigo 13 da Proposta de Diretiva, em que há estipulação de que deverão: i) assegurar o cumprimento de acordos cooperativamente celebrados com titulares de direito autoral ou prevenir a disponibilização, em suas plataformas, de conteúdo protegido, conforme identificado por titulares de direito ou por meio da utilização de tecnologias de filtragem e de identificação; e ii) fornecer aos titulares de direito informações atualizadas acerca da implementação de tecnologias preventivas, bem como reportar a frequência de utilização de suas obras intelectuais.

A Proposta de Diretiva também prevê que os Estados signatários estabeleçam, em seus ordenamentos internos, regras que: a) compilam a que provedores de serviço forneçam mecanismos de reclamação e recurso para os usuários em casos de litígio sobre a aplicação das medidas previstas; e b) fomentem e direcionem o diálogo institucional com vistas a definir melhores práticas, tais como tecnologias adequadas e proporcionadas de reconhecimento de conteúdos, tendo em conta, entre outros, a natureza dos serviços, a disponibilidade das tecnologias e a sua eficácia à luz da evolução tecnológica.

Representantes dos provedores de serviço disciplinados pela Proposta de Diretiva da Comissão Europeia, como a presidente executiva do Youtube, Susan Wojcicki, afirmam que se adequar à regulação é impossível, porque a implementação dos denominados “filtros de *upload*” demandaria custos financeiros exorbitantes, e, além disso, ensejaria graves riscos à liberdade de expressão, uma vez que os sistemas informatizados não farão distinção entre paródias, memes e violações de direito autoral.²⁷⁴

²⁷³ Para se referir ao que chamamos de plataformas de conteúdo gerado por terceiros, a Proposta de Diretiva adota a seguinte nomenclatura “prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores”.

²⁷⁴ WOLF, Giovanna. *Para o YouTube, lei de direitos autorais da Europa é inviável financeiramente*. Link Estadão, 2018. <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,para-o-youtube-lei-de-direitos-autorais-da-europa-e-inviavel-financeiramente,70002606602>. Último acesso em 17/11/2018.

2.2. Remuneração justa de autores e artistas intérpretes ou executantes – Artigos 14, 15 e 16, da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.

A Proposta de Diretiva Europeia traz também outros temas interessantes referentes à obrigação de adoção, pelos Estados signatários, de mecanismos de revisão contratual, auditoria e resolução de litígios que assegurem justa remuneração à autores e artistas intérpretes ou executantes. A Proposta pretende equilibrar a posição negocial de autores e intérpretes, frente a seus contratantes, a fim de garantir, aos primeiros, remuneração adequada pela exploração econômica de suas criações.

Para tanto, a Proposta são elencadas as seguintes previsões:

- i) obrigatoriedade de transparência, por titulares derivados, na forma de prestação periódica de contas acerca das receitas geradas pela exploração econômica de obras protegidas (Art. 14, I);
- ii) mecanismo de revisão contratual, que serve a melhorar o poder de barganha de autores e intérpretes em seus contratos de cessão ou licença (Art. 15); e
- iii) mecanismo de resolução de disputas, voluntário e alternativo, acerca das disposições anteriores – de forma a assegurar sua aplicabilidade (Art. 16).

A obrigatoriedade de transparência estabelece que detentores de direitos, especificamente autores e intérpretes, necessitam de acesso à informação correlata às atualizações de valor econômico de seus direitos. Autores e intérpretes tendem a ocupar posição contratual mais fraca quando acordam, de forma onerosa, a licença ou cessão de seus direitos. Além disso, as informações fornecidas a artistas e compositores, com relação à distribuição de royalties é normalmente opaca, motivo pelo qual há grande incerteza quanto às formas de distribuição de rendimentos que dependam de prévio ajuste contratual. Assim, o adequado compartilhamento de informações, por parte do contratante, acerca do valor econômico continuado dos direitos contratados, tem o condão de balancear a sua relação econômica.

No que diz respeito aos serviços de *streaming*, por exemplo, reporta-se que gravadoras conservem cerca de 73% dos valores pagos pelos provedores.²⁷⁵ Isso porque gravadoras costumam adquirir, além de adiantamentos em contrapartida ao licenciamento de

²⁷⁵ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeCE, 2015. P.14.

seus catálogos para as plataformas de streaming, participação societária minoritária no quadro de acionistas dos próprios provedores de serviços, como no caso do Spotify. Estes termos contratuais são totalmente inacessíveis a artistas e compositores em função da costumeira previsão de cláusulas de confidencialidade (*non disclosure agreements*) e não há indícios de que são devidamente repassados a estes titulares de direito autoral.

É nesse sentido em que se faz necessária a implementação de medidas legais que assegurem transparência, mesmo diante de contratos privados. Ressalva-se que a obrigatoriedade de transparência pode ser mitigada pelo Estado signatário, apesar de exigível, em duas hipóteses: quando os custos da prestação de contas forem desproporcionais em relação às receitas geradas em face da exploração econômica da obra (Art. 14, II) ou quando autor ou intérprete requerente tiverem pouca participação no bojo da titularidade de obra coletiva (Art. 14, II).

Quanto ao estabelecimento de mecanismo contratual para revisão periódica de rendimentos auferidos com exploração econômica de obra protegida (*contract adjustment mechanism*), a Diretiva dispõe que a exploração econômica de obras protegidas é normalmente estipulada por longos períodos. Considerados os termos tradicionais do brocardo *pacta sunt servanda*, resultaria pouca possibilidade de renegociação por autores, intérpretes e seus sucessores legais. Assim, sem prejuízo das leis aplicáveis internamente pelos estados-nação, a a Proposta de Diretiva dispõe que deve haver previsão normativa de mecanismo de ajuste de remuneração nos casos em que os valores originalmente contratados sejam desproporcionais em face dos posteriormente auferidos pelo contratante. Deve ser assegurado ao autor ou intérprete reivindicar revisão perante da remuneração acordada face aos poderes judiciário ou administrativo.

Para citar exemplos do tipo de contrato que este dispositivo endereça, assumase que o papel negocial típico de uma gravadora é financiar fundos para custear gravação, publicidade e circulação de artistas, que, em troca de quantia fixa adiantada, licenciam direitos patrimoniais exclusivos sobre suas performances e composições musicais, que poderão ser explorados economicamente pelas gravadoras. Sabe-se, contudo, que a percepção de rendimentos de direito autoral por artistas fique comumente condicionada à prévia recomposição (*recoupment*) dos custos de investimento adiantado pela gravadora.²⁷⁶ Outra

²⁷⁶ PASSMAN, Donald S. All You Need to Know About the Music Business. RosettaBooks LLC, New York, 2010. P. 79.

modalidade de contratos, cada vez mais comum após a derrocada dos modelos tradicionais de mídia física, são denominados “acordos em 360 graus”, por meio dos quais gravadoras condicionam a concessão de investimento inicial a que artistas dividam percentuais de toda sorte de receitas que auferirem, como *merchandising*, participações em filmes ou eventos, shows, turnês, fã clubes, mesmo que pouco tenham a ver com a efetiva exploração econômica de suas gravações.²⁷⁷

A sistemática sugerida na Proposta de Diretiva acima descrita, tem inspiração na legislação alemã e inaugura mecanismo *ex post* de revisão contratual, considerado relevante implementação em face da regra geral de *imprévision* no código civil alemão (§ 32a(1) UrhG).²⁷⁸ A regra geral submetia possibilidade de revisar contratos jurídicos à satisfação do requisito da imprevisibilidade dos fatos supervenientes. Ou seja, apenas circunstâncias supervenientes imprevisíveis tinham o condão de embasar requerimento de reajuste contratual. Na prática, a aplicação restrita deste requisito inviabilizou a revisão *a posteriori* de contratos direitos autorais, já que aumentos súbitos da receita gerada com a exploração econômica da obra dificilmente seriam considerados imprevisíveis nos termos da lei, seriam antes o próprio objetivo da relação contratual.

Como contrapartida, o mecanismo de ajuste contratual estipula requisito alternativo à regra geral de *imprévision*, também apto a ensejar requerimento de reajuste contratual: a demonstração de flagrante desproporcionalidade (*gross disproportionality*) entre os honorários contratados e a receita posteriormente auferida com a exploração econômica da obra. Nos termos da lei, consideravam-se desproporcionais os honorários contratados (como contrapartida de cessão ou licença) se inferiores a um terço do valor da receita que seria auferida em royalties com a exploração econômica da obra. Reporta-se que ao menos 5 países europeus – Alemanha, Bélgica, França, Espanha, Holanda – tenham previsões de cláusulas de revisão de contratos. Na maioria deles, entretanto, a possibilidade de revisão contratual se restringe às hipóteses de contratos em que há pagamento de montante fixo (*lump sum*) que se verifique desproporcional.²⁷⁹

²⁷⁷ JACOBSON, Erin. *360 deals and the California Talent Agencies Act – Are Recording Labels Procuring Employment?* Entertainment and Sports Lawyer. Vol. 29, number 3. P. 10. Disponível em: <http://www.themusicindustrylawyer.com/articles/ErinMJacobsonEsq-360DealsArticle2011.pdf>. Último acesso em: 17/11/2018.

²⁷⁸ GIBLIN, R. WEATHERALL, Kimberlee (Org). *What if we could reimagine copyright?* ANU Press, 2017. P. 60.

²⁷⁹ SHEFFER, Warren. HEBB, Marian. *Towards a Fair Deal - Contracts and Canadian Creators' Rights*. Hebb & Sheffer, 2006. Disponível em: <http://www.creatorscopyright.ca/documents/contracts-study.pdf>.

Finalmente, considerando, ainda, que autores e intérpretes, por deter menor poder de barganha, devam, razoavelmente, temer ingressar com procedimentos judiciais ou administrativos em face dos contratantes de seus direitos de autor, a Proposta de Diretiva da Comissão Europeia sugere o que os estados membros estipulem mecanismos alternativos de resolução de litígio, especificamente voltados à tutela da obrigatoriedade de transparência (Art. 14, I) e aos mecanismos de revisão contratual (Art. 15).

Conclusões

Neste trabalho, propusemos-nos a apresentar um marco teórico seguro acerca do recente percurso embalado pela indústria de música gravada nos últimos vinte anos, em que modelos tradicionais de distribuição de mídia física se têm progressiva e efetivamente suplantado a partir da popularização, pelo *software* Napster, de tecnologias de compartilhamento ponto a ponto (*peer to peer – p2p*), que estabilizaram, à perspectiva do consumidor, expectativa de consumo gratuito de mídias digitais. Registramos também a postura reativa assumida por um Setor Privado cioso dos modelos de mercado em que personificava, que passou a fomentar práticas sociais contra o compartilhamento de arquivos, acusando-o de pirataria e coibindo-o por meio do ajuizamento em massa de ações judiciais contra provedores de serviços e indivíduos consumidores.

Vimos como se operou o afunilamento e a harmonização da inovação tecnológica em direção à clandestinidade das tecnologias de compartilhamento ponto a ponto e à consolidação de plataformas e modelos de negócio alternativos, como o iTunes Store, como corolários da relação regulatória dinâmica tripartite entre: i) o Setor Privado, que pretendia garantir a manutenção de seus direitos de exploração econômica fundamentados em direito autoral (*copyright*); ii) o Estado, cujo aparato normativo, em sentido material, é incapaz de acompanhar a velocidade do desenvolvimento tecnológico, de que resultou necessidade de intervenção judicial para endereçar o fenômeno do *file sharing*; e iii) a Sociedade Civil, que assumiu a denominada *ethos hacker*,²⁸⁰ pautada em princípios como descentralização, interatividade, anonimato e resiliência, a fim de garantir um ambiente digital livre da imposição de prerrogativas unilateralmente detidas por particulares.

A consolidação consequente das plataformas e modelos de negócio do *streaming* satisfaz simultaneamente às demandas de consumidores e titulares de direito por, respectivamente, possibilitarem acesso prático e viável a conteúdo musical potencialmente ilimitado e por representarem modalidade remunerada de distribuição digital, a que a indústria de música gravada foi paulatina e genericamente integrada. Desde 2015, a receita gerada por diferentes categorias de plataformas de *streaming* ultrapassa os rendimentos provenientes do

²⁸⁰ MALCOLM, J. Chapter 1: Introduction. In: Multi-Stakeholder Governance and Internet. 1. ed. Perth, AU: Terminus Press, 2008.

mercado físico e as modalidades de *streaming* interativo pautado por subscrição despontam como o principal modelo de negócios do setor.

Em que pese a celebração, por parte da indústria de música gravada, do expressivo desenvolvimento econômico verificado nos últimos anos, retornos compatíveis com os registros de receita não têm alcançado titulares de direito autoral localizados à ponta de complexas cadeias de distribuição de rendimentos, como compositores, artistas intérpretes e produtores, que têm denunciado a incapacidade das plataformas de *streaming* em oferecer remuneração justa à distribuição e disponibilização digitais de obras musicais. A este fenômeno de distorções regulatórias que expressa a verificação de um registro de consumo recorde no mercado da música e a ausência de remuneração justa a compositores, artistas e produtores, denominados *Value Gap*.

O *Value Gap* nos serviu de parâmetro, durante a pesquisa, para compreender, em perspectiva comparada, os sistemas estadunidense e brasileiro de licenciamento de direitos e de arrecadação e distribuição de rendimentos auferidos a partir de *streaming*. Atualmente, grande variedade de associações e coalizões do setor têm debatido o problema, de cuja resolução depende a possibilidade de crescimento sustentável no setor. Há duas acepções usualmente utilizadas, uma concepção *lato sensu*, adotada neste trabalho, que compreende genericamente a incompatibilidade entre o expressivo volume de música consumido e o registro de baixa remuneração por parte dos detentores de direitos à ponta da cadeia de distribuição de rendimentos; e outra *stricto sensu*, abordada no Capítulo 4, que endereça, especificamente, a ausência de responsabilização ou sujeição de plataformas de conteúdo gerados por usuários, como o Youtube, aos regimes típicos de licenciamento aplicáveis aos demais provedores de aplicações de *streaming*.

A questão do *Value Gap* adquire complexidade se considerarmos que as insurgências de titulares de direito muitas vezes amparam-se numa comparação, insustentável, entre diferentes modelos de monetização, o *streaming* e o *download*.²⁸¹ Afinal, o principal embasamento da irresignação reiterada de titulares de direito é a irrisoriedade do valor pago por provedores de serviços de *streaming* em contrapartida à execução individualizada de uma obra musical (*per-stream royalty*) – já se registraram pagamento de apenas 0,001128 centavos de dólar por transmissão. Ocorre que o parâmetro utilizado para verificar esta desproporção não pode se ancorar em modelos de negócio de natureza distinta, especificamente a obtenção de

²⁸¹ Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeCE, 2015. P.8.

músicas individualizadas por meio de plataformas de distribuição de digital, em que cada *download* custa em média 0,99 centavos de dólar. São modelos incomparáveis, até porque, a depender do número de utilizações, a transmissão de determinada música via *streaming* pode ser mais rentável do que o pagamento de valor fixo para aquisição de propriedade digital.

A primeira conclusão, portanto, é que o *streaming* deve ser encarado à luz da inovação tecnológica que consubstancia, ou seja, como um modelo de negócios complexo e sem precedentes. Esta questão é relevante porque aparatos normativos e manifestações judiciais, inclusive o REsp nº 1.559.264/RJ, têm endereçado disciplina estanque à matéria, tentando enquadrá-la, a fórceps, em decanos conceitos jurídicos, como a modalidade de utilização “comunicação pública”, prevista pelo artigo 68 da LDA (Lei nº 9.610/98), conquanto se esteja diante de transmissões que operam, simultaneamente, a disponibilização de fluxos de dados digitais a distintos receptores e o armazenamento, ainda que temporário, em memória *cache* (cópia efêmera no disco rígido) ou em *buffer* (memória volátil do computador, ou *Random Access Memories* - RAM) de reproduções das obras musicais transmitidas. Tanto assim que o ordenamento estadunidense condiciona a realização de transmissões de obras musicais via *streaming* à obtenção, por provedores de serviços, tanto de licenças relativas à performance pública (*public performances licenses*), quanto de licenças de distribuição e de reprodução (*mechanical licenses*).

Quanto aos Estados Unidos da América, verificamos que os sistemas de licenciamento de direitos, de arrecadação e distribuição de rendimentos pertinentes ao *streaming* consolidaram-se historicamente de forma complexa e balcanizada, eis que intermediários se organizaram em derredor de praxes de mercado e restrições legais ou regulatórias específicas para cada modalidade de utilização. Outro aspecto de incomensurável relevância ao sistema estadunidense refere-se à grave distinção regulatória entre composições musicais e fonogramas, que, como vimos no Capítulo 4, pretendeu-se remediar em 2018 por meio da promulgação do Music Modernization Act.

O desafio que se tem enfrentado, diante da disseminação das tecnologias de *streaming*, é que regimes ultrapassados de licenciamento permanecem vigentes, enquanto as formas de utilização se modificaram rápida e substancialmente. Nas palavras do órgão do U.S. Copyright Office, os novos serviços de *streaming* ofuscaram as linhas usuais de exploração econômica (*blurred the traditional lines of exploitation*). Com efeito, são três os sistemas

autônomos e simultâneos de licenciamento, arrecadação e distribuição no que se refere a serviços de *streaming*:

- i) sistema de licenciamento, arrecadação e distribuição de direitos sobre reprodução e distribuição de composições musicais (*mechanical licenses on musical works*), fundamentado nas seções 114 e 115 do Copyright Act, cujos preços de *royalties* encontram-se tradicionalmente delimitados pela fixação de taxas pelo Copyright Royalty Board em meio a procedimentos de licenciamento compulsório;
- ii) sistema de licenciamento, arrecadação e distribuição de direitos de performance pública sobre composições musicais (*performance rights on musical works*), fundamentado na seção 115 do Copyright Act, marcado pela atuação de organizações de gestão coletiva de direitos denominadas Performance Rights Organizations, dentre as quais, ASCAP e BMI (detentoras de 90% do mercado) são detidamente reguladas por acordos antitruste, firmados judicialmente sob a competência de Juízo específico (Southern District of New York) e administrados pelo Departamento de Justiça estadunidense (Department of Justice – DOJ); e
- iii) sistema de licenciamento, arrecadação e distribuição de direitos de performance pública sobre fonogramas (*performance rights on sound recordings*), fundamentado nas seções 106, 114 e 115 do Copyright Act e subdividindo-se, majoritariamente, entre: a) um sistema de licenciamento compulsório administrado pelo Copyright Royalty Board, com rendimentos recolhidos pela organização SoundExchange, acaso se trate de provedores de *streaming* não interativo; e b) um sistema de licenciamento direto e privado, contratado por titulares de direito (gravadoras) e provedores de serviço acaso se trate de plataformas de *streaming* interativo.

Diante da complexidade sistêmica, o U.S. Copyright Office manifestou-se no sentido de que se faz necessário compatibilizar a atuação regulatória do Estado com os preços praticados pelo mercado, por meio da uniformização de critérios de fixação de *royalties* pelo Copyright Royalty Board e do fornecimento de tratamento paritário entre *royalties*

estabelecidos para licenciamento de fonogramas e composições musicais. Estas demandas foram atendidas à promulgação do Music Modernization Act, em novembro de 2018, que também estabeleceu previsões de licenças cobertor (*blanket licenses*) para direitos mecânicos; inaugurou direitos de performance pública para engenheiros de som e produtores; além de disciplinar, em nível federal, fonogramas fixados antes de 15 de fevereiro 1976.

Outro esforço de modernização regulatório foi a iniciativa de revisão, pelo Departamento de Justiça estadunidense, das disposições constantes aos *Consent Decrees*, a fim de permitir a que filiados às PRO's reguladas, ASCAP e BMI, administrassem pessoalmente não somente direitos de performance pública relativos às mídias digitais, sem abrir mão do gerenciamento coletivo quanto às mídias tradicionais. Como vimos, esta pretensão restou frustrada, mas será relevante neste trabalho por inspirar proposta que apresentaremos logo a seguir.

O sistema brasileiro, de outro lado, organizou-se de maneira historicamente centralizada logo após a profusão de sociedades arrecadadoras, mais tarde associações de gestão de direitos, que administravam critérios concorrentes de arrecadação e distribuição de rendimentos. Desde o surgimento do ECAD, com a promulgação da Lei Federal nº 5.988/73 e mormente após o desligamento do ente estatal fiscalizador, o CNDA, o ECAD tem concentrado diversas competências para disciplinar normativamente matérias sensíveis à gestão coletiva de direitos, como, por exemplo, o sistema de representação, com que se determinava quais as associações que integrariam ao ECAD e qual o seu poder decisório; o sistema de arrecadação, que disciplinava categorias de usuários em torno das quais se definiria a cobrança de rendimentos; e o sistema de distribuição, que determinava as porcentagens a serem distribuídas entre as associações componentes do ECAD.²⁸²

A atuação do ECAD foi objeto de reiteradas denúncias, apuradas em CPI's no Senado Federal e também pelo CADE, em que se discutia, essencialmente, a ausência de transparência na prestação de contas e na fixação de critérios de cobrança, bem como no decote de montantes abusivos sobre rendimentos distribuídos, a título de custos operacionais. Estes foram aspectos que inspiraram a promulgação posterior da Lei nº 12.853/2013, que pretendeu direcionar a atuação do ECAD por meio de dotação, à Diretoria de Direitos Intelectuais - DDI,

²⁸² Atualmente compõe o ECAD as seguintes associações: (ABRAMUS, AMAR, ASSIM, SADEMBRA, SICAM, SOCINPRO e UBC)

órgão da Administração Pública Federal vinculado ao Ministério da Cultura – MinC, do dever de fiscalização dos entes de gestão coletiva.

A atuação abrangente do ECAD voltou a ser objeto de polêmica diante de recente precedente pronunciado pelo STJ, o Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, com que se fixou a competência do ECAD para arrecadar e distribuir rendimentos auferidos a partir do *streaming*, considerado, à oportunidade, como equivalente à execução pública de composições musicais. Durante o julgamento, o Ministro Bellizze acuradamente apontou que a internet não é local homogêneo e que os conceitos de “execução pública” e de “colocar a disposição” (*making available*) guardam sintonia com a normatização da radiodifusão e de serviços de *simulcasting*, caracterizados pela transmissão de comunicações presenciais, simultâneas e coletivas de obras intelectuais; porém marcantes incompatibilidades com serviços de *streaming* interativo e de *streaming* não interativo, que melhor se enquadrariam como atos de distribuição ou reprodução.

A compreensão do STJ, como vimos, pretende endereçar o *streaming* de forma estanque, tratando-o essencialmente como execução pública, ou insitamente como distribuição e reprodução, quando, em verdade, trata-se de tecnologia complexa que abarque, a um só tempo, simultâneas modalidades de utilização de obras intelectuais. O aspecto primordial é que, com a decisão proferida pelo STJ, a competência do ECAD para arrecadar e distribuir rendimentos foi alavancada também para as plataformas de *streaming*.

A segunda conclusão deste trabalho, portanto, em perspectiva comparada, é que o sistema estadunidense classifica-se como intensamente balcanizado e fortemente regulado, havendo forte presença de diversos atores estatais, como o U.S. Copyright Office, o Departamento de Justiça e o Copyright Royalty Board, que administram diferentes sistemas de licenciamento compulsório de composições musicais e fonogramas, a depender do tipo de utilização verificado. De outro lado, o sistema brasileiro é unificado e encontra-se amplamente assentado sobre a atuação de associações privadas representativas, organizadas em torno do ECAD, que, não obstante possuírem deveres de transparência e auditoria em face à DDI, guardam intensa autonomia para definir unilateralmente critérios de arrecadação e distribuição de rendimentos.

Nesse sentido, identificamos contradição aparente no sistema de representação brasileiro, uma vez que, ainda que não existam mecanismos de licenciamento compulsório de composições musicais em nosso ordenamento jurídico, a previsão legal, contida no artigo 99,

da LDA, que atribui monopólio de arrecadação e distribuição de rendimentos ao ECAD, como ente centralizado, finda por tolher a liberdade de associação de titulares de direito autoral. Afinal, a cobrança de rendimentos operacionalizada pelo ECAD é automática, independentemente de haver filiação, ou não, por parte do titular de direito originário cuja obra foi utilizada. Se estes titulares não forem filiados a nenhuma associação, suas obras não serão catalogadas e os rendimentos decorrentes ficam temporariamente armazenados sob a rubrica “pendentes de identificação”, até que, após 5 anos, são incorporados ao ECAD como receita administrativa.

Ora, repisa-se que a possibilidade de exercício pessoal, por titulares de direito autoral, das tarefas de arrecadação e distribuição fica sensivelmente mitigada em face da atuação, automática, do ECAD para efetuar estas atribuições no que diz respeito à execuções públicas de obras musicais. Acaso um titular opte por não se afiliar a associações e por contratar diretamente distribuidoras e agregadores digitais a fim de disponibilizar suas músicas em plataformas de *streaming*, por exemplo, ainda assim será o ECAD quem recolherá rendimentos e, se a obra não constar em seus registros, esta receita cairá na vala comum de obras “pendentes de identificação”. A questão é ainda mais delicada se consideradas as críticas tecidas à interpretação abrangente, conferida pelo STJ, ao direito de execução pública, que fundamenta a tecnicamente frágil competência do ECAD para gerenciar rendimentos provenientes de mídias digitais.

É precisamente neste sentido que, diante da análise dos esforços hodiernos de atualização à dinâmica relação entre digitalização e direito autoral, reputamos válido vislumbrar que eventual e iminente reforma brasileira do sistema de direito autoral adote sistemática semelhante àquela analisada pelo Departamento de Justiça estadunidense quando revisava a aplicação dos *Consent Decrees*, denominada Digital Rights Withdrawal (DRW). A adoção desta prática no ordenamento jurídico brasileiro significaria um incentivo legal à negociação direta entre titulares de direito e distribuidores de direitos relativos às mídias digitais, como os chamados agregadores digitais,²⁸³ cuja função primordial é distribuir conteúdo de artistas e selos independentes no universo digital, sem abrir mão dos aspectos práticos e eficientes da gestão coletiva de direitos autorais por parte do ECAD em relação às modalidades tradicionais de utilização de obras intelectuais.

²⁸³ FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016. P. 353.

Em outras palavras, eventual previsão normativa nesse sentido possibilitaria, ao titular, o direito de afastar a atuação do gerenciamento coletivo do ECAD tão somente com relação às mídias digitais, enquanto o ente central arrecadador ainda permaneceria responsável para administrar outros tipos de mídias tradicionais. A relação contratual próxima entre titulares de direito e agregadores digitais, além de tecnologicamente viável, diante do incorporação incipiente de novas ferramentas tecnológicas ao mercado, como o *blockchain*, fornece mecanismos de auditoria muito mais eficientes e eliminam, em benefício de compositores, artistas e produtores, o decote de custos administrativos acentuados, em meio a intrincadas cadeias de distribuição que envolvem o ECAD e as associações de titulares de direito.

Também nesse sentido que trouxemos as recentes estipulações pela Comissão Europeia diante da aprovação da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno. A previsão, pela legislação brasileira, de mecanismos de transparência, auditoria e revisão incidentes sobre contratos privados, que assegurem aos titulares de direito autoral a percepção de justa remuneração, além de guardar harmonia com os debates contemporâneos sobre direito autoral, resguardaria titulares de direito em face de cláusulas abusivas de contratos celebrados com gravadoras, que desempenham verdadeiro papel *gatekeepers* no sentido proposto por Murray,²⁸⁴ e incentivaria a negociação direta de direitos de distribuição junto às plataformas de *streaming* ou mediante intermediários mais próximos do autor, o que denotaria a atribuição de valor normativo individualizado à obra e ao criador, elãs vitais da cultura e da arte.

²⁸⁴ MURRAY, Andrew D. The regulation of cyberspace: control in the online environment. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

Lista de Acrônimos

ABDA - Associação Brasileira de Direitos Autorais
ABPD - Associação Brasileira dos Produtores de Discos
ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
ABRAMUS - Associação Brasileira de Música e Artes
ABRANET - Associação Brasileira de Internet
ACAERT - Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão
AESP - Academia Estadual de Segurança Pública
AMAR - Associação de Músicos Arranjadores e Regentes
AMIRT - Associação Mineira de Rádio e Televisão
ASCAP - American Society of Composers, Authors and Publishers
ASSIM - Associação de Intérpretes e Músicos
BMG - Bertelsmann Music Group
BMI - Broadcast Music, Inc
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCS – Comunicação Social do Senado Federal
CDN - Content Delivery Network
CETUC - Centro de Estudos em Telecomunicações
CIAM - The International Council Of Music Creators
CISAC - International Confederation of Societies of Authors and Composers
CNDA - Conselho Nacional de Direito Autoral
CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito
CRB - Copyright Royalty Board
DDI - Diretoria de Direitos Intelectuais
DMCA - Digital Millennium Copyright Act
DOJ - Department of Justice
DPD - Digital Phonorecord Deliveries
DPRA - Digital Performance Right in Sound Recordings Act
DRM - Digital Rights Management
DRW - Digital Rights Withdrawal
ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
EMI - Electric and Musical Industries
ESA – OAB - Escola Superior de Advocacia OAB
HFA - Harry Fox Agency
ICT - Information and Communication Technology
IFPI - International Federation of the Phonographic Industry
LDA - Lei de Direito Autoral
MinC – Ministério da Cultura
MLC - Mechanical Licensing Collective
MMA - Music Modernization Act
MPEG - Moving Picture Expert Group
NOI - Notice of Intent
OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual
PLS - Projeto de Lei do Senado
PRO - Performance Right Organizations
RAM - Random Access Memories
RIAA - Recording Industry Association of America
SADEMBRA - Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil

SBAT - Sociedade Brasileira de Autores Teatrais
SERTPR - Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Paraná
SESAC - Society of European Stage Authors and Composers
SICAM - Sociedade Independente de Compositores e Autores de Música
SOCINPRO - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais
TAC - Termos de Ajustamento de Conduta
TPM - Trusted Platform Module
UBC - União Brasileira de Compositores
WCT – WIPO - World Intellectual Property Organization Copyright Treaty
WPPT - WIPO Performances and Phonograms Treaty

Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. Editora do Brasil. São Paulo, 2002.
- ANTE, Spencer E. *Inside Napster: How the Music Sharing Phenom Began, Where it Went Wrong, and What Happens Next*. BLOOMBERG BUSINESSWEEK, 2000.
- ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório (Fundamentos de Direito Regulatório)*. – Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público*. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, ano 58, vol. III, dez. 1998
- ASSAD, Sean M. *Harmonic Progressions to a Full Public Performance Right in Sound Recordings: Examining Recent Legislative Attempts That Could Rectify United States Non-Compliance with Trips and a Possible Modulation of the Issue to Reach a Finale*. 18 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 109, 2017.
- Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. *Spotify agora quer negociar royalties diretamente com artistas independentes*. Clipping da imprensa, Canaltech, 2018.
- BARROS, Carolina Geissler Miranda de. OLIVEIRA, Matheus Andrade. *Gestão coletiva de direitos autorais nas plataformas de “streaming”*. Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. v.2|n. 2|. Curitiba, 2016
- BEAUMONT-THOMAS, Ben. *Spotify to pay out \$112m in royalties to songwriters after settlement*. The Guardian, 2018.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. *Download e Streaming de Obras Intelectuais à Luz da Jurisprudência Norte-Americana*. Revista de Direito das Comunicações, vol. 4, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Forense Universitária. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 2001.
- BRASIL. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, 24 de julho de 1971*. Brasília, 1975.
- BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Brasília, 1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.559.264*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento 15/2/2017. Segunda Seção. Data de publicação: DJe 15/2/2017.
- BRAXTON, Jasmine A. *Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing*. 36 Hastings Comm. & Ent. L.J. 193, [ix], 2013.
- CARRIER, Michael A. *Copyright and Innovation: The Untold Story*. Wisconsin Law Review 891. Wisconsin, 2012.
- CARRIER, Michael. *No, RIAA, It's Not The End Of The World For Musicians*. University of Missouri-Kansas City Law Review, Vol. 83:2, 2014.
- CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão de direitos autorais na música*. Universidade de Brasília, 2016.

Chair of the Standing Committee on Copyright and Related Rights. Working Paper on Alternative and Non-Mandatory Solutions on the protection in relation to Webcasting. 12th SCCR, 2004.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Editora FTD. São Paulo, 1998.

Comissão Europeia. *DIRETIVA 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 178/1, 2000.

CHRISTMAN, ED. *Sony/ATV's Martin Bandier Repeats Warning to ASCAP, BMI*. Billboard, Nova Iorque, 2014.

DANGNGUYENA, Godefroy *et al.* *Are streaming and other music consumption modes substitutes or complements?* 2012.

DAVID, Matthew. *Peer to Peer and the Music Industry. The Criminalization of Sharing*. Los Angeles: Sage, 2010.

DAVIS, Glenton. *When Copyright Is Not Enough: Deconstructing Why, as the Modern Music Industry Takes, Musicians Continue to Make*, 16 Chi.-Kent J. Intell. Prop.

Dredge, Stuart. *Spotify opens up analytics in effort to prove its worth to doubting musicians*. The Guardian, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2013/dec/03/spotify-analytics-musicians-streaming-music-artists-earn>. Acesso em 30/11/2017.

Dredge, Stuart. *How Much Do Musicians Really Make from Spotify, Itunes and Youtube?* The Guardian, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/apr/03/how-much-musicians-make-spotify-itunes-youtube>. Acesso em 30/11/2017.

EINHORN, Micheal A. *The ASCAP and BMI Consent Decrees: Is Partial Withdrawal Wise?* Journal, Copyright Society of the U.S.A.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. *Regulamento de distribuição*, 2018.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. *Regulamento de Arrecadação Consolidado*, ECAD, 2018.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Regulamento de Arrecadação Consolidado*. Ata da 355ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, 2011.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Ata da 350ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*, 2008.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Ata da 402ª Reunião da Assembleia Geral Extraordinária do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*, 2012.

Estados Unidos da América. *A&M Records, Inc. et al. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

Estados Unidos da América. *Arista Records LLC v. Launch Media, Inc.* 578 F. 3d 148, 152 (2d Cir. 2009).

Estados Unidos da América. *Clayton v. Stone*, 5 F. Cas. 999, 1000 (C.C.S.D.N.Y. 1829) (No. 2872), 1829.

Estados Unidos da América. *Copyright Act of 1976*.

Estados Unidos da América. *Music Licensing Study: Notice and Request for Public Comment*. Federal Register Vol. 78, No. 51, 2014.

Estados Unidos da América. *Orrin G. Hatch-Bob Goodlatte Music Modernization Act*. H.R.1551 — 115th Congress (2017-2018).

Estados Unidos da América. Section 115 Reform Act of 2006, H.R. 5553, 109th Cong. 2006.

Estados Unidos da América. Sound Recording Act of 1971. Pub. L. No. 92-140, 85 Stat. 391, 1971.

Estados Unidos da América. *The Sherman Antitrust Act*, 1890.

ERICSSON, Seth. *The Recorded Music Industry and the Emergence of Online Music Distribution: Innovation in the Absence of Copyright (Reform)*. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11, 2009.

FRANCISCO, Pedro Augusto P. VALENTE, Mariana Giorgetti (org.s). *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. FGV Direito. Rio de Janeiro, 2016.

GAGLIANO, STEVEN J. *Consent Decree in the Streaming Era: Digital Withdrawal, Fractional Licensing, and Sec. 114(I)*, 10 *J. Bus. Entrepreneurship & L.* 317. 2017.

GIBLIN, R. WEATHERALL, Kimberlee (Org). *What if we could reimagine copyright?* ANU Press, 2017.

GUIMARÃES, Thiago M. *Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro*. Brasília: UnB, 2016.

Harry Fox Agency. *What does HFA do?* Disponível em: https://www.harryfox.com/publishers/what_does_hfa_do.html. Acesso em 30/11/2017.

HANDKE, Christian Worlfgang. *The Creative Destruction of Copyright: Innovation in the Record Industry and Digital Copying*. Erasmus University Rotterdam. Rotterdam, 2010.

HILLER, Scott R. WALTER, Jason. *The rise of streaming and implications for music production*. Department of Economics, Fairfield University. Fairfield: 2016.

HODAK, Brittany. *U.S. Dept. Of Justice Deals Crushing Blow To Songwriters*. Forbes, 2016.

HOGAN, Molly. *Upstream Effects of the Streaming Revolution: A Look into the Law and Economics of a Spotify-Dominated Music Industry*. Telecomm. & High Tech L. 131, 152. Colorado, 2015.

HSIEH, Karen. *Unlock the Music: Replacing Compulsory Music Licenses with Free Market Negotiation*. Cardozo J. Conflict Resol. 595, 632, 2016.

International Confederation of Societies of Authors and Composers - CISAC. *Global Collections Report 2018*.

International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2016*. London, 2016.

International Federation of the Phonographic Industry. *Global Music Report – state of the industry overview 2018*. London, 2018

ISSA, Darrell. GRIMM, Tyler. *A Blanket for a Tired Statute: Congress Must Repair the Mechanical License in Section 115 of the Copyright Act*. 55 Harv. J. on Legis, 23, 2018.

JACOBSON, Erin. *360 deals and the California Talent Agencies Act – Are Recording Labels Procuring Employment?* Entertainment and Sports Lawyer. Vol. 29, number 3.

JABOBSON, Erin M. *The DOJ's Discordant Decision: an overview of the ruling and its repercussions*. The Music Industry Lawyer, 2016.

- LENARD, Thomas M. e WHITE, Lawrence J. *Moving Music Licensing Into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*. New York: Technology Policy Institute, 2015.
- LIPSZYC, DELIA. *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO et al, Paris, edição de 1993. P. 276 *apud* PORRAS, Delgado Antonio. *Paronrámica de la protección civil y penal em matéria de propiedad intelectual*. Madrid, Ed. Civitas, 1998.
- LUNNEY JR, Glynn S. *Empirical Copyright: A Case Study of File Sharing and Music Output*. Tulane Public Law Research Paper No. 14-2.
- MALCOLM, J. *Multi-Stakeholder Governance and Internet*. 1. ed. Perth, AU: Terminus Press, 2008.
- MINATTI, Luis Gustavo. *Contratos de licença e sua natureza jurídica*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2011/2012.
- MURRAY, Andrew D. *The regulation of cyberspace: control in the online environment*. New York: Routledge-Cavendish, 2007.
- NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. *O "direito de colocação à disposição do público" e a exploração dos direitos autorais na Internet: antecedentes normativos e primeira jurisprudência*. *Revista de Direito das Comunicações*, Vol. 8, 2014.
- NEWMAN, Christopher M. *A License Is Not a "Contract Not To Sue": Disentangling Property and Contract in the Law of Copyright Licenses*. *Iowa Law Review*. Vol. 98, Nº 2; George Mason Law & Economics Research, 2013.
- News Reporter. *Bob Dylan songs removed from Spotify and We7*. NME, 2009. Disponível em: <http://www.nme.com/news/music/bob-dylan-136-1319240#YcIytPs1WyBrDQ0i.99>. Acesso em 30/11/2017.
- PASSMAN, Donald S. *All You Need to Know About the Music Business*. RosettaBooks LLC, New York, 2010.
- POURTZER, Heidi. *Music Streaming Services: The Inequitable Solution to Piracy*. 5 Ariz St. U. Sports & Ent. L.J: 2016.
- Pro-Música Brasil. Produtores Fonográficos Associados. *Mercado Fonográfico Mundial e Brasileiro em 2016*. Rio de Janeiro, 2017.
- Recording Industry Association of America. *Scope of the Problem, PIRACY*, 2014.
- RESNIKOFF, Paul. *84 European Music & Media Organizations Declare Their Support for Article 13*. *Digital Music News*.
- RFI. *Com novo projeto de lei, UE quer que gigantes da internet paguem por conteúdo que reproduzem*. 2018.
- RICHARDSON, James H. *The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Platforms Can Save the Music Industry*. Los Angeles: UCLA, 2014.
- Rethink Music. *Fair Music: Transparency and Payment Flows in the Music Industry*. BerkleeICE, 2015.
- Rome Convention or International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. 496 U.N.T.S. 43, 1961.
- SAKTHIVEL, M. *Webcasters' protection under copyright - A comparative study*. *Computer Law and Security Review*, v. 27, n. 5, 2011.

SHEFFER, Warren. HEBB, Marian. *Towards a Fair Deal - Contracts and Canadian Creators' Rights*. Hebb & Sheffer, 2006.

SoundExchange. About digital royalties. Disponível em: <https://www.soundexchange.com/artist-copyright-owner/digital-royalties/>. Acesso em: 30/11/2017.

TEAGUE, Jordan E. *Saving the Spotify Revolution: Recalibrating the Power Imbalance in Digital Copyright*. 4 Case W. Res. J. L. Tech & Internet 207, 236. 2012.

The United States Department of Justice. *ASCAP and BMI Consent Decree Review Public Comments*, 2014.

THOMES, Tim Paul. *An Economic Analysis of Online Streaming: How the Music Industry Can Generate Revenues from Cloud Computing*. ZEW Discussion Paper No. 11-039, 2011.

TREFZGER, Timm *et al.* *Streaming Killed the Download Star! How the Business Model of Streaming Services Revolutionizes Music Distribution*. Journal of Organizational Advancement, Strategic and Institutional Studies, Vol. VII, No. 1, 2015.

TURK, Bronte Lawson. *It's Been a Hard Day's Night for Songwriters: Why the ASCAP and BMI Consent Decrees Must Undergo Reform*. 26 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 493, 2016.

U.S. Copyright Office. *Copyright and the Music Marketplace*, 2015.

U.S. Copyright Office. *Music Licensing Study. Comments in response to the March 17, 2014 Notice of Inquiry due on May 23, 2014*.

WALDFOGEL, Joel. *And the Bands Played On: Digital Disintermediation and the Quality of New Recorded Music*. National Bureau of Economic Research – NBER, 2012.

WHORTON, Amanda M. *The Complexities of Music Licensing and the Need for a Revised legal Regime*. 52 Wake Forest L. Rev. 267, 292, 2017.

WIEGANDT, David von. *Spotify: Incentivizing Album Creation through the Facebook of Music*. 2 Berkeley J. Ent. & Sports L. 180, [ix], 2013.

WIKSTRÖM, Patrik. *The Music Industry: Music in the Cloud*. Cambridge: Polity Press, 2009

WOLF, Giovanna. *Para o YouTube, lei de direitos autorais da Europa é inviável financeiramente*. Link Estadão, 2018.

WIPO Performance and Phonograms Treaty. Art. 5-10, Dec. 20, 1996, 2186. U.N.T.S. 245, 36 I.L.M.

Youtube Creator Blog. *Additional Changes to the YouTube Partner Program (YPP) to Better Protect Creators*. 2018.

Youtube. *Como funciona o Content ID*. 2018.